

**ANOTAÇÕES  
SOBRE  
PROCESSO  
ADMINISTRATIVO  
DISCIPLINAR**

**MARCOS SALLES TEIXEIRA**

**28 de março de 2018**

**Este texto é um trabalho autoral e, como tal, reflete tão somente opiniões pessoais do seu autor, Marcos Salles Teixeira (Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil) e os respectivos direitos autorais foram registrados, sob o título “Anotações sobre Processo Administrativo Disciplinar”, nos termos da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, no Escritório de Direitos Autorais-RJ/Fundação Biblioteca Nacional/Ministério da Cultura, em 04/05/07, sob nº 403.625 (livro 752, fl. 285).**

# **CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO**

## **BOLETIM INTERNO Nº 28**

Brasília-DF, 10 de julho de 2015

- Para conhecimento e devida execução, publica-se o seguinte:

### **ASSUNTOS GERAIS E ADMINISTRATIVOS**

#### **CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO**

#### **2) CORREGEDORIA-GERAL**

#### **ATOS DO CORREGEDOR- GERAL**

**O CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO**, no uso da competência que lhe confere o artigo 15, incisos I e XIV, Anexo I do Decreto nº 8.109, de 17 de setembro de 2013; os artigos 43, incisos I, XI e XIV, da Portaria-CGU nº 570, de 11 de maio de 2007, RESOLVE:

#### **PORTARIA**

#### **N.º 1780, DE 10 DE JULHO DE 2015.**

Art. 1º. Tornar público o elogio concedido ao servidor **MARCOS SALLES TEIXEIRA**, ocupante do cargo efetivo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, matrícula SIAPE nº 2180871, em razão dos relevantes serviços prestados ao serviço público federal, ao Sistema de Correição do Poder Executivo Federal e a esta Corregedoria-Geral da União, especialmente pela confecção, desenvolvimento, disponibilização aberta e constante atualização do trabalho autoral “Anotações sobre Processo Administrativo Disciplinar” e publicações correlatas, que se consolidaram na seara disciplinar pelo pioneirismo, inovação e elevada qualidade técnica.

Art. 2º. Determinar que o elogio objeto deste ato conste dos assentamentos Funcionais do servidor

**WALDIR JOÃO FERREIRA DA SILVA JÚNIOR**  
CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO

## OBSERVAÇÕES INICIAIS

Não obstante o registro dos direitos autorais e conforme mencionado na Portaria CGU/CRG nº 1.780, de 10 de julho de 2015, reproduzidos nas duas páginas anteriores, este texto é gratuitamente disponibilizado no sítio eletrônico do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), na página referente à Atividade Disciplinar/Normativos de Outros Órgãos, a quem se agradece a honra e a deferência.

Em retribuição, permite-se seu uso parcial ou total da presente obra, por qualquer meio, desde que sem fins lucrativos, tanto para estudo acadêmico quanto para aplicação em casos concretos, destacadamente pelos órgãos e entidades do Poder Público e por suas respectivas estruturas correcionais, solicitando-se apenas que se citem a fonte e o sítio eletrônico onde se encontra o original.

Como um trabalho autoral, embora procure manter ao máximo a harmonização com entendimentos e posicionamentos institucionais e oficiais, não necessariamente sempre os reflete. Deve então ser compreendido apenas como mera peça de referência, não sendo de adoção ou de cumprimento vinculados nem mesmo na Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB/Coger) e muito menos no âmbito da CGU, da Corregedoria-Geral da União da CGU (CGU/CRG) e das unidades setoriais de correição e nas demais unidades seccionais de correição do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SisCor-PEF).

O texto é continuamente aprimorado e atualizado em versão original editada com o aplicativo Word, em extensão “*document*”(doc). No entanto, a disponibilização no ambiente da internet requer a conversão para extensão “*portable document format*” (pdf), na qual alguns recursos de edição se perdem, e comporta atualizações oferecidas apenas periodicamente. Caso se necessite de versão mais atualizada e com a íntegra preservada dos recursos de edição, eventuais pedidos podem ser encaminhados para o endereço eletrônico privado [anotacoespad@gmail.com](mailto:anotacoespad@gmail.com), reservando-se ao autor o direito de avaliar, caso a caso, o interesse público motivador da solicitação e da consequente remessa.

Atenciosamente,

Marcos Salles Teixeira  
Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil  
Escritório de Corregedoria na 7ª Região Fiscal  
Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil

## AGRADECIMENTOS E CRÉDITOS

A **Rudinei Junkes**, de quem, à revelia de seu conhecimento, como aluno, extraí as técnicas e procedimentos de ordem prática explanados em aula ministrada de 10 a 13 de novembro de 2003, que não só vieram a se constituir na maior parte dos acertos e virtudes deste texto (os equívocos porventura existentes ficam por minha exclusiva conta) como também me deram a necessária segurança para ministrar aulas de processo administrativo disciplinar, a partir de 24 a 28 de novembro de 2003.

À **Cecília Miyuki Ishida**, gestora a meu lado da ideia, incentivadora e colaboradora desde a primeira hora (quando montamos os dois treinamentos acima referidos, cujos *slides* foram a origem deste texto) e com quem dividi a primeira versão.

A **Nelson Rodrigues Breitman, Carlos Higino Ribeiro de Alencar e Dionísio Carvallhêdo Barbosa**, pela cuidadosa revisão, da qual saíram opiniões, correções e sugestões sobre a primeira versão do texto, sobretudo nos aspectos jurídicos, em grande parte acatadas.

A **Kleber Alexandre Balsanelli**, pela detalhadíssima e ao mesmo tempo respeitosa revisão final do texto e sua adequação à terminologia jurídica, culminando na honrosa adoção de uma versão (sem as normas específicas da Secretaria da Receita Federal do Brasil) como apostila dos treinamentos de processo administrativo disciplinar patrocinados pela Controladoria-Geral da União em âmbito nacional.

De forma inonimada, diante da impossibilidade de individualizar, a todos os colegas de diversos Escritórios de Corregedoria (Escor), integrantes de comissões e alunos em treinamentos que incentivaram a conclusão deste texto, ao manifestarem o interesse e a aplicabilidade de sua disponibilização.

Por fim, muito especial agradecimento a **Graça Maria Oliveira Pimentel e Carlos Eduardo Barbosa Magalhães**, pois nada do descrito acima seria possível se não fossem a grandeza e a visão com que, à custa de verem sobrecarregada a divisão de tarefas cotidianas, não me impediram de desviar muitas horas do esperado cumprimento de minhas atribuições legais para a elaboração deste texto.

Rio de Janeiro, abril de 2005

Em complemento, a **Luciano Rosa Vicente, Tânia Mara Fernandes Lage, Gregório Antônio Soares e Vicente Bruno Cavalcanti de Oliveira**, não só pela manifesta valorização do trabalho como também, a cada leitura, pelas cuidadosas revisões de texto e sugestões construtivas.

Rio de Janeiro, agosto de 2009

Marcos Salles Teixeira

# ANOTAÇÕES SOBRE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

## ÍNDICE ANALÍTICO

<b>1 - INTRODUÇÃO .....</b>	<b>25</b>
<b>2 - ESTRUTURA CORRECIONAL NA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL E ANTECEDENTES DO PROCESSO DISCIPLINAR .....</b>	<b>33</b>
<b>2.1 - DEVERES DE REPRESENTAR E DE APURAR IRREGULARIDADES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL</b>	<b>33</b>
<b>2.1.1 - A Inserção dos Deveres de Representar e de Apurar Originariamente em Via Hierárquica .....</b>	<b>33</b>
<b>2.1.2 - A Migração do Dever de Apurar com a Especificidade das Corregedorias .....</b>	<b>36</b>
<b>2.1.3 - Aspectos Comuns em Ambos Deveres, Tanto em Via Hierárquica Quanto com Corregedoria.....</b>	<b>37</b>
<b>2.1.4 - O Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União e o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal</b>	<b>40</b>
<b>2.1.5 - A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda.....</b>	<b>64</b>
<b>2.2 - ESTRUTURA ESPECIALIZADA NA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL .....</b>	<b>74</b>
<b>2.2.1 - Especificidades e Cláusulas de Segurança da Corregedoria e de Seus Integrantes.....</b>	<b>75</b>
<b>2.2.1.1 - Histórico Desde a Criação da Coordenação-Geral de Auditoria e Correição.....</b>	<b>75</b>
<b>2.2.1.2 - A Posição Peculiar da Corregedoria e o Mandato do Corregedor.....</b>	<b>78</b>
<b>2.2.1.3 - Remoção, Progressão Funcional e Promoção dos Servidores Lotados na Corregedoria e Formas de Ingresso no Sistema Correcional .....</b>	<b>81</b>
<b>2.2.2 - Os Dispositivos Regimentais da Corregedoria e suas Áreas de Atuação.....</b>	<b>90</b>
<b>2.2.2.1 - A Estrutura, a Hierarquia e as Competências Regimentais e Delegadas da Corregedoria.....</b>	<b>90</b>
<b>2.2.2.2 - As Áreas de Atuação da Corregedoria - Prevenção, Investigação Disciplinar e Processo Disciplinar - e as Respectivas Competências.....</b>	<b>101</b>
<b>2.2.2.2.1 - As Atuações da Corregedoria em Termos de Prevenção, Controle e Repressão e a Ausência de Competência Exclusiva para Matéria Ética.....</b>	<b>101</b>

2.2.2.2.2 - <i>As Duas Principais Áreas Técnicas, de Investigação Disciplinar e de Atividades Correcionais, e as Competências das Subunidades do Sistema Correcional</i> .....	106
2.2.2.2.3 - <i>A Competência da Corregedoria para Atuar na Responsabilização de Pessoas Jurídicas por Atos contra a Administração Pública e Síntese do Processo Administrativo de Responsabilização</i> .....	114
<b>2.3 - DEVERES DE REPRESENTAR E DE APURAR IRREGULARIDADES NA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL</b> .....	<b>134</b>
2.3.1 - <i>A Especificidade dos Deveres Internos de Representar, de Encaminhar a Representação e de Apurar as Irregularidades</i> .....	134
2.3.2 - <i>A Necessária Cautela no Cumprimento dos Deveres de Representar, de Encaminhar a Representação e de Apurar as Irregularidades</i> .....	138
<b>2.4 - AS FORMAS DE NOTICIAR IRREGULARIDADES À ADMINISTRAÇÃO</b> .....	<b>142</b>
2.4.1 - <i>Representação</i> .....	143
2.4.2 - <i>Denúncia</i> .....	146
2.4.3 - <i>Protocolização das Notícias de Supostas Irregularidades e Especificidades Orgânicas e Instrumentais com o Emprego do Processo Digital no Sistema e-Processo</i> .....	147
<b>2.5 - FASE E JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE</b> .....	<b>167</b>
2.5.1 - <i>Definições de Fase e de Juízo de Admissibilidade e Base Legal de Sua Natureza Investigativa</i> .....	167
2.5.2 - <i>A Competência para Decisão do Juízo de Admissibilidade</i> .....	171
2.5.2.1 - <i>O Tratamento à Matéria Ética em Fase de Admissibilidade</i> .....	179
2.5.3 - <i>A Abordagem Inicial, o Fluxo de Rotinas e a Instrução Necessários à Decisão da Autoridade Instauradora</i> .....	182
2.5.3.1 - <i>Fluxogramas Possíveis na Fase de Admissibilidade</i> .....	187
2.5.3.2 - <i>Os Procedimentos de Investigação Possíveis de Serem Empregados na Fase de Admissibilidade</i> .....	193
2.5.3.2.1 - <i>Investigação Preliminar</i> .....	197
2.5.3.2.2 - <i>Sindicância Investigativa</i> .....	200
2.5.3.2.3 - <i>Sindicância Patrimonial</i> .....	203
2.5.3.2.4 - <i>Investigação Patrimonial</i> .....	205
2.5.3.3 - <i>Ferramentas Investigativas Válidas na Fase de Admissibilidade</i> .....	206
2.5.3.3.1 - <i>Pesquisas ou Ferramentas Básicas e Alguns Conceitos Gerais da Fase de Admissibilidade</i> .....	208
2.5.3.3.2 - <i>Pesquisas ou Ferramentas Aprofundadas</i> .....	211

2.5.3.4 - O Necessário Esgotamento das Investigações em Condutas Conexas, Continuadas e Habituais.....	213
<b>2.5.4 - O Tratamento Dado em Admissibilidade à Denúncia Anônima e à Notícia Veiculada em Mídia .....</b>	<b>236</b>
<b>2.5.5 - O Parecer de Admissibilidade e a Atuação “In Dubio pro Societate” .....</b>	<b>242</b>
<b>2.5.6 - O Sigilo da Fase de Admissibilidade .....</b>	<b>247</b>
2.5.6.1 - A Analogia com o Inquérito da Polícia Judiciária e a Desobrigação de Acesso, Vista, Cópia ou Esclarecimento <i>Ex Officio</i> .....	248
2.5.6.2 - A Questão do Acesso, Vista, Cópia ou Esclarecimento ao Próprio Servidor ou a Outros, Mediante Pedido.....	253
2.5.6.2.1 - A Preservação do Sigilo Mesmo Após a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.....	254
2.5.6.2.2 - A Necessária Ponderação em Pedido de Acesso, Vista, Cópia ou Esclarecimento pelo Próprio Servidor.....	268
2.5.6.2.3 - A Excepcional Concessão de Acesso, Cópia, Vista ou Esclarecimento a Representante, Denunciante e Terceiros Outros .....	277
<b>2.5.7 - Termo de Ajustamento de Conduta .....</b>	<b>285</b>
<b>3 - DEFINIÇÕES E CONCEITOS INTRODUTÓRIOS .....</b>	<b>294</b>
<b>3.1 - CONCEITUAÇÃO, OBJETIVOS, MATERIALIDADE, AUTORIA E RESPONSABILIZAÇÃO.....</b>	<b>294</b>
<b>3.2 - ABRANGÊNCIAS OBJETIVA E SUBJETIVA DO PROCESSO DISCIPLINAR .....</b>	<b>299</b>
<b>3.2.1 - Ilícito em Gênero e as Espécies de Ilícitos Disciplinar, Civil e Penal.....</b>	<b>299</b>
3.2.1.1 - Alguns Destaques sobre Ilícitos Penais Cometidos por servidores e, em Especial, Crime de Abuso de Autoridade (ou de Abuso de Poder) .....	303
<b>3.2.2 - Preservação da Materialidade e da Autoria nos Aspectos Espacial e Temporal - Competência Associada à Jurisdição do Local de Lotação ou de Exercício do Servidor.....</b>	<b>308</b>
3.2.2.1 - Irregularidade Cometida Fora da Unidade de Lotação (ou de Exercício).....	309
3.2.2.1.1 - Irregularidade Cometida em Unidade de Região Fiscal Diferente da Unidade de Lotação ou de Exercício .....	309
3.2.2.1.2 - Irregularidade Cometida em Outro Órgão Público.....	311
3.2.2.2 - Irregularidade Cometida Antes de Remoção ou Outros Deslocamentos, de Nova Investidura, de Inatividade, de Punição com Pena Expulsiva ou de Exoneração.....	314
3.2.2.2.1 - Irregularidade Cometida Antes de Remoção, de Alteração de Exercício, de Redistribuição ou de Nova Investidura no Mesmo ou em Novo Cargo .....	315

<a href="#"><u>3.2.2.2.1.a - Instrumentalidade no Trato de Deslocamentos, Reinvestidura ou Nova Investidura Ocorridos no Âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil na Fase de Admissibilidade.....</u></a>	<a href="#"><u>317</u></a>
<a href="#"><u>3.2.2.2.1.b - Instrumentalidade no Trato de Deslocamentos, Reinvestidura ou Nova Investidura Ocorridos no Âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil no Curso do Processo Disciplinar .....</u></a>	<a href="#"><u>319</u></a>
<a href="#"><u>3.2.2.2.1.c - Instrumentalidade no Trato de Redistribuição ou de Nova Investidura em Outro Órgão ou Entidade Federal .....</u></a>	<a href="#"><u>320</u></a>
<b>3.2.2.2.2 - Irregularidade Cometida Antes da Aposentadoria ou Disponibilidade ou de Punição com Pena Expulsiva ou de Exoneração .....</b>	<b>323</b>
<a href="#"><u>3.2.2.2.2.a - Conceituações de Servidor Ativo, Servidor Inativo Aposentado ou em Disponibilidade e de Ex-Servidor Expulso ou Exonerado.....</u></a>	<a href="#"><u>323</u></a>
<a href="#"><u>3.2.2.2.2.b - Irregularidade Cometida Antes da Inatividade por Aposentadoria ou por Disponibilidade .....</u></a>	<a href="#"><u>327</u></a>
<a href="#"><u>3.2.2.2.2.c - Irregularidade Cometida Antes de Aplicação de Pena Expulsiva em Outro Processo .....</u></a>	<a href="#"><u>329</u></a>
<a href="#"><u>3.2.2.2.2.d - Irregularidade Cometida Antes de Exoneração .....</u></a>	<a href="#"><u>332</u></a>
<b>3.2.3 - Temas em Princípio não Abrangidos pelo Regime Disciplinar</b>	<b>334</b>
<b>3.2.3.1 - Condições Excepcionais para o Regime Disciplinar Alcançar Atos de Vida Privada .....</b>	<b>335</b>
<i>3.2.3.1.1 - O Requisito Elementar da Previsão em Lei para Alcance do Regime Disciplinar sobre Atos de Vida Privada.....</i>	<i>338</i>
<i>3.2.3.1.2 - A Necessidade de Existência de Relação com o Cargo .....</i>	<i>339</i>
<i>3.2.3.1.3 - A Necessidade da Preservação das Liberdades Fundamentais do Indivíduo.....</i>	<i>341</i>
<i>3.2.3.1.4 - O Enfoque Delimitado com que Deve Ser Entendida a Exigida Moralidade Administrativa .....</i>	<i>344</i>
<i>3.2.3.1.5 - As Independentes Repercussões de Diversas Naturezas e em Outras Instâncias Judiciais e a Diferenciação para Determinados Ofícios e Carreiras com Estatutos Próprios .....</i>	<i>347</i>
<i>3.2.3.1.6 - Conclusão Teórica Acerca da Possibilidade de Extensão da Repercussão Disciplinar para Atos de Vida Privada .....</i>	<i>351</i>
<b>3.2.3.2 - Não Exigência de Dedicção Exclusiva nem Mesmo para Atividades Exclusivas ou Carreiras Típicas de Estado.....</b>	<b>353</b>
<b>3.2.3.3 - A Estanqueidade das Competências Regimentais para Matérias de Gestão de Pessoas, de Gerência Administrativa e Fiscal e para Matéria Correccional .....</b>	<b>355</b>
<b>3.2.3.4 - Outras Hipóteses de Possível Exclusão de Materialidade ou de Autoria.....</b>	<b>360</b>
<b>3.2.3.5 - Apurações Disciplinadas em Normas Diferentes da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 .....</b>	<b>363</b>
<i>3.2.3.5.1 - Responsabilização de Intervenientes em Comércio Exterior .....</i>	<i>364</i>
<i>3.2.3.5.2 - Dano e Desaparecimento de Bem.....</i>	<i>365</i>

<b>3.2.4 - Agentes Públicos.....</b>	<b>376</b>
<b>3.2.4.1 - Agentes Públicos que não se Sujeitam à Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.....</b>	<b>376</b>
3.2.4.1.1 - <i>Agentes Políticos e Vitalícios.....</i>	376
3.2.4.1.2 - <i>Empregados Públicos Celetistas na Administração Pública Direta e Indireta.....</i>	378
3.2.4.1.3 - <i>O Caso Específico de Empregados Celetistas do Serpro na Secretaria da Receita Federal do Brasil.....</i>	393
3.2.4.1.4 - <i>Pessoal Contratado por Tempo Determinado e Militares.....</i>	402
<b>3.2.4.2 - Agentes Públicos que se Sujeitam à Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.....</b>	<b>403</b>
3.2.4.2.1 - <i>Servidores Efetivos (Estáveis ou em Estágio Probatório).....</i>	404
3.2.4.2.2 - <i>Servidores em Comissão.....</i>	411
<b>3.2.5 - Manutenção das Vinculações Estatutárias do Servidor em Férias, Licenças ou Outros Afastamentos.....</b>	<b>416</b>
<b>3.3 - OUTRAS FONTES ALÉM DA LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990, E DEMAIS ELEMENTOS INFORMADORES DO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....</b>	<b>421</b>
<b>3.3.1 - Constituição Federal e Seus Princípios.....</b>	<b>427</b>
3.3.1.1 - <i>Princípio do Devido Processo Legal.....</i>	428
3.3.1.2 - <i>Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório.....</i>	429
3.3.1.3 - <i>Princípio da Presunção de Inocência.....</i>	431
3.3.1.4 - <i>Princípio da Legalidade.....</i>	433
3.3.1.4.1 - <i>Atos Administrativos Vinculados e Discricionários, Seus Requisitos de Validade (Competência, Motivo, Conteúdo, Finalidade e Forma) e o Controle Judicial.....</i>	434
3.3.1.4.2 - <i>Atributos do Ato Administrativo: as Presunções de Legitimidade e de Veracidade, a Imperatividade e a AutoExecutoriedade.....</i>	437
3.3.1.5 - <i>Princípio da Impessoalidade.....</i>	438
3.3.1.6 - <i>Princípio da Moralidade.....</i>	439
3.3.1.7 - <i>Princípio da Publicidade.....</i>	441
3.3.1.8 - <i>Princípio da Eficiência.....</i>	446
3.3.1.9 - <i>Princípio da Convivência (ou da Relatividade) das Liberdades.....</i>	448
<b>3.3.2 - Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.....</b>	<b>450</b>
3.3.2.1 - <i>Princípio da Finalidade.....</i>	452
3.3.2.2 - <i>Princípio da Motivação.....</i>	452
3.3.2.3 - <i>Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público.....</i>	454
3.3.2.4 - <i>Princípio da Oficialidade.....</i>	454
3.3.2.5 - <i>Princípio da Verdade Material.....</i>	455

3.3.2.6 - Princípio da Razoabilidade .....	457
3.3.2.7 - Princípio da Proporcionalidade.....	458
3.3.2.8 - Princípios da Segurança Jurídica e do Prejuízo .....	458
3.3.2.9 - Princípios do Formalismo Moderado e da Instrumentalidade da Forma .....	459
3.3.2.10 - Princípio da Gratuidade.....	461
3.3.2.11 - Princípios da Hierarquia e da Autotutela.....	462
3.3.2.12 - Princípio da Pluralidade das Instâncias .....	462
<b>3.3.3 - Código de Processo Penal, Código Penal, Código de Processo Civil e Código Civil.....</b>	<b>463</b>
3.3.3.1 - Princípio da Livre Valoração da Prova .....	466
3.3.3.2 - Princípios da Reserva Legal e da Anterioridade e da Irretroatividade da Lei Penal.....	467
3.3.3.3 - Princípio da Intervenção Mínima.....	469
3.3.3.4 - Princípio da Insignificância .....	469
3.3.3.5 - Princípio da Confiança .....	470
3.3.3.6 - Princípio do <i>Non Bis In Idem</i> .....	471
3.3.3.7 - Princípio da Comunhão da Prova .....	473
3.3.3.8 - Princípio da Economia Processual .....	477
<b>3.3.4 - Formulações, Orientações Normativas e Pareceres do Departamento Administrativo do Serviço Público .....</b>	<b>478</b>
<b>3.3.5 - Pareceres da Consultoria Geral da República.....</b>	<b>479</b>
<b>3.3.6 - Pareceres da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional .....</b>	<b>480</b>
<b>3.3.7 - Enunciados da Comissão de Coordenação de Correição do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União .....</b>	<b>482</b>
<b>3.3.8 - Jurisprudência Extraída das Decisões Judiciais e Entendimentos Doutrinários .....</b>	<b>484</b>
<b>3.3.9 - Notas Técnicas e Orientações da Corregedoria .....</b>	<b>487</b>
<b>3.4 - SINDICÂNCIA DISCIPLINAR DA LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990.....</b>	<b>489</b>
3.4.1 - Conceituação e Base Principiológica da Sindicância Disciplinar .....	489
3.4.2 - Instauração de Sindicância Disciplinar, Quantidade de Integrantes e Suas Possibilidades de Conclusão.....	492
3.4.3 - Conversão da Sindicância Disciplinar em PAD .....	496

<b>4 - RITO DO PROCESSO DISCIPLINAR .....</b>	<b>500</b>
<b>4.1 - FASES DO PROCESSO DISCIPLINAR .....</b>	<b>500</b>
<b>4.2 - 1ª FASE: INSTAURAÇÃO E DESIGNAÇÃO DA COMISSÃO... 500</b>	
<b>4.2.1 - Histórico da Competência para Instaurar Processo Disciplinar na Secretaria da Receita Federal do Brasil.....</b>	<b>501</b>
4.2.1.1 - Publicação da Portaria de Instauração.....	517
<b>4.2.2 - Portaria de Instauração.....</b>	<b>521</b>
4.2.2.1 - Alcance, Não Indicação do Fato e da Autoria e Infrações Conexas.....	521
4.2.2.1.1 - Informações Constantes da Portaria.....	521
4.2.2.1.2 - Dever de a Comissão Representar .....	530
<b>4.2.3 - Desmembramento .....</b>	<b>533</b>
<b>4.2.4 - Comissão de Sindicância ou de Inquérito.....</b>	<b>535</b>
4.2.4.1 - Estabilidade .....	536
4.2.4.2 - Presidente: Requisitos, Atribuições e Voto Igualitário .....	537
4.2.4.3 - Hierarquia Entre Cargos e Aspectos Extralegais da Composição e da Instalação da Comissão.....	538
<b>4.2.5 - Designação dos Integrantes da Comissão .....</b>	<b>542</b>
4.2.5.1 - O Emprego de Integrantes e da Infraestrutura do Próprio Sistema Correccional .....	542
4.2.5.2 - A Competência da Autoridade Instauradora para Designar Servidores Estranhos ao Sistema Correccional e a Precedência da Matéria Disciplinar .....	545
<b>4.2.6 - Impedimento e Suspeição dos Integrantes da Comissão.....</b>	<b>551</b>
<b>4.2.7 - Prerrogativas dos Integrantes da Comissão.....</b>	<b>561</b>
4.2.7.1 - Progressão Funcional e Promoção .....	561
<b>4.2.8 - Prazos Legais para Conclusão do Processo Disciplinar.....</b>	<b>562</b>
4.2.8.1 - Prazos Originários das Espécies de Processo Disciplinar e sua Forma de Contagem .....	564
4.2.8.2 - Prorrogação do Prazo para Conclusão dos Trabalhos da Comissão ....	566
4.2.8.3 - Designação de Nova Comissão para Ultimear os Trabalhos .....	569
<b>4.3 - 2ª FASE: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - ATOS INICIAIS E CONDUZAS GERAIS.....</b>	<b>574</b>
<b>4.3.1 - Ata de Instalação e Início dos Trabalhos.....</b>	<b>575</b>
<b>4.3.2 - Desnecessidade de Comunicação da Instalação, Salvo em Caso de Improbidade Administrativa .....</b>	<b>575</b>
<b>4.3.3 - Designação do Secretário .....</b>	<b>577</b>
<b>4.3.4 - Notificação Inicial do Servidor para Acompanhar o Processo</b>	

<b>como Acusado .....</b>	<b>578</b>
4.3.4.1 - Deliberação Específica, Comunicações e Formas de Entrega .....	579
4.3.4.2 - Momento de Notificar, Exclusão do Polo Passivo e Inexistência de Defesa Prévia.....	588
<b>4.3.5 - Notificações Iniciais Fictas .....</b>	<b>591</b>
4.3.5.1 - Recusa de Recebimento da Notificação Inicial.....	591
4.3.5.2 - Servidor em Lugar Incerto e Não Sabido e Réu Preso.....	592
4.3.5.3 - Servidor em Local Conhecido e que se Oculta para Não Receber a Notificação Inicial.....	595
<b>4.3.6 - Acompanhamento do Processo .....</b>	<b>599</b>
4.3.6.1 - Prerrogativa de Acompanhamento Pessoal, por Procurador ou por Advogado e Defesas Colidentes .....	599
4.3.6.2 - Requisitos da Procuração e Prerrogativas do Advogado.....	605
4.3.6.3 - Faculdade de Contraditar e Improriedade de Designar Defensor <i>Ad Hoc</i> ou <i>Dativo</i> .....	608
4.3.6.4 - Ausências ao Trabalho e Deslocamentos para Acompanhar o Processo .....	617
4.3.6.5 - O Caráter Reservado das Reuniões Deliberativas da Comissão .....	619
<b>4.3.7 - Repercussões da Notificação Inicial do Servidor .....</b>	<b>625</b>
4.3.7.1 - Férias, Remoção, Afastamentos e Exoneração e Aposentadoria Voluntárias.....	625
<b>4.3.8 - Formalidades Iniciais a Cada Designação de Nova Comissão .</b>	<b>633</b>
<b>4.3.9 - Afastamento Preventivo e Exercício Provisório do Acusado....</b>	<b>634</b>
<b>4.3.10 - Condução dos Trabalhos a Cargo da Comissão .....</b>	<b>639</b>
4.3.10.1 - A Busca da Verdade Material.....	639
4.3.10.2 - Os Instrumentos de Atuação da Comissão .....	640
4.3.10.2.1 - Possibilidade de Dedicção Integral .....	640
4.3.10.2.2 - Autonomia da Comissão e o Sigilo da Instância Disciplinar.....	643
4.3.10.3 - Os Delimitadores da Atuação da Comissão.....	645
4.3.10.3.1 - Conduta Reservada, Presunção de Inocência e Ônus Probante.....	646
4.3.10.3.2 - Condução Transparente .....	649
4.3.10.4 - Eventuais Necessidades de Designação de Secretário Remoto ou <i>Ad Hoc</i> em Casos de Ausência ou Distância dos Membros da Comissão .....	650
4.3.10.5 - Divergência na Comissão .....	652
<b>4.3.11 - Tipos de Atos Processuais e Suas Formas .....</b>	<b>654</b>
4.3.11.1 - Atas de Deliberação Decorrentes das Reuniões Deliberativas da Comissão .....	656
4.3.11.2 - Despachos e Termos da Comissão .....	660
4.3.11.3 - Atos de Comunicação da Comissão.....	661

4.3.11.4 - Forma Escrita, Assinaturas e Rubricas .....	667
4.3.11.5 - Volumes, Anexos e Quantidade de Folhas.....	671
4.3.11.6 - Tamanho, Fonte, Paginação e Numeração de Termos .....	673
4.3.11.7 - Juntada de Documentos Originais ou em Cópia e Desentranhamento de Elementos dos Autos .....	674
4.3.11.8 - Juntada de Processos: Anexação e Apensação.....	676
4.3.11.9 - A Preservação da Confidencialidade do Armazenamento e do Envio de Informações por Meio de Criptografia .....	676
4.3.11.10 - Gerenciamento de Documentos em Processos Digitais Formalizados no Sistema e-Processo.....	679
<b>4.3.12 - Fornecimento de Cópia e de Vista do Processo.....</b>	<b>687</b>
4.3.12.1 - Quem Tem Direito .....	687
4.3.12.2 - Cópia dos Autos: Quando Fornecer e Cobrança .....	688
4.3.12.3 - Vista dos Autos .....	691
<b>4.4 - 2ª FASE: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - ATOS DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA .....</b>	<b>692</b>
<b>4.4.1 - Aspectos Introdutórios .....</b>	<b>692</b>
4.4.1.1 - Conceitos Elementares de Teoria da Prova: Meios de Prova, Índícios e Presunções.....	693
4.4.1.2 - Peculiaridades da Instrução Probatória em Instância Disciplinar .....	698
4.4.1.3 - Não Atendimento por Parte de Servidor ou de Particular à Intimação para Prestar Ato Processual.....	703
4.4.1.4 - Sequência da Instrução Probatória Definida no Próprio Processo.....	705
4.4.1.5 - Indeferimento de Pedidos da Defesa, Reconsideração e Recurso.....	707
4.4.1.5.1 - Quantidade de Testemunhas .....	712
4.4.1.6 - Prova Documental.....	713
4.4.1.7 - Tradução.....	720
<b>4.4.2 - Impedimento e Suspeição dos Participantes de Atos de Instrução Probatória .....</b>	<b>723</b>
<b>4.4.3 - Notificação ao Acusado da Realização de Atos de Instrução Probatória e Demais Atos de Comunicação.....</b>	<b>728</b>
4.4.3.1 - Prazos Legais de Antecedência para Entrega dos Atos de Comunicação na Instrução .....	729
4.4.3.2 - Formas de Entrega dos Atos de Comunicação na Instrução .....	732
<b>4.4.4 - Depoimento de Testemunha.....</b>	<b>744</b>
4.4.4.1 - Atos Preparatórios .....	746
4.4.4.1.1 - Quem Deve, Quem Pode Mas Não É Obrigado e Quem Não Pode Depor.....	746
4.4.4.1.2 - Comunicações do Depoimento .....	748

<b>4.4.4.2 - Não Comparecimento da Testemunha e Cuidados Prévios .....</b>	<b>754</b>
4.4.4.2.1 - <i>Possibilidade de Gravação de Oitivas.....</i>	758
<b>4.4.4.3 - Arguições Preliminares .....</b>	<b>762</b>
4.4.4.3.1 - <i>Identificação da Testemunha .....</i>	762
4.4.4.3.2 - <i>Suspeição e Impedimento da Testemunha.....</i>	762
4.4.4.3.3 - <i>Compromisso com a Verdade e Falso Testemunho.....</i>	764
4.4.4.3.4 - <i>Contradita da Testemunha .....</i>	765
<b>4.4.4.4 - A Inquirição em Si .....</b>	<b>767</b>
<b>4.4.4.5 - Breve Introdução a Aspectos Verbais e Não Verbais Extraíveis da Prova Oral.....</b>	<b>774</b>
<b>4.4.4.6 - Colaborador Eventual, Videoconferência e Carta Precatória.....</b>	<b>779</b>
<b>4.4.5 - Declarantes sem Compromisso de Verdade.....</b>	<b>792</b>
<b>4.4.6 - Diligências .....</b>	<b>794</b>
4.4.6.1 - <i>Diligências de Natureza Fiscal no Curso do Processo Disciplinar .....</i>	799
4.4.6.2 - <i>Reprodução Simulada .....</i>	806
<b>4.4.7 - Pesquisas da Própria Comissão em Sistemas Informatizados..</b>	<b>807</b>
<b>4.4.8 - Apurações Especiais.....</b>	<b>808</b>
<b>4.4.9 - Perícias e Assessorias Técnicas.....</b>	<b>811</b>
4.4.9.1 - <i>Perícias e Atestados Médicos e Juntas Médicas Oficiais.....</i>	820
4.4.9.2 - <i>Integrante de Comissão Designado para Atuar como Perito Externo..</i>	825
<b>4.4.10 - Consultas ou Assistências Técnicas e Requisições de Dados ou Informações a Unidades ou Órgãos.....</b>	<b>826</b>
<b>4.4.11 - Acareação.....</b>	<b>829</b>
<b>4.4.12 - Atos de Instrução que Envolvem Sigilos Fiscal ou Bancário..</b>	<b>832</b>
4.4.12.1 - <i>O Dever Funcional de o Agente do Fisco Guardar Sigilo dos Dados Fiscais e a Questão do Ministério Público.....</i>	834
4.4.12.2 - <i>O Regramento Atual da Disponibilização de Dados Sigilosos, por Parte da Secretaria da Receita Federal do Brasil, para Órgãos Externos.....</i>	846
4.4.12.3 - <i>A Questão do Sigilo Fiscal Especificamente para Servidores da Secretaria da Receita Federal do Brasil, Sobretudo Aqueles que Integram o Sistema Correccional .....</i>	855
4.4.12.4 - <i>Envio de Informações, por Parte da Comissão, para Outras Unidades e para Órgãos Externos .....</i>	867
4.4.12.5 - <i>Sigilo Bancário .....</i>	869
<b>4.4.13 - Prova Emprestada (ou Compartilhada) .....</b>	<b>881</b>
<b>4.4.14 - Inadmissibilidade de Provas Ilícitas.....</b>	<b>885</b>
4.4.14.1 - <i>Provas Ilícitas e Provas Ilegítimas.....</i>	885
4.4.14.2 - <i>Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.....</i>	887

<b>4.4.15 - Interceptação Telefônica .....</b>	<b>890</b>
4.4.15.1 - Nos Termos da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996: com Autorização Judicial, Realizada por Terceiros e sem Conhecimento dos Interlocutores .....	890
4.4.15.2 - Gravações Clandestinas, Feitas pelo Interlocutor, e Interceptação Ambiental, Feita por Terceiro.....	894
4.4.15.3 - A Extensão para o Correio Eletrônico .....	897
4.4.15.4 - Filmagem ou Gravação em Ambiente de Trabalho ou Público.....	901
<b>4.4.16 - Interrogatório do Acusado .....</b>	<b>904</b>
4.4.16.1 - O Momento do Interrogatório .....	904
4.4.16.2 - Atos Preparatórios .....	906
4.4.16.2.1 - Comunicações do Interrogatório.....	906
4.4.16.2.2 - A Participação de Acusado e/ou de Seu Procurador no Interrogatório de Coacusado.....	908
4.4.16.3 - Não Comparecimento do Acusado .....	913
4.4.16.3.1 - Possibilidade de Gravação de Interrogatórios .....	914
4.4.16.4 - Arguições Preliminares .....	915
4.4.16.4.1 - Cláusula da Não Autoincriminação.....	915
4.4.16.4.2 - Ausência do Procurador .....	916
4.4.16.5 - O Interrogatório em Si e a Possibilidade de Confissão .....	917
4.4.16.6 - Oitivas e Demais Provas após o Interrogatório.....	923
4.4.16.7 - Colaborador Eventual, Videoconferência e Carta Precatória.....	924
<b>4.4.17 - Incidente de Sanidade Mental.....</b>	<b>936</b>
<b>4.4.18 - Encerramento da Busca de Provas.....</b>	<b>948</b>
4.4.18.1 - Livre Apreciação do Conjunto de Provas.....	948
<b>4.5 - 2ª FASE: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - INDICIAÇÃO.....</b>	<b>951</b>
4.5.1 - Manifestação de Convicção Preliminar .....	951
4.5.2 - Elementos Essenciais, Descrição Fática e Enquadramento Legal.....	953
4.5.3 - Concurso de Infrações ou Conflito Aparente de Normas: Enquadramento Único ou Múltiplo.....	960
<b>4.6 - CONCEITOS PENAIIS QUE PODEM SER RELEVANTES PARA A INDICIAÇÃO.....</b>	<b>965</b>
4.6.1 - Introdução.....	965
4.6.1.1 - A Efetiva Operação dos Princípios da Intervenção Mínima e da Insignificância.....	966
4.6.1.2 - Definição Analítica e Classificação em Função do Resultado.....	966
4.6.2 - Requisitos da Conduta Criminosa.....	967

4.6.2.1 - Primeiro Requisito: Tipicidade .....	967
4.6.2.1.1 - <i>Dolo e Culpa; Crime Doloso e Crime Culposos</i> .....	967
4.6.2.2 - Segundo Requisito: Antijuridicidade.....	969
4.6.2.2.1 - <i>Estado de Necessidade, Legítima Defesa, Cumprimento de Dever Legal e Exercício Regular de Direito</i> .....	969
4.6.2.3 - Terceiro Requisito: Culpabilidade .....	970
4.6.2.4 - Erro de Tipo e Erro de Proibição .....	971
<b>4.6.3 - Diferenças entre o Enquadramento Administrativo e a Tipificação Penal e Hipóteses que em Princípio o Afastam .....</b>	<b>972</b>
4.6.3.1 - Voluntariedade .....	982
4.6.3.2 - Erro Escusável.....	983
4.6.3.3 - Ausência de Ilicitude Material.....	986
<b>4.7 - LISTA DE TODOS OS ENQUADRAMENTOS PREVISTOS NA LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990: UNIVERSO DAS IRREGULARIDADES QUE PODEM CONSTAR DA INDICIAÇÃO</b>	<b>993</b>
<b>4.7.1 - O Escalonamento de Gravidade Previsto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 .....</b>	<b>993</b>
4.7.1.1 - Repercussões Dísparas para Situações Fáticas Aproximadas .....	993
<b>4.7.2 - Descumprimento dos Deveres do Art. 116.....</b>	<b>996</b>
4.7.2.1 - Inciso I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo .....	998
4.7.2.2 - Inciso II - ser leal às instituições a que servir .....	998
4.7.2.3 - Inciso III - observar as normas legais e regulamentares.....	999
4.7.2.3.1 - <i>Acesso Imotivado</i> .....	1003
4.7.2.4 - Inciso IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais .....	1006
4.7.2.4.1 - <i>A Questão da Ordem Judicial</i> .....	1008
4.7.2.5 - Inciso V - atender com presteza: a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo; b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública.....	1009
4.7.2.6 - Inciso VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração .....	1010
4.7.2.7 - Inciso VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público .....	1013
4.7.2.8 - Inciso VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição .....	1013
4.7.2.9 - Inciso IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa.....	1018
4.7.2.10 - Inciso X - ser assíduo e pontual ao serviço .....	1020

4.7.2.11 - Inciso XI - tratar com urbanidade as pessoas .....	1029
4.7.2.12 - Inciso XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder .....	1029
Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.....	
	1029
<b>4.7.3 - Afronta às Proibições do Art. 117 .....</b>	<b>1032</b>
4.7.3.1 - Inciso I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato .....	1033
4.7.3.2 - Inciso II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição.....	1034
4.7.3.3 - Inciso III - recusar fé a documentos públicos.....	1036
4.7.3.4 - Inciso IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço.....	1036
4.7.3.5 - Inciso V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição .....	1037
4.7.3.6 - Inciso VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado.....	1037
4.7.3.7 - Inciso VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político .....	1038
4.7.3.8 - Inciso VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil .....	1039
4.7.3.9 - Inciso IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública .....	1046
4.7.3.10 - Inciso X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário.....	1049
4.7.3.10.1 - <i>Gerência ou Administração de Sociedades Privadas</i> .....	1051
4.7.3.10.2 - <i>Exercício do Comércio</i> .....	1068
4.7.3.10.3 - <i>A Atividade Rural</i> .....	1076
4.7.3.10.4 - <i>Exceção ao Enquadramento em Caso de Licença</i> .....	1080
4.7.3.11 - Inciso XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro....	1082
4.7.3.12 - Inciso XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições .....	1085
4.7.3.13 - Inciso XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro.....	1087
4.7.3.14 - Inciso XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas .....	1089
4.7.3.15 - Inciso XV - proceder de forma desidiosa.....	1089
4.7.3.16 - Inciso XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares .....	1093

<b>4.7.3.17 - Inciso XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias .....</b>	<b>1093</b>
<b>4.7.3.18 - Inciso XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho - em Associação com Conflito de Interesses Definido na Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 .</b>	<b>1094</b>
<i>4.7.3.18.1 - Atividades Privadas Incompatíveis sob a Ótica da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.....</i>	<i>1094</i>
<i>4.7.3.18.1.a - A Incompatibilidade com o Horário de Trabalho .....</i>	<i>1096</i>
<i>4.7.3.18.2 - A Incompatibilidade com a Natureza do Cargo ou da Função e Suas Duas Formas de se Configurar.....</i>	<i>1097</i>
<i>4.7.3.18.3 - Profissões Liberais .....</i>	<i>1101</i>
<i>4.7.3.18.4 - A Relação Entre Atividade Incompatível e Conflito de Interesses e a Aplicabilidade Residual do Inciso XVIII do Art. 117 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990 .....</i>	<i>1103</i>
<i>4.7.3.18.4.a - Esforços Iniciais de Conceituação Infralegal de Conflito de Interesses, Associados à Concessão de Licenças .....</i>	<i>1104</i>
<i>4.7.3.18.4.b - Incompatibilidade Material Como Espécie do Gênero Conflito de Interesses .....</i>	<i>1110</i>
<i>4.7.3.18.4.c - A Atual Aplicabilidade do Comando Estatutário.....</i>	<i>1111</i>
<i>4.7.3.18.5 - Especificidades da Carreira Típica e da Secretaria da Receita Federal do Brasil no Âmbito das Leis nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e nº 11.890, de 24 de dezembro de 2008.....</i>	<i>1114</i>
<i>4.7.3.18.5.a - A Atividade do Magistério.....</i>	<i>1122</i>
<i>4.7.3.18.5.b - Participação em Palestras, Conferências, Seminários, Congressos, Treinamentos e Cursos .....</i>	<i>1126</i>
<i>4.7.3.18.6 - A Definição Legal de Conflito de Interesses e os Regramentos Punitivos e Preventivos da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 .....</i>	<i>1131</i>
<i>4.7.3.18.6.a - Introdução Acerca do Abrangente Alcance Subjetivo da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013.....</i>	<i>1131</i>
<i>4.7.3.18.6.b - A Definição Legal de Conflito de Interesses e os Comandos de Natureza Punitiva Generalistas .....</i>	<i>1134</i>
<i>4.7.3.18.6.c - Os Comandos de Natureza Preventiva Generalistas .....</i>	<i>1147</i>
<i>4.7.3.18.6.d - Comandos de Naturezas Punitiva e Preventiva Específicos .....</i>	<i>1160</i>
<i>4.7.3.18.7 - As Atividades Suscitadoras de Conflito de Interesses na Secretaria da Receita Federal do Brasil.....</i>	<i>1162</i>
<i>4.7.3.18.7.a - Advocacia.....</i>	<i>1164</i>
<i>4.7.3.18.7.b - Atividade Contábil.....</i>	<i>1175</i>
<i>4.7.3.18.7.c - Praticagem.....</i>	<i>1178</i>
<b>4.7.3.19 - Inciso XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado.....</b>	<b>1191</b>
<b>4.7.4 - Infrações Causadoras de Penas Capitais no Art. 132.....</b>	<b>1192</b>
<b>4.7.4.1 - Inciso I - crime contra a administração pública .....</b>	<b>1193</b>

4.7.4.1.1 - <i>Necessidade de Trânsito em Julgado e Sobrestamento</i> .....	1194
4.7.4.1.2 - <i>Manifestação Judicial para Perda do Cargo</i> .....	1196
<b>4.7.4.2 - Inciso II - abandono de cargo</b> .....	<b>1201</b>
<b>4.7.4.3 - Inciso III - inassiduidade habitual</b> .....	<b>1211</b>
<b>4.7.4.4 - Inciso IV - improbidade administrativa</b> .....	<b>1218</b>
4.7.4.4.1 - <i>Histórico e Definição</i> .....	1218
4.7.4.4.2 - <i>Rito Administrativo e Sobrestamento</i> .....	1228
4.7.4.4.3 - <i>Enriquecimento Ilícito Decorrente de Detecção de Variação Patrimonial Desproporcional (ou a Descoberto) ou de Identificação de Depósitos Bancários de Origem Não Comprovada e Suas Evidências a Partir de Sinais Exteriores de Riqueza ou de Movimentação Financeira Incompatível</i> .....	1234
4.7.4.4.4 - <i>Declaração de Bens, Sindicância Patrimonial e Investigação Patrimonial</i> .....	1257
4.7.4.4.5 - <i>Atividades de Consultoria ou de Assessoria Privada</i> .....	1277
<b>4.7.4.5 - Inciso V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição</b>	<b>1286</b>
<b>4.7.4.6 - Inciso VI - insubordinação grave em serviço</b> .....	<b>1287</b>
<b>4.7.4.7 - Inciso VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem</b> .....	<b>1290</b>
<b>4.7.4.8 - Inciso VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos</b> .....	<b>1291</b>
4.7.4.8.1 - <i>Responsabilidade Fiscal e Infrações Administrativas de Natureza Financeira</i> .....	1291
<b>4.7.4.9 - Inciso IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo</b> .....	<b>1292</b>
<b>4.7.4.10 - Inciso X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional</b> .....	<b>1295</b>
<b>4.7.4.11 - Inciso XI - corrupção</b> .....	<b>1297</b>
<b>4.7.4.12 - Inciso XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas</b> .....	<b>1298</b>
<b>4.7.4.13 - Inciso XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117</b> .....	<b>1310</b>
<b>4.8 - 2ª FASE: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - CITAÇÃO E DEFESA ESCRITA</b> .....	<b>1311</b>
<b>4.8.1 - Citação para Apresentação de Defesa Escrita e Formas de Entrega</b> .....	<b>1311</b>
4.8.1.1 - <i>Autos Originais não Saem da Repartição</i> .....	1316
<b>4.8.2 - Citações Fictas</b> .....	<b>1317</b>
4.8.2.1 - <i>Recusa de Recebimento da Citação</i> .....	1317
4.8.2.2 - <i>Indiciado em Lugar Incerto e Não Sabido e Réu Preso</i> .....	1318
4.8.2.3 - <i>Indiciado em Local Conhecido e que se Oculta para Não Receber a Citação</i> .....	1321
<b>4.8.3 - Prazos Originários para Defesa Escrita e Prorrogação</b> .....	<b>1324</b>

<b>4.8.4 - Defesa Escrita .....</b>	<b>1327</b>
<b>4.8.5 - Revelia e Defesa Dativa .....</b>	<b>1329</b>
4.8.5.1 - A Indisponibilidade do Direito de Defesa .....	1329
4.8.5.2 - Defesa Inepta ou Insuficiente (Acusado Indefeso) .....	1335
<b>4.9 - 2ª FASE: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - RELATÓRIO DA COMISSÃO.....</b>	<b>1338</b>
<b>4.9.1 - Elementos do Relatório.....</b>	<b>1339</b>
<b>4.9.2 - Descrição Fática, Enquadramento e Proposta de Pena .....</b>	<b>1342</b>
<b>4.10 - 3ª FASE: JULGAMENTO.....</b>	<b>1350</b>
<b>4.10.1 - Abordagem Inicial .....</b>	<b>1350</b>
4.10.1.1 - Análise Formal de Nulidade e Determinação de Refazimento dos Trabalhos .....	1351
4.10.1.2 - Proposta de Arquivamento e Determinação de Ultimação dos Trabalhos .....	1352
4.10.1.3 - A Contraposição da Competência da Autoridade com a Autonomia da Comissão .....	1358
<b>4.10.2 - Penas Previstas .....</b>	<b>1359</b>
4.10.2.1 - Vinculação da Aplicação da Pena.....	1363
4.10.2.2 - A Aplicação dos Parâmetros de Dosimetria de Pena (Natureza e Gravidade da Infração, Dano, Atenuantes, Agravantes e Antecedentes) .....	1367
4.10.2.3 - Advertência.....	1369
4.10.2.4 - Suspensão.....	1371
4.10.2.4.1 - <i>Aplicação Originária Residual</i> .....	1371
4.10.2.4.2 - <i>Reincidência e Gradação</i> .....	1371
4.10.2.4.3 - <i>Aplicação da Pena de Suspensão em Hipóteses Originariamente Puníveis com Advertência</i> .....	1373
4.10.2.4.4 - <i>Efetivação da Pena ou Sua Conversão em Multa</i> .....	1376
4.10.2.4.5 - <i>Não Submissão à Inspeção Médica</i> .....	1378
4.10.2.5 - Penas Capitais (Demissão, Cassação de Aposentadoria ou de Disponibilidade e Destituição de Cargo em Comissão).....	1381
4.10.2.5.1 - <i>Para Enquadramentos Graves, Impossibilidade de Atenuação das Penas Expulsivas</i> .....	1392
4.10.2.5.2 - <i>Aplicação de Segunda Penalidade Expulsiva a Ex-Servidor Já Punido com Expulsão</i> .....	1394
4.10.2.6 - Diferenças entre Exoneração, Demissão, Demissão a Bem do Serviço Público e Perda do Cargo .....	1395
<b>4.10.3 - Competência para Aplicar Penas .....</b>	<b>1398</b>
4.10.3.1 - Proposta da Comissão Fixa Competência do Julgamento .....	1403
4.10.3.2 - Atos de Assessoramento do Julgamento (Pareceres).....	1409

4.10.3.3 - Impedimento e Suspeição da Autoridade Julgadora.....	1415
<b>4.10.4 - O Valor do Relatório no Julgamento e a Livre Convicção da Autoridade Julgadora .....</b>	<b>1418</b>
4.10.4.1 - Em Princípio, o Julgamento Acata o Relatório.....	1418
4.10.4.2 - Alteração do Enquadramento: Defesa Acerca do Fato .....	1420
4.10.4.4 - Presunção de Inocência e <i>In Dubio pro Reo</i> .....	1426
<b>4.10.5 - Juntada Extemporânea de Provas, Prazo para Julgar e o Ato do Julgamento .....</b>	<b>1427</b>
4.10.5.1 - Memorial de Defesa .....	1427
4.10.5.2 - Contraditório: Entre Acusado e Administração.....	1429
4.10.5.3 - O Prazo e o Ato Propriamente Dito em que se Exara o Julgamento	1430
<b>4.10.6 - Consequências do Julgamento .....</b>	<b>1433</b>
4.10.6.1 - Publicação, Presunção de Legitimidade e Autoexecutoriedade do Ato Punitivo .....	1433
4.10.6.2 - Monitoramento da Publicação e Imediato Comunicado da Punição	1436
4.10.6.3 - Controle Administrativo, Registro nos Assentamentos Funcionais e Efeitos Remuneratórios .....	1438
4.10.6.4 - Comunicação de Dano ao Erário.....	1442
4.10.6.5 - Representação Penal .....	1444
4.10.6.6 - Repercussões Exclusivas das Penas Capitais.....	1446
4.10.6.7 - Ciência Final do Julgamento à Autoridade Local e ao Servidor.....	1450
4.10.6.8 - Perda da Cláusula de Sigilo de Processo Disciplinar após o Arquivamento .....	1454
<b>4.11 - RITO SUMÁRIO.....</b>	<b>1457</b>
4.11.1 - A Possibilidade de Instrução Ordinária e de Aplicação de Outras Penas .....	1457
4.11.2 - Rito para Acumulação Ilegal de Cargos .....	1460
4.11.3 - Rito para Abandono de Cargo e Inassiduidade Habitual.....	1466
<b>4.12 - NULIDADES.....</b>	<b>1470</b>
4.12.1 - Princípio do Prejuízo .....	1476
4.12.2 - Prescrição Quinquenal da Alegação de Nulidade.....	1478
4.12.3 - Nulidades Absolutas.....	1479
4.12.3.1 - De Competência .....	1479
4.12.3.2 - Relacionadas com a Composição da Comissão .....	1480
4.12.3.3 - Relacionadas com o Direito de Defesa do Acusado ou Indiciado .....	1480
4.12.3.4 - Relacionadas com o Julgamento do Processo.....	1480
<b>4.12.4 - Nulidades Relativas.....</b>	<b>1480</b>

<b>4.13 - PRESCRIÇÃO.....</b>	<b>1481</b>
<b>4.13.1 - Termo Inicial da Contagem do Prazo Prescricional .....</b>	<b>1483</b>
4.13.1.1 - A Configuração do Conhecimento do Fato .....	1485
4.13.1.2 - A Interpretação para os Casos de Existir Corregedoria ou de a Competência Instauradora Ser Reservada em Uma Única Autoridade .....	1486
4.13.1.3 - Termo Inicial da Contagem do Prazo Prescricional em Razão das Competências da Controladoria-Geral da União e da Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda .....	1492
4.13.1.4 - Peculiaridades no Conhecimento do Fato em Situações Específicas.	1493
4.13.1.5 - Prescrição Antes de Instaurar o Rito Disciplinar (Prescrição em Perspectiva).....	1502
<b>4.13.2 - Interrupção da Contagem do Prazo Prescricional e Retomada da Contagem .....</b>	<b>1504</b>
4.13.2.1 - Termo Final da Interrupção e Prescrição no Curso da Apuração (Depois de Instaurar o Rito Disciplinar) .....	1506
4.13.2.2 - Suspensão por Determinação Judicial .....	1510
<b>4.13.3 - Hipótese de Crime .....</b>	<b>1511</b>
<b>4.13.4 - Peculiaridades do Abandono de Cargo.....</b>	<b>1527</b>
<b>4.13.5 - A Extinção da Punibilidade pela Prescrição e por Outros Motivos .....</b>	<b>1531</b>
4.13.5.1 - A Busca da Verdade Material Frente à Prescrição .....	1532
4.13.5.2 - Morte do Acusado e Retroatividade Benigna da Lei.....	1535
<b>4.14 - RESPONSABILIDADES.....</b>	<b>1539</b>
<b>4.14.1 - Responsabilização Civil.....</b>	<b>1539</b>
4.14.1.1 - Dano Causado ao Erário .....	1542
4.14.1.2 - Dano Causado a Particular, Ação Regressiva e Denúnciação à Lide	1545
<b>4.14.2 - Responsabilização Penal.....</b>	<b>1546</b>
<b>4.14.3 - Regra Geral da Independência das Instâncias.....</b>	<b>1547</b>
4.14.3.1 - Absolvição Criminal por Insuficiência de Provas ou por Fato Não Ser Crime e Falta Residual .....	1548
<b>4.14.4 - Exceções à Independência das Instâncias.....</b>	<b>1550</b>
4.14.4.1 - Absolvição Criminal por Inexistência do Fato ou Autoria ou por Excludentes de Ilícitude .....	1551
4.14.4.2 - Condenação Criminal Definitiva .....	1552
<b>4.14.5 - Repercussão do Julgamento de Contas por Parte do Tribunal de Contas da União.....</b>	<b>1553</b>
<b>5 - CONTROLES INTERNO E EXTERNO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....</b>	<b>1555</b>

<b>5.1 - VIAS RECURSAIS DE CONTROLE INTERNO .....</b>	<b>1555</b>
<b>5.1.1 - Direito de Petição e Requerimento .....</b>	<b>1555</b>
<b>5.1.2 - Pedido de Reconsideração e Recurso Hierárquico .....</b>	<b>1560</b>
<b>5.1.3 - Revisão Processual .....</b>	<b>1568</b>
5.1.3.1 - Fato Novo a Qualquer Tempo .....	1568
5.1.3.2 - Prescrição do Pedido a Partir do Conhecimento do Fato Novo .....	1570
5.1.3.3 - Rito da Revisão.....	1573
<b>5.2 - VIAS RECURSAIS DE CONTROLE EXTERNO .....</b>	<b>1579</b>
<b>ANEXO I - SÍNTESE DAS MANIFESTAÇÕES DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO .....</b>	<b>1582</b>
<b>ANEXO II - CONTRAPOSIÇÃO ENTRE QUALIDADE E CELERIDADE NO PROCESSO DISCIPLINAR .....</b>	<b>1593</b>
<b>ANEXO III - RESPONSABILIZAÇÕES ADMINISTRATIVA E CIVIL EM DECORRÊNCIA DE DANO OU DESAPARECIMENTO DE BENS PÚBLICOS NO ÂMBITO DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL .....</b>	<b>1601</b>
<b>ANEXO IV - ASSÉDIO MORAL E ASSÉDIO SEXUAL .....</b>	<b>1647</b>
<b>ANEXO V - DADOS DE PUBLICAÇÃO DAS NORMAS CITADAS NO TEXTO .....</b>	<b>1675</b>
<b>ANEXO VI - FLUXOGRAMAS .....</b>	<b>1685</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>1689</b>

## 1 - INTRODUÇÃO

Apresenta-se este texto como um mero estudo teórico, de natureza pessoal e autoral, acerca das normas, técnicas e práticas que vinculam ou informam a Administração Pública na condução do processo disciplinar e na aplicação do regime disciplinar em âmbito federal, com o enfoque no rito processual da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e com especial ênfase nas peculiaridades da atividade correcional na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB, órgão resultante da fusão da ex-Secretaria da Receita Federal - SRF com a extinta Secretaria da Receita Previdenciária - SRP, conforme a Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007). Aqui, a expressão “regime disciplinar” refere-se ao conjunto de comandos legais definidores de ilícitos disciplinares, penas associadas, competências punitivas e prescrição da punibilidade, enquanto a expressão “processo disciplinar” refere-se à instrumentalidade que tem por fim justamente a aplicação daqueles comandos materiais.

Acerca do embasamento legal do tema em apreço, vale de imediato mencionar que, com a promulgação da Constituição Federal (CF), de 5 de outubro de 1988, mais especificamente em função da redação original do *caput* do seu art. 39 e do art. 24 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios ficaram obrigados a instituir, no prazo de dezoito meses, por meio de lei, regime jurídico único nas respectivas esferas de Administração Pública direta e nas autarquias e fundações públicas.

Assim, no âmbito federal, foi editada a citada Lei nº 8.112, de 1990. Esta Lei, também chamada de Estatuto ou Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais, foi originalmente publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 12/12/90, Seção 1, pg. 23935, e teve sua redação consolidada no DOU de 18/03/98, Seção 1, pg. 1, por determinação do art. 13 da Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997.

Posteriormente, a Emenda Constitucional (EC) nº 19, de 14 de junho de 1998 (a chamada Emenda da Reforma Administrativa), flexibilizou na Administração Pública direta, autárquica e fundacional o instituto do regime jurídico único, implementando a figura do contrato de emprego público. Mas esta atividade constituinte derivada teve sua eficácia suspensa, no Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de medida cautelar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 2.135-4, publicada em 07/03/08, fazendo retornar a aplicabilidade da redação original do *caput* do art. 39 da CF (ou seja, o regime jurídico único), até que se tenha o julgamento definitivo da Ação.

Aqui, desde já, se aponta a frustração consubstanciada com o advento da Lei nº 8.112, de 1990 - pelo menos no que se refere à instância correcional -, seja em sua redação original, seja em sua redação consolidada pela Lei nº 9.527, de 1997 (que pouco alterou o regime e o processo disciplinar). O legislador cometeu o equívoco de reproduzir, neste atual Estatuto - que deveria refletir a integralidade do estado democrático de direito recém-conquistado -, dispositivos da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (o então Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - EF), expressamente revogado pela Lei nº 8.112, de 1990, o qual, por sua vez, fazia o mesmo, também reproduzindo dispositivos da norma anterior (o Decreto-Lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939), editada sob o regime ditatorial do Estado Novo. Assim, não é errado afirmar que, na verdade, pelo menos na matéria correcional, a atual Lei nº 8.112, de 1990, ainda encontra muito de sua matriz inspiradora naquele ultrapassado Decreto-Lei nº 1.713, de 1939.

É certo que o regramento disciplinar do servidor público federal - que, conforme afirmado acima, tinha repouso desde a metade do século anterior na Lei nº 1.711, de 1952 - já havia obtido uma parcial atualização após a promulgação da atual CF e antes da entrada em vigor da Lei nº 8.112, de 1990, com a edição da Lei nº 8.027, de 12 de abril de 1990. Esta Lei apenas atualizava a lista de ilícitos do antigo Estatuto, vinculava-lhe as penas e estabelecia os

respectivos prazos prescricionais; ou seja, a Lei nº 8.027, de 1990, tão somente havia inovado no regime disciplinar, nada tendo alterado no rito processual do antigo Estatuto. Sete meses depois, a Lei nº 8.112, de 1990, foi editada, não só ajustando o rito processual aos novos preceitos e garantias constitucionais mas também mantendo grande parte da relativa atualização que os enquadramentos haviam ganhado com a Lei nº 8.027, de 1990, já que muitos destes dispositivos foram reproduzidos no novo Estatuto (em alguns casos, apenas com ajuste na pena vinculada).

Assim, é de se dizer que tanto a Lei nº 1.711, de 1952, quanto a Lei nº 8.027, de 1990, foram revogadas pela Lei nº 8.112, de 1990. Aquela longeva Lei, e toda sua legislação complementar, foi expressamente revogada pelo art. 253 do atual Estatuto. E, embora a Lei nº 8.112, de 1990, não tenha revogado expressamente a Lei nº 8.027, de 1990, por ter regulado inteiramente a matéria de que esta tratava - qual seja, o regime disciplinar do servidor, tendo redefinido ilícitos, a eles vinculado penas e estabelecido prazos prescricionais e competências julgadoras -, nos termos do § 1º do art. 2º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), operou a revogação tácita da mencionada Lei, após apenas sete meses de sua vigência.

Ainda sob a ótica crítica que necessariamente tem de se ter sobre a Lei nº 8.112, de 1990, no que concerne ao tema correcional, é forçoso reconhecer também que aquele diploma legal aborda todo o tipo de direitos e deveres da relação jurídico-estatutária firmada entre servidores e a Administração Pública federal, de sorte que a matéria disciplinar nela encartada não é a única e nem mesmo a sua principal vocação. Desta forma, a Lei nº 8.112, de 1990, deixa muitas lacunas acerca do processo e do regime disciplinares, que obrigam a integração por meio de outras leis, voltadas para a processualística administrativa ou, residualmente, até mesmo judicial (nos códigos processuais e materiais), e de demais fontes ou referências, tais como princípios jurídicos, entendimentos sedimentados na Administração e no Poder Judiciário e, por fim, nas manifestações da doutrina.

Não obstante, acrescente-se que, no que diz respeito ao Direito positivado, o presente texto considera apenas a normatização dotada de efeito vinculante e coercitivo, legalmente válida para definir o regime disciplinar e para estabelecer o devido processo de natureza disciplinar a servidores.

Daí, o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (aprovado pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994) e o Código de Conduta da Alta Administração Federal, de 18 de agosto de 2000, bem como todo o Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo (de que trata o Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007) e até mesmo as matérias atinentes às competências da Comissão de Ética Pública Seccional da RFB (CEPS-RFB) são aqui apenas sucintamente mencionados, a título de informação, mas não considerados como diplomas normativos integrantes da instância disciplinar, por não se inserirem nas normas de natureza administrativa punitiva. O descumprimento de suas regras não é objeto de processo disciplinar, salvo quando também existir repercussão da conduta na esfera legal disciplinar, hipótese em que a autoridade com competência correcional deve atuar de ofício ou mediante provocação por parte das competentes comissões de ética.

Calcado então na Lei nº 8.112, de 1990, o foco do texto em tela é integralmente voltado à aplicação do Direito Administrativo Disciplinar, o qual, como ramo do Direito Público, decorre da competência de a Administração Pública impor modelos de comportamento a seus agentes, com o fim de manter a regularidade, em sua estrutura interna, na execução e prestação dos serviços públicos. Decorrendo mais especificamente do Direito Público sancionador, tal competência estatal se desdobra na figuração do polo condutor do processo disciplinar como o instrumento legalmente previsto (ou seja, em sentido estrito, em lei, a saber na Lei nº 8.112, de 1990) para apuração das infrações disciplinares, e na aplicação do regime disciplinar ao agente infrator. Uma vez que o regime disciplinar estabelece padrões

comportamentais asseguradores do equilíbrio interno, visando a inibir e a prevenir a ocorrência de ilicitude, o seu desatendimento, comprovado no curso do processo disciplinar, sujeita o infrator à devida sanção, também prevista na citada Lei.

Independentemente do resultado de natureza material a que se chega, se, por um lado, o processo disciplinar não subsiste por si só, por outro lado, consubstancia-se na instrumentalidade indispensável para a aplicação do regime disciplinar (tido também como Direito material ou parte substantiva do Direito Administrativo Disciplinar, em complemento à noção de Direito processual ou parte instrumental do Direito Administrativo Disciplinar). O fato é que, independentemente de terminologia, o objetivo da instância administrativa disciplinar, ao inibir o cometimento de ilicitudes e ao punir o efetivo infrator no curso do devido processo legal, é manter e retomar o regular e eficiente funcionamento da Administração Pública federal.

Desde já convém enfrentar a dificuldade de se tentar conceituar e delimitar o sentido com que se empregam, no presente texto, a expressão “Administração Pública” ou simplesmente o termo “Administração”.

O primeiro entendimento de Administração Pública diretamente associa-se à conversão da lei em ato concreto, ou seja, à sua real execução no mundo real, por meio do que se chama de ato administrativo. Daí porque, precipuamente, se associa a expressão “Administração Pública” ao Poder Executivo. Este alcance inicial da expressão engloba não só a estrutura orgânica e instrumental (ou seja, entidades, órgãos e agentes públicos) mas também abrange as próprias funções e as atividades administrativas em si (ou seja, a atuação estatal concreta e direta, na prestação de serviços públicos, para satisfazer as necessidades coletivas). A estrutura orgânica divide-se em Administração Pública direta (formada pelas pessoas jurídicas políticas - ou entidades estatais ou entes federados - União, Estados, Distrito Federal e Municípios e seus órgãos integrantes) e Administração Pública indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista dos respectivos entes federados), estando toda esta instrumentalidade do Poder Executivo, com os respectivos quadros de agentes públicos, englobada no conceito de Administração Pública. Por óbvio, o presente texto restringe-se ao âmbito federal, representada pela União, cuja organicidade apresenta-se na redação atual do art. 4º do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Mas aquela primeira associação, embora precípua e majoritária, não é suficiente para definir a expressão “Administração Pública”, uma vez que a tripartição de Poderes não é absolutamente estanque. A expressão também contempla a estrutura e as funções ou as atividades dos Poderes Legislativo e Judiciário quando estes, de forma residual, paralela, secundária e instrumental às suas respectivas competências predominantes (normativa, de elaborar normas gerais e abstratas - leis; e judicial, de aplicar coativamente a lei nos litígios e conflitos), administram seus próprios serviços, bens e pessoal e se organizam, por meio de atos materialmente administrativos. E, mais extensivamente, pode-se ainda considerar albergadas no conceito de Administração Pública as estruturas e as funções do Ministério Público Federal (MPF) e do Tribunal de Contas da União (TCU) quando estas duas instituições atuam em suas gestões meramente administrativas, fora de suas atividades-fim.

Assim, o sentido com que se empregam a expressão “Administração Pública” ou o termo “Administração” é o da resultante de todas as atividades administrativas (excluem-se atos legislativos e judiciais) e dos órgãos por elas competentes, nos Três Poderes (com forte predominância do Executivo). Ou seja, considera o conjunto de entidades e órgãos que desempenham funções administrativas, por meio de seus agentes públicos investidos em cargos ou funções públicas - e, no presente texto, delimitadamente em âmbito federal, o que leva às expressões “Administração Pública federal” ou “Administração federal”.

Decerto, as expressões ou termo acima (Administração, Administração Pública, Administração federal ou Administração Pública federal), convencionados de se grafar com maiúsculas, encerram em si um sentido subjetivo e um significado orgânico da estrutura

administrativa com que se sintetiza o conjunto de órgãos e entidades de todas as esferas de Poder e de todos os entes federados que exercem a função administrativa. Em contrapartida, o termo convencionado de se grafar com minúscula, “administração”, tem um sentido objetivo e material de conter um significado fático da atividade administrativa como o múnus ou a função exercida pelos entes que exercem a função administrativa. Nos termos ora convencionados, em síntese, Administração é conjunto de entes que exercem a administração.

Sintetizando todo o acima exposto, a presente consolidação de anotações, apontamentos, opiniões, sugestões, comentários e questionamentos equivale tão somente a uma peça doutrinária qualquer, de livre adesão ou discordância, não vinculando os condutores de trabalhos investigativos, as comissões de sindicância e de inquérito e as autoridades legalmente competentes, nem no âmbito da RFB e muito menos nos demais órgãos públicos federais. E não se cogita de o fato de ter contado com a amistosa colaboração de outros servidores afastar o caráter meramente autoral e não institucional deste texto, não se podendo atribuir àqueles colaboradores qualquer forma de responsabilização em função do conteúdo da peça.

Sendo obra pessoal e autoral, este trabalho não deve ser confundido com material institucional e tampouco se propõe ou pretende se fazer passar como voz e posicionamento oficiais, sequer da Corregedoria (Coger) e muito menos da RFB, nem mesmo sobre matéria correcional e menos ainda sobre qualquer outro tema administrativo de interesse da instituição. Para esse fim, adverte-se e informa-se que existe um conjunto de cinco apostilas oficialmente adotadas pela Coger (Apostilas Orientadoras da Aplicação do Processo e do Regime Disciplinar), por meio da Portaria Coger nº 41, de 5 de junho de 2012, todas disponíveis na Biblioteca Virtual da *intranet* institucional e no sítio eletrônico do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU). Ademais, em nenhum momento o presente texto pretende se contrapor àquele material institucional existente. Caso, eventualmente e de forma imprevista, o leitor extraia interpretações divergentes da leitura deste texto com o citado conjunto de Apostilas institucionais ou com qualquer tipo de determinação, deliberação, recomendação ou prática adotada pela Administração, deve sempre prevalecer o entendimento oficial.

Ademais, na busca do objetivo de exaurir a abordagem tanto dos aspectos instrumentais quanto também dos aspectos materiais, reconhece-se que o presente texto avolumou-se de forma a praticamente inviabilizar a sua leitura ininterrupta de início ao fim. A forma mais razoável e até eficiente que se contempla para emprego deste texto é de o leitor considerá-lo apenas como uma fonte de consulta de viés mais aprofundado sobre determinado instituto ou ato processual, o que significa recomendar que se restrinja sua leitura à consulta ou à pesquisa de determinado tópico (aqui compreendido como qualquer item constante do Índice) de específico interesse do leitor. Para introdutória leitura integral, recomendam-se textos mais didáticos, curtos, práticos e amigáveis, a exemplo da Apostila oficial nº 1 da Coger, com consolidação de normas e de manifestações vinculantes, e dos Manuais disponibilizados institucionalmente pela CGU em seu sítio eletrônico.

Faz-se ainda necessário alertar, sobretudo ao principiante em matéria disciplinar, para o fato de que, nem mesmo sob o limitado enfoque descrito acima, este texto deve ser empregado de forma irrestrita e indiscriminada em todos os casos práticos. Tratando-se de matéria jurídica, somente a análise concreta caso a caso, à luz da legislação vinculante, seja pela autoridade competente, seja pela comissão, é que permitirá a aplicabilidade ou não das ideias aqui expostas.

Em reforço à cautela recomendada acima para a adoção dos posicionamentos defendidos ao longo deste texto, relembre-se a já exposta crítica às lacunas existentes no texto da Lei nº 8.112, de 1990, sobretudo nas passagens em que este abrangente Estatuto tenta rascunhar um processo e um regime disciplinares, o que obriga a frequente integração com outras fontes legais, principiológicas ou jurisprudenciais.

Não obstante, mesmo depois de se empregarem todas estas alternativas de se integrarem as lacunas do Estatuto, ainda restam incidentes processuais possíveis de ocorrer na prática cotidiana da atividade correcional, sem se ter qualquer tipo de normatização ou jurisprudência. Portanto, ao se elaborar um texto com a intenção de abordar o máximo de detalhes e de situações que podem acontecer, desde a notícia do cometimento de suposta irregularidade até o ato final de julgamento do processo disciplinar, faz-se necessário suprir as lacunas restantes com praxes, práticas e costumes administrativos e, na parcela mais residual, até mesmo com opiniões pessoais. Assim, se por um lado, ao se chegar a ponto de se expressar opiniões pessoais, ganha-se na expectativa de se ver suprida a quase totalidade dos incidentes possíveis, por outro, expõe-se a críticas, contestações, discordâncias, já que qualquer outro agente aplicador da processualística disciplinar pode, nesta parcela residual da matéria totalmente descoberta de norma, adotar opinião divergente e igualmente válida ou até mesmo de melhor qualidade técnico-jurídica.

A síntese deste texto é a tentativa de se descrever, passo a passo, o instrumento de exercício do poder correcional, qual seja, o processo disciplinar desde a forma de se fazer chegar à Administração a notícia da ocorrência de suposta irregularidade até o resultado final do rito contraditório, com o julgamento e aplicação da sanção em decorrência da comprovação do cometimento de infração disciplinar, descritas no regime disciplinar, se for o caso. Neste rumo, o trabalho tem a deliberada pretensão de ser o mais detalhado e pormenorizado possível, com a intenção de tentar suprir as dúvidas de ordem prática e operacional com que frequentemente se deparam os integrantes de equipes investigativas e de comissões disciplinares. O enfoque é precipuamente procedimental e prático, tentando-se abordar desde as situações mais cotidianas até aquelas mais inusitadas, sem a pretensão de aprofundar questões conceituais e teóricas de natureza jurídica, para as quais se dispõe de satisfatória doutrina.

Reconhecida a principal vocação deste texto - discorrer sobre o processo disciplinar -, eis que demais conceitos de regime disciplinar que porventura interessem a esta instrumentalidade (institutos constitucionais e penais e o regime disciplinar da própria Lei nº 8.112, de 1990 - deveres, proibições e penalidades administrativas dos servidores públicos federais) estão inseridos ao longo da exposição do rito, exatamente no ponto em que cada um deve ser suscitado na prática, de forma a preservar ao máximo a descrição sequenciada dos atos processuais conforme eles efetivamente ocorrem. Ou seja, os institutos de Direito material (do regime disciplinar) são criteriosamente e providencialmente inseridos na descrição do Direito processual (do processo disciplinar).

Informe-se que, seguindo convenção adotada no Manual de Redação e de Elaboração de Atos Administrativos da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria RFB nº 1.887, de 26 de dezembro de 2013, ao se grafar nome intitutivo extenso e composto, usou-se, na primeira menção (ou na única menção, se for o caso), em cada tópico do Índice, o nome completo seguido da sigla entre parênteses; e, nas menções seguintes ainda naquele mesmo tópico, permitiu-se usar apenas a já apresentada sigla.

Também para menção a normas, convencionou-se grafar sua data completa, indicando o dia, o mês e o ano de sua edição, por extenso na primeira menção (ou na única menção, se for o caso), em cada tópico do Índice, da forma “Lei nº x.xxx, de xx de xxxxxx de xxxx”; e, nas menções seguintes ainda naquele mesmo tópico, permitiu-se grafar a data reduzida, indicando apenas o ano de sua edição, da forma “Lei nº x.xxx, de xxxx”. Aproveitou-se a mesma convenção para, apenas na primeira menção (ou na única menção, se for o caso), em cada tópico do Índice, acrescentar-lhe o epíteto pelo qual porventura a norma tenha se tornado mais conhecida. Acrescentou-se ainda que também se padronizou grafar a articulação das normas indicando eventuais *caputs*, parágrafos, incisos e alíneas antes do artigo (como “alínea “x” do inciso x do parágrafo x do art. xxx”).

Embora se reconheça que estas convenções (de mencionar, no primeiro emprego, o

nome intitutivo completo ou a data completa da norma), a rigor, deveriam ser empregadas considerando toda a íntegra do texto, adaptou-se a liberalidade de se reiniciá-las a cada novo trecho do texto contido em um único tópico constante do Índice, por menor ou mais curto que seja este trecho. Aqui, a expressão “tópico constante do Índice” comporta a mais abrangente acepção, referindo-se efetivamente a qualquer bloco de texto situado entre dois títulos, independentemente do nível que o título do tópico possui na hierarquização encadeada dos títulos do Índice. Tal adaptação das duas regras decorreu do reconhecimento de que a forma mais comum de emprego do presente texto, em razão de sua imensa extensão, em geral, se limita à consulta ou pesquisa pontual de determinado assunto de interesse delimitado, sendo pouco provável (e nem mesmo recomendável) a sua leitura integral. A obediência fiel à regra (de reproduzir apenas no primeiro emprego as versões completas dos nomes intitativos e das datas de normas e de se permitir o emprego de versões compactas nas demais citações) levaria à omissão das informações inicialmente completas na esperada forma fragmentada de se utilizar e de se consultar tal texto e acarretaria ainda um indesejado distanciamento do primeiro emprego do nome intitutivo completo ou da data completa da norma na rara oportunidade em que o leitor se dispusesse a enfrentar toda a leitura integral deste trabalho.

Uma terceira convenção empregada no curso de todo este texto e que vale ser de imediato introduzida diz respeito à forma de se referir aos procedimentos disciplinares. A Lei nº 8.112, de 1990, ao mesmo tempo em que estabelece o processo administrativo disciplinar (PAD) e a sindicância disciplinar como as duas espécies de ritos de natureza contraditória e punitiva, também, em alguns de seus dispositivos, emprega aquela primeira expressão, “processo administrativo disciplinar”, no sentido de um gênero, que comporta ambas as espécies. Desta forma, há a dificuldade terminológica de, por vezes, se utilizar esta expressão com abrangência estrita, quando o tema de que se trata se aplica exclusivamente ao rito procedimental do PAD, e de, por outras vezes, empregá-la em sentido lato, abrangendo tanto o PAD quanto a sindicância disciplinar, quando o tema de que se trata é comum às duas espécies de rito. A fim de se tentar deixar claro quando o texto se refere a ambos os procedimentos contraditórios e punitivos, convencionou-se usar as expressões genéricas “processo(s) disciplinar(es)” ou “processualística disciplinar”, na contrapartida de se empregar a expressão específica “processo administrativo disciplinar” e a sigla “PAD” nas demais menções no curso do mesmo tópico quando se referir exclusivamente a apenas este rito.

Mais uma convenção adotada refere-se à grafia das ilicitudes. Sabe-se que, a rigor, o gênero “ilícito” (e todos seus sinônimos) comporta, dentre outras, a espécie “ilícito administrativo”, que, por sua vez, se desdobra de subespécies tais como administrativo fiscal, administrativo disciplinar, administrativo de responsabilização de pessoas jurídicas. Por simplificação de grafia, convencionou-se empregar a menção direta e exclusiva à subespécie “disciplinar”, dispensando-se a grafia completa, que seria “ilícito administrativo disciplinar”, já que, no escopo do presente texto, a espécie “administrativo” sempre estará subentendida. Não obstante, para ser fiel ao texto da Lei nº 8.112, de 1990, ao se mencionar a respectiva espécie de responsabilização, se emprega a expressão “responsabilização administrativa”, o que já basta para diferenciar de outras esferas judiciais de responsabilização por vezes mencionadas, tais como penal e civil.

Cabe ainda informar que, regimentalmente, na RFB, a estrutura orgânica voltada e competente para a aplicação do Direito Administrativo Disciplinar se compõe de uma unidade central, intitulada Corregedoria (Coger), e dez unidades regionais, intituladas Escritórios de Corregedoria (Escor), um em cada Região Fiscal (RF). Tanto a normatização interna quanto a própria praxe administrativa por vezes utilizam o nome “Corregedoria” ou a sigla “Coger” para se referirem especificamente àquela unidade central, excluindo as dez projeções regionais, e por vezes os empregam como referência abrangente a todo sistema correcional. Na medida do possível, para buscar uma diferenciação, o presente texto mantém a padronização do emprego dos termos “Corregedoria” ou “Coger” no sentido estrito da

unidade central, aplicando termo mais genérico “corregedoria” ou as expressões “corregedoria da RFB” ou “unidades de correição da RFB” ou “unidades seccionais de correição da RFB” ou “sistema correcional da RFB” para abrangerem o sentido amplo de toda estrutura orgânica formada pela Coger somada aos dez Escor. Neste linha, até se reconhece que a expressão “sistema correcional da RFB”, embora seja uma opção de certa forma atécnica em razão do seu anacronismo (visto que a estruturação interna do órgão passou a ser fragmentada nos chamados processos de trabalho e não mais na visão estreita e verticalizada de sistemas), é justamente a menção mais empregada para este sentido amplo.

Uma vez que o regime e o processo disciplinares alcançam não apenas o caso comum do servidor na ativa mas podem atingir também, de forma excepcional, o servidor inativo e o ex-servidor, a rigor, as menções ao polo passivo da relação processual disciplinar deveriam, na perfeição da forma, sempre mencionar estas três diferentes espécies de agentes responsabilizáveis. No entanto, por economia de grafia, exatamente como faz a própria Lei nº 8.112, de 1990 (que expressa apenas o termo “servidor” como síntese da expressão “servidor ativo”, que seria mais completa e correta na imensa maioria de seus comandos, permitindo-se mencionar o servidor inativo ou o ex-servidor apenas quando tal especificação é essencial), convencionou-se, no curso deste texto, em geral, também se grafar apenas o gênero “servidor” como albergue de todas as espécies possíveis de envolvidos no procedimento disciplinar (investigado, acusado, indiciado ou apenado), reservando-se o formalismo de expressar “servidor ativo e/ou inativo e/ou ex-servidor” apenas nas passagens em que tal diferenciação se fizer imprescindível.

É importante também esclarecer que este texto, desde sua versão inicial, em 2004, até 2015, se reportava unicamente ao processo físico, com suporte documental em papel. Com a adoção do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) pela Coger, por meio da Ordem de Serviço Coger nº 1, de 3 de junho de 2015, a partir de 31/12/15, crescentemente passou-se a empregar o processo digital, com suporte documental em meio digital. Não só em razão da presumida convivência de processos físicos com processos digitais no âmbito da Coger por alguns anos mas também em respeito à possibilidade de emprego deste texto em órgãos que ainda não utilizem processos formalizados em sistema eletrônico, optou-se, onde cabível, por acrescentar as informações específicas da protocolização e da condução processuais informatizadas preservando-se, sem excluir, as similares informações referentes à antiga procedimentalização em papel.

Como se pode perceber linhas acima, estas convenções e padronizações de grafia já são exercitadas desde a presente Introdução.

Informe-se que, na extensa abrangência de temas, por muitas vezes ocorre de uma explanação justificar remissão ou referência a outras passagens do texto. Daí, para facilitar a leitura em via eletrônica deste longo trabalho, não só o Índice possui *links* eletrônicos que remetem ao conteúdo como também as remissões, no meio do texto, a outros tópicos, contam com *links* que remetem ao ponto exato cuja leitura complementar ou suplementar se quer recomendar.

Ainda acerca da forma ora empregada de elaboração deste trabalho, esclarece-se que os temas são apresentados em tópicos, com textos narrativos meramente autorais amparados, quando possível, nas fontes normativas ou jurisprudenciais, no Direito consuetudinário e em manifestações doutrinárias e, por fim, no total vácuo informador, residualmente, em meros posicionamentos pessoais.

Quando possível, a dissertação autoral de cada tópico é enriquecida por uma pré-determinada sequência informativa, iniciada por reproduções da base normativa, dentro das quais, sempre que aplicável, incluem-se normas internas específicas da RFB (*em azul*), seguidas de citações de entendimentos adotados na Administração (*em vermelho*), de decisões judiciais (*em verde*) e de manifestações doutrinárias (*em marrom*). É de se destacar que nem sempre se dispõe de qualquer destas fontes ou referências e muito menos de todas,

mas, sempre que empregadas, o foram na ordem acima descrita (ainda que com lacunas de uma ou de outras), como reflexo de um decrescente poder vinculante.

Uma vez que os trechos expositivos que possuem base normativa são imediatamente seguidos desta base legal reproduzida, quando se entendeu não prejudicar a compreensão da leitura, em regra, poupou-se a construção autoral das citações de artigos e normas, salvo quando relevante.

Ressalve-se também que não se teve a intenção de, no presente texto, reproduzir manifestações de entendimentos administrativos, jurisprudenciais e doutrinários sobre todos os temas ora abordados da matéria disciplinar. Ao contrário, para não sobrecarregar demasiada e desnecessariamente o texto, lançou-se mão das citações daquelas quatro fontes ou referências apenas nos pontos em que se considerou relevante trazer à tona tais apoios às interpretações ora adotadas, poupando reproduzir entendimentos administrativos, jurisprudenciais e doutrinários quando estes simplesmente repetem os dispositivos das normas ou quando abordam temas pacificados e que não suscitam nenhuma polêmica ou dúvida.

Ademais, faz-se necessário esclarecer que, uma vez que o principal objetivo deste texto é apresentar um roteiro prático para condução do processo disciplinar e para a consequente aplicação do regime disciplinar, aqui se reproduziram apenas as manifestações jurisprudenciais e doutrinárias que coincidem com os entendimentos ora adotados - os quais, por sua vez, sempre refletem posicionamentos institucionais da Coger e também, sempre que possível, da CGU. Assim, deliberadamente, não se mencionam julgados ou autores em sentido oposto ao ora adotado. Como regra geral, não faz parte do objetivo do presente texto apresentar discussões exclusivamente conceituais, diferentes teorias e correntes contrárias de pensamento.

Introduza-se, que, além do texto principal em si, seguem seis Anexos. O primeiro consolida as principais passagens de Pareceres da Advocacia-Geral da União (AGU) sobre matéria disciplinar, de aplicação obrigatória ou referencial na Administração Pública federal, que se encontram distribuídas ao longo deste texto. O segundo consolida as diversas passagens ao longo do texto em que se abordam ou se contrapõem aspectos atinentes à qualidade do trabalho e à celeridade. O terceiro aborda com detalhes questões referentes à responsabilidade civil e descreve o processo de tomada de conta especial (TCE), propositalmente reservado para um anexo, fora do corpo principal do texto, visto que, embora guarde correlações com a matéria disciplinar, é um instituto voltado àquela instância reparadora. O quarto apresenta uma análise sobre os conceitos de assédio moral e assédio sexual. O quinto lista os dados de publicação de todas as normas citadas no texto. E o último sintetiza os ritos processuais ordinário e sumário por meio de fluxogramas.

## **2 - ESTRUTURA CORRECCIONAL NA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL E ANTECEDENTES DO PROCESSO DISCIPLINAR**

### **2.1 - DEVERES DE REPRESENTAR E DE APURAR IRREGULARIDADES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL**

Previamente à descrição do rito procedimental em si do processo disciplinar, convém destacar o contexto jurídico em que se insere todo o Direito Administrativo Disciplinar e a organicidade em que se apóia e se sustenta a sua aplicação, partindo dos ordenamentos gerais para os mais específicos, tanto em termos instrumentais quanto estruturais.

#### **2.1.1 - A Inserção dos Deveres de Representar e de Apurar Originariamente em Via Hierárquica**

Sob o aspecto instrumental, abordando primeiramente a questão de forma introdutória, antes de se focar a análise na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), tem-se que, na Administração Pública federal, o tema do presente texto, qual seja, a aplicação do processo disciplinar como instrumento de efetivação do regime disciplinar tem início, frequentemente, por meio do instituto da representação funcional.

Em sentido mais lato, desde o texto constitucional, mais precisamente no inciso III do § 3º do art. 37 da Constituição Federal (CF), o ordenamento pátrio prevê o emprego da representação, como instrumento a favor da participação de quem quer que seja na coisa pública, em face de desvios no exercício do cargo, emprego ou função por parte de agente público.

*CF - Art. 37.*

*§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional - EC nº 19, de 14 de junho de 1998)*

*III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (Incluído pela EC nº 19, de 1998)*

No foco mais específico da Administração Pública federal, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, regulamentou o manejo deste instrumento sob ótica estatutária, transmutando aquele direito constitucional do particular (inserido no gênero do direito de petição) em dever funcional. A leitura conjunta dos incisos VI e XII do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, impõe o dever funcional, de representar à autoridade competente, ao servidor que, em razão de suas atribuições legais, tenha conhecimento de suposta irregularidade, de qualquer natureza (estatutária ou não) por parte de outro agente público (ou até mesmo de particular) ou de suposto ato ilegal (qualquer ação ou omissão contrária à normatização *lato sensu*), omissivo (qualquer conduta de omissão diante de deveres, atribuições ou competências do múnus público) ou com abuso de poder (qualquer forma de abuso de autoridade, nas espécies de excesso de poder e desvio de poder ou desvio de finalidade, conforme define a Lei nº 4.988, de 9 de dezembro de 1965) por parte de autoridade.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 116. São deveres do servidor:*

*VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração; (Redação dada pela Lei nº 12.527, de 18 de setembro de 2011)*

*XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.*

*Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.*

*(Nota: Na forma como oficialmente publicado, o parágrafo único do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, impropriamente assegura a ampla defesa ao “representando”; subentende-se que o correto seria ao “representado”).*

É importante destacar a ressalva de que o dever funcional de representar recai sobre o servidor enquanto este esteja, direta ou indiretamente, investido de seu múnus público. Em outras palavras, não há de se opor ao servidor a contínua qualificação como tal e, por conseguinte, o ininterrupto cumprimento de regras estatutárias, mesmo em sua vida privada. A ciência de irregularidade ou de ato ilegal, omissivo ou abusivo que se transmuta em dever funcional de representar restringe-se ao conhecimento de fatos ilícitos decorrente do cargo que o representante ocupa e não por fatos quaisquer de que venha a saber por motivos ou em momentos, locais e situações totalmente à margem de sua condição público-estatutária.

Na mesma linha, abstraindo aqui do foco de interesse a notícia de qualquer ato irregular cometido por particular ou de ato irregular em qualquer instância não estatutária cometido por agente público (como, por exemplo, para ambos os casos, em instâncias fiscal, civil ou criminal), tem-se que a representação funcional de interesse deste trabalho delimita-se à conduta infracional do agente público que guarde algum grau de correlação (ao menos indireta) com o cargo que este próprio infrator ocupa.

O presente tópico visa a apenas introduzir o instrumento mais comum por meio do qual se deflagra o tem objeto deste texto (que é o regime disciplinar como instrumento para aplicação do regime disciplinar). Detalhamentos formais, tais como os requisitos de validade da representação, terão sua apresentação postergada para **2.4.1**.

Interpreta-se que, enquanto a regra geral do mencionado inciso VI do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, genericamente impõe ao servidor o dever funcional de levar ao conhecimento superior a ciência de qualquer fato anômalo de que saiba em decorrência de seu múnus público e no qual se inclui como espécie o dever de representar contra qualquer servidor ou qualquer autoridade, mesmo que de outra linha hierárquica ou até de outro órgão público federal ou entidade (em caso de autarquia ou fundação pública federais), por toda forma de irregularidade, a incidência do comando do citado inciso XII do mesmo dispositivo legal, por força do subsequente parágrafo único, repousa de forma ainda mais restrita na obrigação de representar especificamente contra autoridade hierarquicamente superior e que cometa ato ilegal, omissivo ou com abuso de poder.

Acrescente-se que a formulação da representação, além de cumprir o dever funcional propriamente dito de noticiar a ciência de suposta irregularidade, pelo fato de possibilitar à Administração o conhecimento de desvios de condutas de seus agentes e ainda, em alguns casos, por demonstrar a necessidade de adoção de medidas não só corretivas (como a devida aplicação do regime disciplinar sobre o infrator) mas também preventivas e inibidoras de novas infrações (tais como otimização de rotinas, revisão de controles ou eliminação de falhas e de lacunas internas ou normativas), igualmente atende ao dever de lealdade à instituição (relembrando-se que, em sua essência, o dever funcional também abarca a comunicação de irregularidades cometidas por particulares em face da Administração).

Não obstante o parágrafo único do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, a princípio, estabelecer o rito da via hierárquica apenas para a representação em face de autoridade, extrai-se da literalidade legal que, sistematicamente, todas as representações (com base tanto no inciso VI quanto no inciso XII do referido dispositivo legal) devem ser feitas por meio da linha de hierarquia, a partir do chefe imediato do representante, até uma autoridade hierarquicamente superior ao representado. Isto porque, em acréscimo à imediata leitura do parágrafo único, que complementa o inciso XII, também o inciso VI, todos do mencionado comando legal, estabelece o encaminhamento à autoridade superior. Daí, o devido

cumprimento do dever legal se aprimora e se aperfeiçoa sendo executado na linha de hierarquia, independentemente da razão de representar.

Independentemente de possíveis nuances interpretativas que se podem extrair dos comandos dos incisos VI e XII do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, aqui importa destacar que, seja em face de qualquer outro servidor, seja em face de qualquer autoridade ou de superior hierárquico do representante, tem-se que - ainda se atendo aos termos estritos da Lei e sem investir nas peculiaridades e aprimoramentos de cada órgão ou entidade - a representação deve ser encaminhada, a partir da chefia imediata do representante, subindo na linha hierárquica, até alguma autoridade também hierarquicamente superior ao representado e que detenha competência para apreciar tal tipo de peça (em ato denominado juízo de admissibilidade, que se abordará em 2.5), ou, em outras palavras, que possua competência para arquivar a provocação ou, se for o caso, para instaurar o processo disciplinar.

Em complemento ao dever funcional de representar, recai sobre a autoridade competente, por força do *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990, o conseqüente dever de determinar a imediata apuração contraditória do fato representado que se demonstre disciplinarmente relevante.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.*

Não por acaso se aplica certo grau de inespecificidade na afirmativa anterior, uma vez que, por um lado, tal competência, nos termos do *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990, não é outorgada de forma ampla e generalizada a qualquer autoridade, nem mesmo dentro da via hierárquica do representado, para poder instaurar processo disciplinar, e, por outro lado, muito menos cuida a citada Lei de especificar, em cada órgão ou entidade, a que autoridade da linha de hierarquia interna incumbirá apreciar as notícias de supostas irregularidades. Faz-se necessária, então, expressa definição legal ou infralegal de tal competência.

Em regra, é a lei orgânica, o estatuto ou o regimento interno de cada órgão ou a lei de criação de cada entidade que soluciona tal lacuna, definindo a autoridade competente para instaurar a instância disciplinar (competência esta, em princípio, passível de delegação interna, conforme julgado abaixo).

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.081: “Ementa: (...) IV - Inocorrência de nulidade quanto à portaria de instauração do processo disciplinar, seja porque fora proferida por autoridade no exercício de poder delegado (...).”*

E, acrescente-se que, caso ainda persista a lacuna na norma interna, a autoridade de menor grau hierárquico com poder de decisão no órgão ou na entidade é quem será competente para apreciar a representação e, se for o caso, decidir pela instauração do processo disciplinar ou pelo arquivamento do feito, segundo o art. 17 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regula processualística no âmbito da Administração Pública federal), com amparo doutrinário.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 17. Inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir.*

*“Se encontrarmos um órgão que sequer por regulamento estipulou a autoridade competente para a instauração do processo disciplinar, deve-se, por analogia, aplicar o inciso III do art. 141 da Lei 8.112/90 e considerar como competente o chefe da repartição onde o fato ocorreu.*

*Por fim, acrescente-se que por força do Poder hierárquico que instrui o Poder disciplinar, a autoridade máxima do órgão sempre poderá avocar para si a competência que o regimento, eventualmente, houver estabelecido para uma autoridade de hierarquia inferior.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de*

À vista do exposto acima, se, de um lado, padroniza-se que, institucionalmente, a apuração de irregularidades na Administração Pública federal, em regra, é efetuada no próprio órgão ou entidade onde o fato ocorreu, por outro lado, há variações, ente a ente, de a quem pessoalmente a normatização atribui a competência para apreciar as notícias de supostas irregularidades e para instaurar a instância disciplinar ou para arquivar o feito.

E, de início, no momento histórico mais próximo do contexto constitucional inaugurado em 1988 e da publicação e da vigência da Lei nº 8.112, de 1990, como primeira regra geral, era comum que as leis orgânicas, os estatutos ou os regimentos internos dos órgãos ou as leis de criação das entidades concentrassem a competência disciplinar no dirigente máximo ou a diluíssem entre os titulares das unidades componentes, o que coincidia, no mais das vezes, com o órgão (ou entidade) ou a unidade de ocorrência do fato supostamente ilícito e que, por sua vez, na imensa maioria dos casos, eram os mesmos de lotação do representado - visto que a hipótese mais frequente é de o servidor ter cometido a suposta infração no âmbito de seu próprio órgão (ou entidade) ou unidade de lotação.

Em outras palavras, o certo é que, na regra geral da Administração Pública federal, extraída da leitura exclusiva e estática no tempo da Lei nº 8.112, de 1990, esta autoridade competente para apreciar a representação e, conseqüentemente, se for o caso, para instaurar a instância disciplinar era (e diante da imutabilidade do texto legal, continua sendo) hierarquicamente ligada ao representado (variando, de ente a ente, o grau de proximidade entre a autoridade e o representado), o que, em muitas vezes, acarretava a admissão da superposição de outro enunciado generalista acerca do dever legal de apurar as supostas irregularidades, de que este se processava com algum grau de proximidade com o local dos fatos.

Não é difícil perceber que este modelo originalmente traçado na Lei nº 8.112, de 1990, não se dedicava a prever e a fortalecer mecanismo de preservação da isenção e da imparcialidade e até mesmo da qualificação técnica, visto que, inegavelmente, a proximidade da competência instauradora e da apuração dos fatos com o próprio representado, com sua chefia imediata e com o contexto como um todo da ocorrência poderia inquinar a apuração com vieses de pessoalidade acobertadora ou perseguidora, além de ter de contar com força de trabalho experiente apenas na matéria-fim e não dedicada ou motivada e muito menos capacitada para a condução da processualística disciplinar.

Pelo exposto, a primeira leitura é de que, na regra geral da Lei nº 8.112, de 1990, ambos os deveres, tanto de o servidor representar quanto de a autoridade competente apurar as supostas irregularidades, se inserem na linha hierárquica, o que pode fazer com que ambos guardem proximidade com o local de ocorrência da suposta ilicitude. No texto frio e até hoje original da Lei, a representação se inicia pela via hierárquica do representante, desde seu chefe imediato, até chegar à autoridade com ascendência sobre o representado e com competência para exercer o dever legal de determinar a apuração dos fatos (o que subentende a competência para decidir pela instauração do processo disciplinar ou pelo arquivamento do feito).

### **2.1.2 - A Migração do Dever de Apurar com a Especificidade das Corregedorias**

Em função da natural harmonização da prática do Direito com o contexto real em que se insere a cada tempo e diante das críticas acima expostas ao modelo original da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, de forma crescente na Administração Pública federal, muitos órgãos e entidades passaram a dispor e hoje de fato dispõem, por norma específica (seja lei orgânica, estatuto, regimento interno ou lei de criação), de unidade especializada na matéria disciplinar, normalmente chamada de corregedoria, dotada de competência exclusiva

para o assunto. Antecipe-se que tal especificidade, adquirida com a evolução e com o aprimoramento da Administração e com o crescente repúdio social ao desvio de conduta dos agentes públicos, visando à qualificação, especialização, isenção, imparcialidade e eficiência, em nada afronta o parágrafo único do art. 116 e o *caput* do art. 143, ambos da Lei nº 8.112, de 1990. Embora não expresse no texto positivado da citada Lei, tal grau de amadurecimento interno dos órgãos e entidades, em absoluta consonância com a base principiológica estatuída na Constituição Federal (CF) como reitora da Administração Pública, jamais poderia ser tido como ilegal.

Nestes órgãos e entidades, os deveres de representar e de apurar as supostas irregularidades têm algumas peculiaridades em comparação com a regra geral acima descrita (aqui já se permite a liberalidade de também adjetivar tal regramento não só como “geral”, mas também como antigo, anacrônico, estático ao tempo da publicação da Lei nº 8.112, de 1990). Nesta aprimorada configuração, o servidor que tem ciência de suposta irregularidade ou de ato ilegal, omissivo ou com abuso de poder, sempre com algum grau de associação com o cargo do infrator, deve representar, a partir do seu chefe imediato e ao longo de sua via hierárquica, até o titular da sua unidade ou do seu órgão (ou entidade) de lotação, ainda nos termos dos incisos VI e XII do art. 116 da citada Lei. A diferença com o modelo antigo é que esta representação não mais se dirige a uma autoridade hierarquicamente superior ao representado. Por sua vez, aquela autoridade hierarquicamente superior ao representante deve encaminhar a representação ao titular da unidade especializada na matéria correcional. Percebe-se que, neste caso, não necessariamente o procedimento passa por qualquer superior hierárquico do representado.

Ou seja, diferentemente da regra geral (e temporalmente defasada), em que o dever de apurar deveria guardar algum grau de proximidade com o representado, em razão da preservação da linha hierárquica, em tais órgãos ou entidades possuidores do elogiado grau de amadurecimento, tal competência é deslocada exclusivamente para a unidade especializada no tema correcional, que não mantém qualquer vinculação com a unidade de lotação do representado ou de ocorrência do fato. Este regramento específico, quando existente nos órgãos ou entidades dotados de maior especialização na matéria disciplinar, afasta a regra geral (e anacrônica), contida no *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990, de o dever de apurar as supostas irregularidades ser cumprido em relação de proximidade em referência tanto ao representado quanto ao local dos fatos. Nesta modelagem aprimorada, os titulares das demais unidades do órgão ou da entidade não têm competência para apreciar representações ou denúncias de natureza disciplinar, nem mesmo para arquivá-las, e muito menos para instaurar processo disciplinar, devendo encaminhar à unidade correcional as notícias de supostas irregularidades.

### **2.1.3 - Aspectos Comuns em Ambos Deveres, Tanto em Via Hierárquica Quanto com Corregedoria**

Quanto a aspectos comuns atinentes ao dever funcional de representar, tanto na configuração original estabelecida pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, quanto no grau elaborado de o órgão ou entidade contar com estrutura especializada, tem-se que aproveitam-se integralmente as definições e diferenciações apresentadas em **2.1.1** para compreender os respectivos alcances dos incisos IV e XII do art. 116 daquela Lei.

Ainda sob aspecto material, sendo ambos deveres funcionais cumpridos na via hierárquica, é de se compreender que suas incidências não se limitam ao agente que primeiramente tem ciência da suposta irregularidade e que se omite, mas sim também se estende a todas as autoridades da linha via hierárquica às quais a representação é encaminhada consecutivamente e que deixem de dar o devido prosseguimento ao feito até sua entrega à autoridade disciplinarmente competente.

Tampouco é alterada pela organicidade e pela instrumentalidade adotada a convicção de que o ato de um servidor formular representação, por um lado, não comporta discricionariedade que lhe permita avaliar se convém ou não fazê-lo e, por outro lado, também não se harmoniza com exageros, precipitações ou desvio de finalidade com intenção de perseguir alguém. Trata-se de ato funcional sério, relevante e gravoso, visto poder se configurar como detonador da onerosa instância administrativa punitiva e, como tal, recebe do legislador a compreensão apriorística de que é cumprido com bom senso, lealdade e comprometimento por parte de quem representa.

Como reflexo deste posicionamento legal, a Lei nº 8.112, de 1990, possui uma cláusula de salvaguarda, no seu art. 126-A, a favor do servidor que se predispõe a cumprir este espinhoso dever funcional de representar por suposta ocorrência de crime ou de improbidade, vedando que, em virtude de tal ato, possa ele vir a ser responsabilizado em instância administrativa, civil ou penal. É de se destacar que o comando legal em tela não especifica que a salvaguarda somente se aplica à representação bem fundamentada; tratando-se de dispositivo que tangencia tema punitivo, a melhor interpretação é de que o legislador resguardou o representante mesmo em hipótese de sua peça não se demonstrar possuidora de substância. E embora, a rigor, o dispositivo legal em comento preveja a proteção apenas em decorrência de comunicação de suposto ato criminoso ou ímprobo, não a expressando para a hipótese mais comum, de representação em decorrência de suposto ilícito disciplinar, é pertinente interpretar extensivamente para também abarcar a hipótese de representação, seja a peça cabível ou não, por suposta infração disciplinar. Afinal, se o legislador entendeu que até a provocação por supostos atos de maior gravidade (crime ou improbidade - os quais, aliás, em ato funcional, obrigatoriamente também configuram ilícito disciplinar) não deve merecer repercussão disciplinar ao representante, menos ainda se deve cogitar de tal hipótese em virtude de comunicação de suposta infração estatutária, mesmo que esta ao final não se revele configurada.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública. (Incluído pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011)*

Ainda na mesma toada da leitura extensiva acima defendida para o art. 126-A da Lei nº 8.112, de 1990, podendo-se interpretar protegido mesmo o elaborador de uma representação impertinente, vale adicionar que a leitura do rol material de ilicitudes constante dos arts. 116, 117 e 132 da mesma Lei não indica enquadramento para aquele representante, tendo ele atuado com culpa ou até mesmo com dolo. Na impossibilidade de se cogitar de incidência do Direito sancionador diante de ausência de prévia definição legal da ilicitude, é de se ratificar que a Lei nº 8.112, de 1990, não prevê apenação para o servidor que provoca em vão o sistema correcional. Talvez até se possa presumir uma inteligência - em lugar de crítica de omissão e por mais que aqui se compadeça com o servidor indevidamente constrangido por uma representação incabível - por parte do legislador neste seu posicionamento. Sabedor que o ato de representar já causa natural refração na grande maioria do corpo funcional, poderia soar como definitivamente desmotivador e até ameaçador fazer constar do regime disciplinar a possibilidade de um representante se ver ao final apenado em razão de uma representação impertinente. Como regra geral, a punição do ofensor e a reparação do ofendido devem ser buscadas na via judicial. Por óbvio, em casos peculiaríssimos em que identifique de forma cabal a má-fé do representante, em tentar fazer mover a estrutura correcional com fim de perseguição pessoal, até se pode cogitar de repercussão disciplinar em enquadramento tutelador da lealdade institucional ou da probidade administrativa, por exemplo.

A parcela salutar de cautela com que deve ser cumprido o dever funcional de representar segue detalhada em **2.3.2**.

Na esteira, a despeito de o parágrafo único do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, determinar que a representação seja oferecida a partir da via hierárquica do representante (havendo ou não Corregedoria), caso este a formule diretamente a alguma autoridade hierárquica superior ou até mesmo à autoridade exclusivamente competente para matéria correcional, sem fazê-la passar por seu chefe imediato e daí por toda sua linha de hierarquia, não se deve, à vista do atendimento de valores de maior envergadura (associados à moralidade na seara pública), tão somente por esta lacuna formal, deixar de se recepcionar a representação e dar-lhe o devido encaminhamento e muito menos, se for o caso de a peça mostrar-se relevante, omitir-se na determinação da investigação até mesmo já da apuração disciplinar. Nestes casos, sopesados os motivos para o servidor ter atravessado diretamente a representação, abstraindo-se de atos eivados de má-fé, não cabe cogitar de qualquer medida correcional contra o representante, restando afastada a antijuridicidade de sua conduta descumpridora da norma positivada.

Uma situação que bem exemplifica a hipótese acima (seja na regra geral da apuração em via hierárquica, seja existindo Corregedoria) é quando o representante tem alguma desconfiança da imparcialidade de seu chefe imediato ou outra autoridade hierarquicamente superior ou quando algum destes é justamente o representado ou pode estar envolvido no fato relatado. À vista dos naturais constrangimento e desconforto e até mesmo da possibilidade de obstrução de provas e de medidas de retaliação, a própria Lei nº 8.112, de 1990, no inciso VI de seu art. 116, disciplina esta situação específica, refletindo a inadequação da manutenção do comando geral (de a representação dever ser encaminhada por toda via hierárquica de quem a formula) e se harmoniza com a realidade fática, para permitir que o representante encaminhe sua peça para outra autoridade - que se recomenda, em princípio, que seja qualquer autoridade, ainda em linha hierárquica, iniciada a partir da autoridade imediatamente acima daquela representada, ou o titular da unidade ou, em última instância, se for o caso, a autoridade exclusivamente competente para a matéria correcional. Este comando legal compreensivo também se faz refletir no ordenamento infralegal, conforme o *caput* do art. 5º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, e o *caput* do art. 7º da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, que dispõem sobre apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Fazenda (MF) como um todo e especificamente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 116. São deveres do servidor:*

*VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração (Redação dada pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011);*

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 5º O servidor que tiver ciência de irregularidade no serviço público deverá, imediatamente, representar, por escrito, ao titular da unidade, ou, no caso de representação contra o titular da unidade, remetê-la diretamente à unidade correcional competente, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 7º O servidor que tiver ciência de irregularidade no serviço público deverá, imediatamente, representar, por escrito, ao titular da unidade, ou, no caso de representação contra o titular da unidade, remetê-la diretamente ao Chefe do Escor, no âmbito da respectiva Região Fiscal, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.*

Convém, por oportuno, salientar que eventuais representações encaminhadas unicamente a órgãos externos (como, por exemplo, Ministério Público Federal - MPF, Departamento de Polícia Federal - DPF, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU) não afastam a obrigação de representar internamente,

na via hierárquica. Ressalte-se que mesmo quando o representante cogita de envolvimento de autoridade administrativa na suposta ilicitude, a ausência da representação na hierarquia interna pode, pelo menos em tese, acarretar responsabilização disciplinar, conforme o dever estabelecido nos incisos VI e XII do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990. Uma vez que o dever de representar reflete também o cumprimento do dever de lealdade institucional, a representação formulada apenas para órgãos externos - sobretudo de provocação de instância penal por suposto crime que, se confirmado, também configuraria infração disciplinar -, dependendo do ânimo subjetivo do agente no caso concreto, pode configurar afronta ao dever mais especificamente estabelecido no inciso II do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990.

No mencionado contexto de desconfiança interna, não perdendo de vista que a CGU não só integra como também encabeça o Sistema Correição do Poder Executivo Federal (SisCor-PEF), pode-se ressaltar e mitigar a ilegalidade da conduta de o agente público formular representação exclusivamente para aquele órgão central. Neste caso, soariam a favor do representante a consideração de que a tutela primordial da CGU não é judicial e cumulativamente o fato de que a peça não teria sido apresentada fora do conceito da Administração.

A descrição material dos deveres funcionais estatuídos nos incisos VI e XII do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, será pormenorizada respectivamente em **4.7.2.6** e em **4.7.2.12**.

Quanto a aspectos comuns atinentes ao dever de apurar, de uma forma ou de outra, seja pela regra geral da via hierárquica, seja pela unidade especializada, a autoridade legal, estatutária ou regimentalmente competente, ao ter ciência do cometimento de suposta irregularidade associada direta ou indiretamente ao exercício de cargo público, após avaliar que a representação não é de flagrante improcedência (em ato chamado de exame ou juízo de admissibilidade), é obrigada, pelo *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990, a promover a imediata apuração, conforme será descrito em **2.5** e **4.2.1**.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.*

Tanto é verdade que a iniciativa apuratória se trata de um dever indisponível que a autoridade administrativa competente pode incorrer em crime de condescendência criminosa, tipificado no art. 320 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), se, por indulgência, deixa de responsabilizar o servidor subordinado que cometeu infração (administrativa ou penal) no exercício do cargo ou não leva o fato ao conhecimento da autoridade competente.

*CP - Condescendência criminosa*  
*Art. 320. Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício de cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente:*  
*Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.*

O rito de cumprimento destes dois deveres funcionais de representar e de apurar as irregularidades voltará a ser abordado em **2.3**, com as especificidades de como se manifestam no âmbito da RFB, órgão possuidor de estrutura correcional própria, após a apresentação das competências e prerrogativas deste sistema.

## **2.1.4 - O Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União e o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal**

A atual estrutura sistêmica de que se tem amplo conhecimento e que se sedimentou como relevante órgão de controle interno *lato sensu* e de atuação anticorrupção teve seu

embrião na criação da então Corregedoria-Geral da União, por força da Medida Provisória (MP) nº 2.143-31, de 2 de abril de 2001, que alterou a Lei nº 9.649, de 27 de junho de 1988, a qual, por sua vez, àquela época, dispunha sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios. Aquele novo órgão foi criado como integrante da Presidência da República e tinha como titular o Corregedor-Geral da União (com *status* de Ministério e de Ministro de Estado), com competência para assistir imediata e diretamente ao Presidente da República nos assuntos atinentes à defesa do patrimônio público. Esta competência era exercida com incumbências limitada e tipicamente correcionais, por meio da sua Subcorregedoria-Geral. Já no ano seguinte, seu rol de competências passou a incluir as atividades de controle interno e de ouvidoria, com a transferência das respectivas estruturas da Secretaria Federal de Controle Interno, originalmente vinculada ao Ministério da Fazenda (MF/SFC), e da Ouvidoria-Geral da União, originalmente vinculada ao então Ministério da Justiça (MJ/OGU), por força do Decreto nº 4.177, de 28 de março de 2002.

À vista deste alcance maior de competências, que se estendeu além da atuação apenas correcional, a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que, ao revogar a anterior Lei nº 9.649, de 1988, passou a dispor sobre a então organização da Presidência da República e dos Ministérios, denominou o órgão como Controladoria-Geral da União (CGU) e o fez incorporar a estrutura e as competências da ex-Corregedoria-Geral da União. A CGU foi mantida como um órgão integrante da Presidência da República e com o mesmo *status* de Ministério e o titular da Pasta inicialmente passou a ser denominado Ministro de Estado do Controle e da Transparência e posteriormente passou a ser denominado Ministro de Estado Chefe da CGU. Ademais, a sua competência para assistir diretamente ao Chefe do Poder Executivo federal se estendeu aos assuntos relacionados à defesa do patrimônio público, à correição, à prevenção, ao combate à corrupção, ao incremento da transparência na gestão pública federal, ao controle interno, à auditoria pública e à ouvidoria.

Esta organicidade se manteve por treze anos, até a conversão da MP nº 726, de 12 de maio de 2016, na Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016. A CGU, como órgão, foi extinta e, em seu lugar, foi criado o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU - tendo o legislador tido a sensibilidade de, apesar da mudança do nome, conforme a intenção do Poder Executivo federal expressada na MP, preservar a histórica sigla que acompanhava o órgão desde sua criação). Com isto, a CGU passou de um órgão de assessoramento direto do Presidente da República para uma Pasta ministerial.

Desta feita, na integralidade de suas competências, no âmbito do Poder Executivo federal, a CGU acumula as funções de órgão central (de supervisão técnica e de orientação normativa) não só do Sistema de Correição (conforme adiante se detalhará) mas também do Sistema de Controle Interno e das unidades de ouvidoria. Não obstante, para o presente texto, interessa apenas a atuação naquele primeiro Sistema, cujas atividades são exercidas pela atual Corregedoria-Geral da União da CGU (CGU/CRG, também chamada de Corregedoria-Geral da CGU, em sucessão à ex-Subcorregedoria-Geral), não se abordando as linhas de atuação que os seus demais órgãos específicos singulares - a Secretaria Federal de Controle Interno da CGU (CGU/SFC), a Ouvidoria-Geral da União da CGU (CGU/OGU) e ainda a Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção da CGU (CGU/STPC) - imprimem às suas respectivas áreas de competência.

Assim, neste rumo mais específico, atendendo à regra geral de as apurações disciplinares transcorrem no âmbito do próprio órgão de ocorrência dos fatos, na evolução normativa que se sucedeu no tema, vigendo a Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017, como o diploma legal estruturante da Administração Pública federal, os seus arts. 66 a 68, impõem que incumbe à CGU encaminhar aos órgãos competentes as representações ou denúncias fundamentadas que receber, relativas a lesão ou a ameaça de lesão a patrimônio público, requisitar as pertinentes instaurações, acompanhar e inspecionar as apurações e, apenas residualmente, avocar tais apuratórios e instaurar procedimento com o fim de apurar eventual inércia da autoridade originariamente competente.

*Lei nº 13.502, de 2017 - Art. 66. Constituem área de competência do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União:*

*I - providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal;*

*II - decisão preliminar acerca de representações ou denúncias fundamentadas que receber, com indicação das providências cabíveis;*

*III - instauração de procedimentos e processos administrativos a seu cargo, constituindo comissões, e requisição de instauração daqueles injustificadamente retardados pela autoridade responsável;*

*IV - acompanhamento de procedimentos e processos administrativos em curso em órgãos ou entidades da administração pública federal;*

*V - realização de inspeções e avocação de procedimentos e processos em curso na administração pública federal, para exame de sua regularidade, e proposição de providências ou a correção de falhas;*

*VI - efetivação ou promoção da declaração da nulidade de procedimento ou processo administrativo e, se for o caso, da apuração imediata e regular dos fatos envolvidos nos autos e na nulidade declarada;*

*VII - requisição de dados, informações e documentos relativos a procedimentos e processos administrativos já arquivados por autoridade da administração pública federal;*

*VIII - requisição a órgão ou entidade da administração pública federal de informações e documentos necessários a seus trabalhos ou atividades;*

*IX - requisição a órgãos ou entidades da administração pública federal de servidores ou empregados necessários à constituição de comissões, incluídas as que são objeto do disposto no inciso III deste artigo, e de qualquer servidor ou empregado indispensável à instrução de processo ou procedimento;*

*X - proposição de medidas legislativas ou administrativas e sugestão de ações necessárias a evitar a repetição de irregularidades constatadas;*

*XI - recebimento de reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral e à apuração do exercício negligente de cargo, emprego ou função na administração pública federal, quando não houver disposição legal que atribua competências específicas a outros órgãos; e*

*XII - execução das atividades de controladoria no âmbito do Poder Executivo federal.*

*§ 1º Ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, no exercício de suas competências, compete dar andamento às representações ou às denúncias fundamentadas que receber, relativas a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público, velando por seu integral deslinde.*

*§ 2º Ao Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União, sempre que constatar omissão da autoridade competente, cumpre requisitar a instauração de sindicância, procedimentos e processos administrativos e avocar aqueles já em curso perante órgão ou entidade da administração pública federal, visando à correção do andamento, inclusive mediante a aplicação da penalidade administrativa cabível.*

*§ 3º Ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, na hipótese a que se refere o § 2º deste artigo, compete instaurar sindicância ou processo administrativo ou, conforme o caso, representar à autoridade competente para apurar a omissão das autoridades responsáveis.*

*§ 4º O Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União encaminhará à Advocacia-Geral da União os casos que configurarem improbidade administrativa e aqueles que recomendarem a indisponibilidade de bens, o ressarcimento ao erário e outras providências a cargo da Advocacia-Geral da União e provocará, sempre que necessário, a atuação do Tribunal de Contas da União, da Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda, dos órgãos do sistema de controle interno do Poder Executivo federal e, quando houver indícios de responsabilidade penal, do*

*Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça e Segurança Pública e do Ministério Público, inclusive quanto a representações ou denúncias que se afigurarem manifestamente caluniosas.*

*§ 5º Os procedimentos e processos administrativos de instauração e avocação facultados ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União incluem aqueles de que tratam o Título V da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e o Capítulo V da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e outros a serem desenvolvidos ou já em curso em órgão ou entidade da administração pública federal, desde que relacionados a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público.*

*§ 6º Os titulares dos órgãos do sistema de controle interno do Poder Executivo federal devem cientificar o Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União acerca de irregularidades que, registradas em seus relatórios, tratem de atos ou fatos atribuíveis a agentes da administração pública federal e das quais haja resultado ou possa resultar prejuízo ao erário de valor superior ao limite fixado pelo Tribunal de Contas da União para efeito da tomada de contas especial elaborada de forma simplificada.*

*§ 7º O Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União poderá requisitar servidores na forma estabelecida pelo art. 2º da Lei nº 9.007, de 17 de março de 1995.*

*§ 8º Para efeito do disposto no § 6º deste artigo, os órgãos e as entidades da administração pública federal ficam obrigados a atender, no prazo indicado, às requisições e solicitações do Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União e a comunicar-lhe a instauração de sindicância ou processo administrativo e o seu resultado.*

*§ 9º Fica autorizada a manutenção no Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União das Gratificações de Representação da Presidência da República alocadas à Controladoria-Geral da União da Presidência da República na data de publicação desta Lei.*

No foco que aqui interessa, deixando definitivamente de lado as competências concernentes a controle interno e a ouvidoria, acrescenta-se que o Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, em seu art. 2º, estabeleceu o já mencionado Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SisCor-PEF), com o objetivo de serem coordenadas e harmonizadas as atividades de prevenção e de apuração de irregularidades, desenvolvidas por meio da instauração e da condução dos procedimentos correicionais em âmbito federal. A mencionada norma elenca ainda as competências dos órgãos integrantes do SisCor-PEF, a saber, da CGU, como órgão central; das unidades setoriais de correição, junto aos Ministérios (corregedorias vinculadas técnica e hierarquicamente ao órgão central); das unidades seccionais de correição (corregedorias dos órgãos componentes da estrutura dos Ministérios, bem como de suas autarquias e fundações); e da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC - colegiado de função consultiva, com o fim de uniformizar entendimentos).

*Decreto nº 5.480, de 2005 - Art. 2º Integram o Sistema de Correição:*

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

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

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

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

*§ 1º As unidades setoriais integram a estrutura da Controladoria-Geral da União e estão a ela subordinadas.*

*§ 2º As unidades seccionais ficam sujeitas à orientação normativa do Órgão Central do Sistema e à supervisão técnica das respectivas unidades setoriais.*

*§ 3º Caberá à Secretaria de Controle Interno da Casa Civil da Presidência da República exercer as atribuições de unidade seccional de correição dos órgãos integrantes da Presidência da República e da Vice-Presidência da República,*

*com exceção da Controladoria-Geral da União e da Agência Brasileira de Inteligência. (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 11 de março de 2010)*  
 § 4º *A unidade de correição da Advocacia-Geral da União vincula-se tecnicamente ao Sistema de Correição.*

De acordo com o art. 4º do Decreto nº 5.480, de 2005, incumbe precípua e destacadamente à CGU as competências típicas de órgão central (tais como de padronizar, sistematizar, orientar, normatizar, aprimorar, gerenciar, controlar e integrar os procedimentos correicionais) e recomendar a qualquer órgão ou entidade competente, no âmbito de todo Poder Executivo federal, a instauração de procedimento disciplinar. Além disto, na linha já estabelecida pelos §§ 1º a 3º e 5º do art. 66 da Lei nº 13.502, de 2017, e detalhada nos incisos VIII e XII do mencionado art. 4º do citado Decreto - mas de forma mais específica e residual, pois não é sua principal vocação -, compete também à CGU instaurar procedimentos disciplinares em todo Poder Executivo federal, em situações específicas (pela inexistência de condições operacionais no órgão ou na entidade de origem ou pela complexidade e relevância da matéria ou pela autoridade envolvida ou ainda por envolvimento de servidores de mais de um órgão ou entidade), ou ainda, naquelas mesmas situações, avocar procedimentos em curso.

*Decreto nº 5.480, de 2005 - Art. 4º Compete ao Órgão Central do Sistema:*

*I - definir, padronizar, sistematizar e normatizar, mediante a edição de enunciados e instruções, os procedimentos atinentes às atividades de correição;*

*II - aprimorar os procedimentos relativos aos processos administrativos disciplinares e sindicâncias;*

*III - gerir e exercer o controle técnico das atividades correicionais desempenhadas no âmbito do Poder Executivo Federal; (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*IV - coordenar as atividades que exijam ações conjugadas das unidades integrantes do Sistema de Correição;*

*V - avaliar a execução dos procedimentos relativos às atividades de correição;*

*VI - definir procedimentos de integração de dados, especialmente no que se refere aos resultados das sindicâncias e processos administrativos disciplinares, bem como às penalidades aplicadas;*

*VII - propor medidas que visem a inibir, a reprimir e a diminuir a prática de faltas ou irregularidades cometidas por servidores contra o patrimônio público;*

*VIII - instaurar sindicâncias, procedimentos e processos administrativos disciplinares, em razão: (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*a) da inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem; (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*b) da complexidade e relevância da matéria;*

*c) da autoridade envolvida; ou*

*d) do envolvimento de servidores de mais de um órgão ou entidade;*

*IX - requisitar, em caráter irrecusável, servidores para compor comissões disciplinares; (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*X - realizar inspeções nas unidades de correição; (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*XI - recomendar a instauração de sindicâncias, procedimentos e processos administrativos disciplinares; (Incluído pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*XII - avocar sindicâncias, procedimentos e processos administrativos disciplinares em curso em órgãos ou entidades do Poder Executivo Federal, quando verificada qualquer das hipóteses previstas no inciso VIII, inclusive promovendo a aplicação da penalidade cabível; (Incluído pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*XIII - requisitar as sindicâncias, procedimentos e processos administrativos disciplinares julgados há menos de cinco anos por órgãos ou entidades do Poder Executivo Federal, para reexame; e (Incluído pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*XIV - representar ao superior hierárquico, para apurar a omissão da*

*autoridade responsável por instauração de sindicância, procedimento ou processo administrativo disciplinar. (Incluído pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*§ 1º (Revogado pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*§ 2º (Revogado pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*§ 3º Incluem-se dentre os procedimentos e processos administrativos de instauração e avocação facultadas à Controladoria-Geral da União aqueles objeto do Título V da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e do Capítulo V da Lei nº 8.429, de 2 junho de 1992, assim como outros a ser desenvolvidos, ou já em curso, em órgão ou entidade da administração pública federal, desde que relacionados a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público.*

*§ 4º O julgamento dos processos, procedimentos e sindicâncias resultantes da instauração, avocação ou requisição previstas neste artigo compete: (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*I - ao Ministro de Estado do Controle e da Transparência, nas hipóteses de aplicação das penas de demissão, suspensão superior a trinta dias, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão ou destituição de função comissionada; (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*II - ao Corregedor-Geral, na hipótese de aplicação da pena de suspensão de até trinta dias; e (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*III - aos Corregedores-Gerais Adjuntos, na hipótese de aplicação da pena de advertência. (Incluído pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

As unidades setoriais de correição, previstas no art. 5º do Decreto nº 5.480, de 2005 - podendo ser uma unidade setorial dedicada apenas a um único Ministério ou englobando mais de uma Pasta -, pertencem à estrutura da CGU e incumbem-se de efetivar a supervisão técnica a cargo do órgão central sobre os trabalhos correcionais desenvolvidos nos órgãos e entidades inseridos nas respectivas Pastas, sem prejuízo de suas próprias competências instauradora ou para determinar instauração.

As unidades seccionais de correição, também previstas no art. 5º do Decreto nº 5.480, de 2005, por sua vez, são aquelas que já existiam nos organogramas dos órgãos e entidades e que, com a criação do SisCor-PEF, passaram a integrá-lo nesta qualidade, ou ainda aquelas que, atendendo à sistematização, foram (ou virão a ser) instituídas em outros órgãos ou entidades e, em essência, incumbem-se da prática cotidiana da atividade-fim na matéria correcional, qual seja, de instaurar e de conduzir os procedimentos disciplinares.

*Decreto nº 5.480, de 2005 - Art. 5º Compete às unidades setoriais e seccionais do Sistema de Correição:*

*I - propor ao Órgão Central do Sistema medidas que visem a definição, padronização, sistematização e normatização dos procedimentos operacionais atinentes à atividade de correição;*

*II - participar de atividades que exijam ações conjugadas das unidades integrantes do Sistema de Correição, com vistas ao aprimoramento do exercício das atividades que lhes são comuns;*

*III - sugerir ao Órgão Central do Sistema procedimentos relativos ao aprimoramento das atividades relacionadas às sindicâncias e aos processos administrativos disciplinares;*

*IV - instaurar ou determinar a instauração de procedimentos e processos disciplinares, sem prejuízo de sua iniciativa pela autoridade a que se refere o art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990;*

*V - manter registro atualizado da tramitação e resultado dos processos e expedientes em curso;*

*VI - encaminhar ao Órgão Central do Sistema dados consolidados e sistematizados, relativos aos resultados das sindicâncias e processos administrativos disciplinares, bem como à aplicação das penas respectivas;*

*VII - supervisionar as atividades de correição desempenhadas pelos órgãos e entidades submetidos à sua esfera de competência; (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*VIII - prestar apoio ao Órgão Central do Sistema na instituição e manutenção de informações, para o exercício das atividades de correição; e*

*IX - propor medidas ao Órgão Central do Sistema visando à criação de condições melhores e mais eficientes para o exercício da atividade de correição.*

A posição das unidades seccionais de correição no SisCor-PEF merece especial destaque. Sejam as que já existiam, sejam as criadas após a sistematização, sempre mantêm sua autonomia hierárquica em relação à CGU e à unidade setorial de correição referente ao respectivo Ministério, vez que pertencem à estrutura do órgão ou entidade de que fazem parte e subordinam-se administrativamente ao respectivo titular. E, uma vez que integram o SisCor-PEF, estão sujeitas apenas à orientação normativa da CGU e à supervisão técnica das respectivas unidades setoriais de correição (conforme o § 2º do art. 2º do Decreto nº 5.480, de 2005). Esta dupla posição das unidades seccionais de correição se justifica primeiramente porque são elas propriamente que, na ponta da atividade, executam o poder disciplinar, poder este que, conforme já aduzido em **2.1.1**, insere-se em linha hierárquica, daí porque não perdem sua posição dentro da linha de hierarquia no órgão ou entidade de que fazem parte; e, em complemento, integrando uma sistematização harmônica, esta atuação, no âmbito de seu órgão ou entidade, embora hierarquicamente independente da CGU, deve seguir a normatização deste órgão central e deve ser supervisionada pela unidade setorial de correição que cuida das atividades correcionais referentes ao respectivo Ministério.

Este é o caso da Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda (Coger-MF), conforme o art. 7º do Decreto nº 9.003, de 13 de março de 2017, que trata da estrutura regimental do MF. A Coger-MF é uma unidade seccional de correição, subordinada hierarquicamente ao Ministro de Estado da Fazenda e sob a supervisão técnica da unidade setorial de correição no âmbito da CGU referente ao MF (a Corregedoria Setorial das Áreas de Fazenda e Relações Exteriores da CGU - CGU/CRG/Corec/CSMFRE, e será abordada mais detidamente em **2.1.5**.

*Decreto nº 9.003, de 2017 - Art. 7º A Corregedoria-Geral integra o Sistema de Correição do Poder Executivo federal, na qualidade de unidade seccional, e está subordinada administrativamente ao Ministro de Estado da Fazenda e sob a supervisão técnica do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU.*

E, de maior interesse para o presente, também é o caso do sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), que, como tal, deve hierarquia apenas ao Secretário da Receita Federal do Brasil e não às autoridades do SisCor-PEF. Administrativamente, o Corregedor, o Corregedor Adjunto, os Chefes de Escritório de Corregedoria (Escor), de Divisão, de Serviço e de Seção e todos os servidores lotados no sistema correcional da RFB subordinam-se hierarquicamente ao Secretário da Receita Federal do Brasil e, em relação ao Corregedor-Geral do MF, às autoridades superiores da CGU/CRG/Corec/CSMFRE e da CGU, guardam apenas relação de observância técnico-normativa, sem vinculação hierárquica, conforme se abordará em **2.2.1.2**.

Ainda quanto às unidades setoriais e seccionais de correição, acrescente-se que, por força do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005, seus titulares devem ser ocupantes de cargo efetivo e ter nível de escolaridade superior e, preferencialmente, sejam graduados como bacharéis em Direito e ocupantes de cargos integrantes da Carreira de Finanças e Controle (cargos de Auditor Federal de Finanças e Controle e de Técnico Federal de Finanças e Controle, criados pelo Decreto-Lei nº 2.346, de 23 de julho de 1987, e de que trata a Lei nº 9.625, de 7 de abril de 1998); ademais, a indicação dos titulares das unidades seccionais de correição, com vista à nomeação para exercer mandato (que, como regra geral, é dois anos, ressaltando-se a existência de normas específicas neste sentido, como, por exemplo, vigora no âmbito do MF, conforme se verá em **2.1.5** e **2.2.1.2**), submete-se à prévia apreciação da CGU.

*Decreto nº 5.480, de 2005 - Art. 8º Os cargos dos titulares das unidades setoriais e seccionais de correição são privativos de servidores públicos efetivos, que possuam nível de escolaridade superior e sejam, preferencialmente: (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*I - graduados em Direito; ou (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*II - integrantes da carreira de Finanças e Controle. (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*§ 1º A indicação dos titulares das unidades seccionais será submetida previamente à apreciação do Órgão Central do Sistema de Correição. (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*§ 2º Ao servidor da administração pública federal em exercício em cargo ou função de corregedoria ou correição são assegurados todos os direitos e vantagens a que faça jus na respectiva carreira, considerando-se o período de desempenho das atividades de que trata este Decreto, para todos os efeitos da vida funcional, como efetivo exercício no cargo ou emprego que ocupe no órgão ou entidade de origem.*

*§ 3º A exigência contida no caput deste artigo não se aplica aos titulares das unidades de correição em exercício na data de publicação deste Decreto.*

*§ 4º Os titulares das unidades seccionais serão nomeados para mandato de dois anos, salvo disposição em contrário na legislação. (Incluído pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

Por fim, mencione-se a CGU/CCC, que é um órgão colegiado também integrante do SisCor-PEF, composto pelo Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, do Secretário-Executivo da CGU, do Corregedor-Geral da União da CGU e dos três Corregedores Adjuntos da CGU e ainda de três titulares de unidades setoriais de correição e de três titulares de unidades seccionais de correição. A CGU/CCC tem funções consultiva e também de integrar e uniformizar entendimentos e procedimentos no âmbito do SisCor-PEF, nos termos dos arts. 3º e 6º do Decreto nº 5.480, de 2005, conforme se abordará de forma mais específica em **3.3.7**.

*Decreto nº 5.480, de 2005 - Art. 3º A Comissão de Coordenação de Correição, instância colegiada com funções consultivas, com o objetivo de fomentar a integração e uniformizar entendimentos dos órgãos e unidades que integram o Sistema de Correição, é composta:*

*I - pelo Ministro de Estado do Controle e da Transparência, que a presidirá;*

*II - pelo Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União; (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*III - pelo Corregedor-Geral e pelos Corregedores-Gerais Adjuntos do Órgão Central do Sistema; (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*IV - por três titulares das unidades setoriais; e*

*V - por três titulares das unidades seccionais.*

*Parágrafo único. Os membros referidos nos incisos IV e V serão designados pelo titular do Órgão Central do Sistema.*

*Art. 6º Compete à Comissão de Coordenação de Correição:*

*I - realizar estudos e propor medidas que visem à promoção da integração operacional do Sistema de Correição, para atuação de forma harmônica, cooperativa, ágil e livre de vícios burocráticos e obstáculos operacionais;*

*II - sugerir procedimentos para promover a integração com outros órgãos de fiscalização e auditoria;*

*III - propor metodologias para uniformização e aperfeiçoamento de procedimentos relativos às atividades do Sistema de Correição;*

*IV - realizar análise e estudo de casos propostos pelo titular do Órgão Central do Sistema, com vistas à solução de problemas relacionados à lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público; e*

*V - outras atividades demandadas pelo titular do Órgão Central do Sistema.*

Em reforço ao já abordado acima (que diversos órgãos e entidades federais já contam em seu organograma com uma unidade especializada para a matéria correcional), o Decreto nº

5.480, de 2005, impõe a tendência crescente de os entes instituírem suas corregedorias, como reflexo da atual relevância da matéria.

Em complemento, o Decreto nº 8.910, de 22 de novembro de 2016, ao estabelecer a estrutura regimental da CGU, na matéria que aqui mais interessa, ou seja, na competência correcional, especificou que, em seu âmbito, as atividades de órgão central (definidas no art. 4º do Decreto nº 5.480, de 2005) são exercidas pela CGU/CRG, e, mais especificamente, ratificou as competências deste órgão interno para analisar representações e denúncias, instruir, instaurar ou determinar instauração de procedimentos correcionais e para propor a avocação de procedimentos em curso, alcançando todos os órgãos e entidades do Poder Executivo federal, conforme os incisos I, VII a X e XII do seu art. 14.

Deste Decreto nº 8.910, de 2016, nos seus arts. 2º e 15, se extrai ainda que a CGU/CRG, cujo titular é o Corregedor-Geral da União da CGU (também chamado de Corregedor-Geral da CGU, ocupante de cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - código DAS-101.6), tem sob sua jurisdição três Corregedorias Adjuntas da CGU, subdivididas por área de atuação (de Área Econômica - CGU/CRG/Corec, de Área de Infraestrutura - CGU/CRG/Corin e de Área Social - CGU/CRG/Coras), cujos titulares são os respectivos Corregedores Adjuntos da CGU (ocupantes de cargos em comissão código DAS-101.5), às quais compete apurar irregularidades ocorridas em suas esferas de competência, acompanhar e conduzir os respectivos procedimentos correcionais e coordenar as atividades de suas corregedorias setoriais junto aos Ministérios. Abaixo destas três Corregedorias Adjuntas da CGU, ainda na linha hierárquica da CGU/CRG, situam-se as já mencionadas unidades setoriais de correição, junto aos Ministérios das respectivas áreas, cujos titulares são os Corregedores Setoriais da CGU (ocupantes de função comissionada do Poder Executivo - código FCPE-101.4). Também inserida na CGU/CRG, foi criada a Coordenação-Geral de Responsabilização de Entes Privados da CGU (CGU/CRG/Corep, cujo titular é o Coordenador-Geral de Responsabilização de Entes Privados da CGU (ocupante de função comissionada código FCPE-101.4), para desempenhar as competências, no âmbito do órgão central, atinentes ao processo administrativo de responsabilização (PAR) de entes privados, instituído pela Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e mencionado em 2.2.2.2.3. Por fim, já fora da linha hierárquica da CGU/CRG, nos órgãos e entidades de cada Ministério, encontram-se as também já citadas unidades seccionais de correição.

Note-se que o Decreto nº 5.480, de 2005, denominava cada uma das três unidades de área como Corregedoria-Geral Adjunta e, conseqüentemente, denominava cada um de seus titulares como Corregedor-Geral Adjunto. O Decreto nº 8.910, de 2013, destacadamente em seus arts. 2º e 15, passou a denominá-los apenas como Corregedoria Adjunta e Corregedor Adjunto, terminologia que, sendo mais recente, se adotou ao longo deste texto - embora não se trate de revogação daquela norma por esta.

*Decreto nº 8.910, de 2016 - Art. 1º O Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU, órgão central do Sistema de Controle Interno, do Sistema de Correição e das unidades de Ouvidoria do Poder Executivo federal, tem como área de competência os seguintes assuntos:*

*I - adoção das providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal;*

*II - decisão preliminar acerca de representações ou denúncias fundamentadas que receber, indicando as providências cabíveis;*

*III - instauração de procedimentos e processos administrativos a seu cargo, constituindo comissões, e requisição de instauração daqueles injustificadamente retardados pela autoridade responsável;*

*IV - acompanhamento de procedimentos e processos administrativos em curso em órgãos ou entidades da administração pública federal;*

*V - realização de inspeções e avocação de procedimentos e processos em curso*

*na administração pública federal, para exame de sua regularidade, propondo a adoção de providências ou a correção de falhas;*

*VI - efetivação ou promoção da declaração da nulidade de procedimento ou processo administrativo e, se for o caso, da imediata e regular apuração dos fatos envolvidos nos autos e na nulidade declarada;*

*VII - requisição de dados, informações e documentos relativos a procedimentos e processos administrativos já arquivados por autoridade da administração pública federal;*

*VIII - requisição a órgão ou entidade da administração pública federal de informações e documentos necessários a seus trabalhos ou atividades;*

*IX - requisição a órgãos ou entidades da administração pública federal de servidores ou empregados necessários à constituição de comissões, inclusive as que são objeto do disposto no inciso III, e de qualquer servidor ou empregado indispensável à instrução de processo ou procedimento;*

*X - proposição de medidas legislativas ou administrativas e sugestão de ações necessárias a evitar a repetição de irregularidades constatadas;*

*XI - recebimento de reclamações relativas à prestação de serviços públicos, em geral, e apuração do exercício negligente de cargo, emprego ou função na administração pública federal, quando não houver disposição legal que atribua competências específicas a outros órgãos; e*

*XII - execução das atividades de controladoria no âmbito do Poder Executivo federal.*

*Art. 2º O Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU tem a seguinte estrutura organizacional:*

*I - órgãos de assistência direta e imediata ao Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU:*

*a) Gabinete;*

*b) Consultoria Jurídica;*

*c) Secretaria-Executiva;*

*1. Diretoria de Planejamento e Desenvolvimento Institucional;*

*2. Diretoria de Gestão Interna; e*

*3. Diretoria de Tecnologia da Informação; e*

*d) Diretoria de Pesquisas e Informações Estratégicas;*

*II - órgãos específicos singulares:*

*a) Secretaria Federal de Controle Interno:*

*1. Diretoria de Auditoria de Políticas Econômicas e de Produção;*

*2. Diretoria de Auditoria de Políticas Sociais I;*

*3. Diretoria de Auditoria de Políticas Sociais II;*

*4. Diretoria de Auditoria de Políticas de Infraestrutura;*

*5. Diretoria de Auditoria de Governança e Gestão;*

*6. Diretoria de Auditoria de Estatais; e*

*7. Diretoria de Planejamento e Coordenação das Ações de Controle;*

*b) Ouvidoria-Geral da União;*

*c) Corregedoria-Geral da União:*

*1. Corregedoria-Adjunta da Área Econômica;*

*2. Corregedoria-Adjunta da Área de Infraestrutura; e*

*3. Corregedoria-Adjunta da Área Social; e*

*d) Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção:*

*1. Diretoria de Transparência e Controle Social; e*

*2. Diretoria de Promoção da Integridade e Cooperação Internacional;*

*III - unidades descentralizadas: Controladorias Regionais da União nos Estados; e*

*IV - órgãos colegiados:*

*a) Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção;*

*b) Comissão de Coordenação de Controle Interno; e*

*c) Comissão de Coordenação de Correição.*

*Art. 14. À Corregedoria-Geral da União compete:*

*I - exercer as atividades de órgão central do Sistema de Correição do Poder*

*Executivo federal;*

*II - fiscalizar a efetividade da aplicação das leis de responsabilização administrativa de servidores, empregados públicos e entes privados;*

*III - fomentar a implementação e o desenvolvimento da atividade correcional no âmbito do Poder Executivo federal;*

*IV - propor ações de cooperação técnica com os demais entes federativos, com a sociedade civil e com as empresas estatais;*

*V - formular, coordenar, fomentar e apoiar a implementação de planos, programas, projetos e normas voltados à atividade correcional e de responsabilização administrativa de entes privados;*

*VI - promover, coordenar e fomentar a realização de estudos e pesquisas, com vistas à produção e à disseminação do conhecimento nas áreas disciplinar e de responsabilização administrativa de entes privados;*

*VII - analisar, mediante consulta às demais unidades do Ministério, as representações e as denúncias apresentadas contra servidores, empregados públicos e entes privados;*

*VIII - instruir procedimentos disciplinares e de responsabilização administrativa de entes privados, com recomendação de adoção das medidas ou sanções pertinentes;*

*IX - determinar a instauração ou instaurar procedimentos disciplinares ou de responsabilização administrativa de entes privados, de ofício ou em razão de representações e denúncias contra servidores, empregados públicos e entes privados;*

*X - propor a avocação e revisar, quando necessário, procedimentos disciplinares ou de responsabilização administrativa de entes privados conduzidos por órgãos ou entidades do Poder Executivo federal;*

*XI - na hipótese de omissão de Ministro de Estado ou de autoridade subordinada diretamente ao Presidente da República, propor ao Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União - CGU que represente ao Presidente da República para apurar a responsabilidade;*

*XII - instaurar, de ofício, procedimento disciplinar nos casos de omissão das autoridades diversas daquelas previstas no inciso XI;*

*XIII - apurar a responsabilidade de agentes públicos pelo descumprimento injustificado de recomendações do controle interno e das decisões do controle externo;*

*XIV - realizar inspeções correcionais e visitas técnicas nos órgãos e nas entidades do Poder Executivo federal;*

*XV - verificar a regularidade dos procedimentos disciplinares e de responsabilização administrativa de entes privados instaurados no âmbito do Poder Executivo federal;*

*XVI - propor a requisição de empregados e servidores públicos federais para constituição de comissões de procedimentos disciplinares ou de responsabilização administrativa de entes privados;*

*XVII - requisitar a órgãos e entidades públicas e solicitar a pessoas naturais e jurídicas de direito privado documentos e informações necessários à instrução de procedimentos em curso no Ministério;*

*XVIII - requerer perícias a órgãos e entidades da administração pública federal;*

*XIX - promover capacitação de servidores e empregados públicos em matéria disciplinar e de responsabilização administrativa de entes privados e em outras atividades de correição, sob orientação da Secretaria-Executiva;*

*XX - gerir cadastros de empresas, entidades e pessoas naturais sancionadas e os demais relacionados à atividade correcional; e*

*XXI - apoiar, no âmbito de suas competências, as comissões de negociação de acordos de leniência.*

*Art. 15. Às Corregedorias Adjuntas das Áreas Econômica, de Infraestrutura e Social, nas suas respectivas áreas, compete apurar irregularidades ocorridas em órgãos e entidades, acompanhar e conduzir procedimentos correcionais e*

*coordenar as atividades das corregedorias setoriais que atuam junto aos Ministérios.*

Atendendo ao comando estabelecido no *caput* e no § 1º do art. 7º do Decreto nº 8.109, de 2013, o Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) editou a Portaria CGU nº 677, de 10 de março de 2017, aprovando Regimento Interno da CGU. Esta norma, de dispensável reprodução para os objetivos apenas introdutórios deste tópico, desdobra e detalha as competências dos órgãos e das unidades que compõem a Pasta, sendo certo que, para o presente texto, se destacam as competências atribuídas à CGU/CRG, nos arts. 96, 82 e 83, sobretudo aquelas que ratificam os reflexos de sua atuação sobre todos os órgãos e entidades do Poder Executivo federal.

*Portaria CGU nº 677, de 2017 - Regimento Interno da CGU - Art. 76. À Corregedoria-Geral da União - CRG compete:*

*I - exercer as atividades de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal - SISCOR;*

*II - exercer a função de corregedoria seccional da CGU;*

*III - fiscalizar a efetividade da aplicação das leis de responsabilização administrativa de servidores, empregados públicos e entes privados;*

*IV - fomentar a implementação e o desenvolvimento da atividade correcional no âmbito do Poder Executivo federal;*

*V - propor, a Ministro de Estado, ações de cooperação técnica com os demais entes federativos, com a sociedade civil e com as empresas estatais, com o objetivo de fortalecer a atividade correcional em âmbito nacional;*

*VI - formular, coordenar, fomentar e apoiar a implementação de planos, programas, projetos e normas voltados à atividade disciplinar e de responsabilização administrativa de entes privados;*

*VII - promover, coordenar e fomentar a realização de estudos e pesquisas, com vistas à produção e à disseminação do conhecimento nas áreas disciplinar e de responsabilização administrativa de entes privados;*

*VIII - analisar, mediante consulta às demais unidades da CGU, as representações e as denúncias apresentadas contra servidores, empregados públicos e entes privados;*

*IX - instruir procedimentos disciplinares e de responsabilização administrativa de entes privados, com recomendação de adoção das medidas ou sanções pertinentes;*

*X - determinar a instauração de procedimentos disciplinares ou de responsabilização administrativa de entes privados, de ofício ou em razão de representações e denúncias;*

*XI - propor ao Ministro de Estado, após manifestação da CONJUR, a definição, padronização, sistematização e normatização, mediante a edição de enunciados e instruções dos procedimentos atinentes às atividades de correição.*

*XII - gerir e exercer o controle técnico das atividades correcionais desempenhadas no âmbito do Poder Executivo federal;*

*XIII - coordenar as atividades que exijam ações conjugadas das unidades integrantes do Sistema de Correição do Poder Executivo federal;*

*XIV - avocar e revisar, quando necessário, procedimentos disciplinares conduzidos por órgãos ou entidades do Poder Executivo federal;*

*XV - propor a avocação de procedimentos de responsabilização administrativa de entes privados conduzidos por órgãos ou entidades do Poder Executivo federal;*

*XVI - na hipótese de omissão de Ministro de Estado ou de autoridade subordinada diretamente ao Presidente da República, propor ao Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União que represente ao Presidente da República para apurar a responsabilidade;*

*XVII - instaurar procedimentos administrativos disciplinares em razão:*

*a) da inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem;*

- b) da complexidade e relevância da matéria;*
- c) da autoridade envolvida;*
- d) do envolvimento de servidores de mais de um órgão ou entidade; ou*
- e) de omissão da autoridade competente;*
- XVIII - instaurar investigação preliminar ou processo administrativo de responsabilização de pessoa jurídica para apurar a prática de atos lesivos contra a administração pública nacional em razão:*
- a) da caracterização de omissão da autoridade originariamente competente;*
- b) de inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem;*
- c) da complexidade, repercussão e relevância da matéria;*
- d) do valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou a entidade lesada; ou,*
- e) da apuração que envolva atos e fatos relacionados a mais de um órgão ou entidade da administração pública federal;*
- XIX - instaurar investigação preliminar ou processo administrativo de responsabilização para apurar a prática de atos lesivos contra a administração pública estrangeira;*
- XX - apurar a responsabilidade de agentes públicos pelo descumprimento injustificado de recomendações do controle interno e das decisões do controle externo;*
- XXI - verificar a regularidade dos procedimentos disciplinares e de responsabilização administrativa de entes privados instaurados no âmbito do Poder Executivo federal, e, quando necessário, declarar ou propor a sua nulidade;*
- XXII - realizar inspeções correccionais e visitas técnicas nos órgãos e nas entidades do Poder Executivo federal;*
- XXIII - propor a requisição de empregados e servidores públicos federais para constituição de comissões de procedimentos disciplinares ou de responsabilização administrativa de entes privados;*
- XXIV - requisitar a órgãos e entidades públicas e solicitar a pessoas naturais e jurídicas de direito privado documentos e informações necessários à instrução de procedimentos em curso na CGU;*
- XXV - requerer perícias a órgãos e entidades da administração pública federal;*
- XXVI - apreciar a indicação dos titulares das unidades seccionais do SISCOR;*
- XXVII - apoiar, no âmbito de suas competências, as comissões de negociação de acordos de leniência;*
- XXVIII - analisar, em articulação com a DIE, suspeitas ou indícios de enriquecimento ilícito de agente público do Poder Executivo federal;*
- XXIX - gerir cadastros de empresas, entidades e pessoas naturais sancionadas e os demais relacionados à atividade correccional;*
- XXX - promover a capacitação de servidores e empregados públicos em matéria disciplinar e de responsabilização administrativa de entes privados e em outras atividades de correção, sob orientação da Secretaria-Executiva;*
- XXXI - consolidar e monitorar os resultados e demais dados referentes às atividades de correção do Poder Executivo federal; e,*
- XXXII - realizar outras atividades correlatas.*
- § 1º A atuação da CRG, no âmbito do Poder Executivo federal, abrange todos os órgãos e entidades desta esfera, inclusive empresas estatais.*
- § 2º Os procedimentos de supervisão da atividade de correção no Poder Executivo federal serão executados observando-se critérios de relevância.*
- § 3º Na qualidade de unidade seccional do SISCOR, cabe à CRG a instauração de sindicâncias e de processos administrativos disciplinares, bem como a constituição das respectivas comissões em relação a fatos ocorridos envolvendo servidores em exercício na Secretaria-Executiva e nos órgãos específicos singulares da CGU, incluídos os ocupantes de cargo em comissão do Grupo Direção e Assessoramento Superiores - DAS, ou equivalente, até o nível 3.*
- Art. 82. Às Corregedorias-Adjuntas, nas respectivas áreas de atuação,*

*competete:*

*I - auxiliar o Corregedor-Geral da União no exercício das atividades de órgão central do SISCOR;*

*II - auxiliar o Corregedor-Geral da União na supervisão técnica das atividades disciplinares e de responsabilização de entes privados desempenhadas no âmbito do Poder Executivo federal;*

*III - coordenar e supervisionar as atividades das Corregedorias Setoriais;*

*IV - instaurar e julgar procedimentos disciplinares na sua esfera de competência;*

*V - determinar às unidades supervisionadas a instauração de procedimentos disciplinares ou de responsabilização administrativa de entes privados, de ofício ou em razão de representações e denúncias;*

*VI - propor a instauração ou a avocação de procedimentos disciplinares ou procedimentos de responsabilização de entes privados quando se tratar de competência de autoridade superior;*

*VII - requisitar a órgãos e entidades públicas e solicitar a pessoas naturais e jurídicas de direito privado documentos e informações necessários à instrução de procedimentos em curso na CGU;*

*VIII - identificar, em articulação com a CGPAC, áreas de maior vulnerabilidade quanto à ocorrência de irregularidades em matéria correcional no âmbito do Poder Executivo federal;*

*IX - auxiliar o Corregedor-Geral da União na definição de ações, metas e projetos estratégicos para o aperfeiçoamento das atividades de correição;*

*X - realizar o levantamento das necessidades de capacitação e encaminhar as respectivas propostas ao Corregedor-Geral da União; e*

*XI - realizar outras atividades correlatas.*

*Art. 83. Às Corregedorias Setoriais, no âmbito das respectivas áreas de atuação, compete:*

*I - propor medidas que visem à definição, padronização, sistematização e normatização dos procedimentos operacionais atinentes à atividade de correição;*

*II - participar de atividades que exijam ações conjugadas das unidades integrantes do SISCOR, com vistas ao aprimoramento do exercício das atividades que lhes são comuns;*

*III - monitorar o desempenho correcional das unidades supervisionadas e recomendar medidas visando o aperfeiçoamento da atividade de correição;*

*IV - executar a supervisão técnica das atividades disciplinares e de responsabilização de entes privados desempenhadas no âmbito do Poder Executivo federal;*

*V - analisar a regularidade dos processos disciplinares e de apuração de responsabilidade de entes privados, bem como dos julgamentos proferidos no Poder Executivo federal;*

*VI - determinar ou propor às unidades supervisionadas as providências necessárias ao regular andamento e deslinde das apurações correcionais;*

*VII - analisar as representações e as denúncias apresentadas contra servidores, empregados públicos e entes privados;*

*VIII - determinar às unidades supervisionadas a instauração de procedimentos disciplinares ou de responsabilização administrativa de entes privados, de ofício ou em razão de representações e denúncias;*

*IX - instaurar procedimentos disciplinares na sua esfera de competência;*

*X - propor a instauração de procedimentos disciplinares ou procedimentos de responsabilização de entes privados quando se tratar de competência de autoridade superior;*

*XI - propor a avocação de processos disciplinares ou de responsabilização de entes privados, para exame de sua regularidade ou para lhes corrigir o andamento;*

*XII - auxiliar o Corregedor-Geral da União na apreciação da indicação dos titulares das unidades seccionais do SISCOR;*

*XIII - requisitar a órgãos e entidades públicas e solicitar a pessoas naturais e jurídicas de direito privado documentos e informações necessários à instrução de procedimentos em curso na CGU;*

*XIV - zelar pelo correto e tempestivo registro de informações nos sistemas e bancos de dados correccionais pelos órgãos e entidades supervisionados;*

*XV - consolidar, sistematizar e manter atualizados os dados relativos aos resultados das inspeções, sindicâncias, processos administrativos disciplinares e demais atividades de correição desenvolvidas, tanto por sua unidade setorial, como pelos órgãos e entidades supervisionadas;*

*XVI - realizar inspeções correccionais e visitas técnicas nos órgãos e nas entidades do Poder Executivo federal;*

*XVII - propor ao Corregedor-Adjunto a capacitação de servidores e empregados públicos federais em atividades de correição; e,*

*XVIII - exercer outras atividades correlatas.*

Harmonizada com toda normatização acima mencionada, a Portaria CGU nº 335, de 30 de maio de 2006, regulamentou e consolidou, em seu art. 2º, de forma mais detalhada, o SisCor-PEF e, em síntese, em diversos outros dispositivos, definiu os instrumentos a serem utilizados no Sistema e nas atividades relacionadas à correição e estabeleceu competências dos seus integrantes.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 2º O Sistema de Correição do Poder Executivo Federal é composto pela Controladoria-Geral da União, como Órgão Central; unidades específicas de correição para atuação junto aos Ministérios, como unidades setoriais; unidades específicas de correição nos órgãos que compõem a estrutura dos Ministérios, bem como suas autarquias e fundações públicas, como unidades seccionais; e, Comissão de Coordenação de Correição, como instância colegiada com funções consultivas, com o objetivo de fomentar a integração e uniformizar entendimentos dos órgãos e unidades que integram o Sistema.*

Quanto às competências atribuídas aos integrantes do SisCor-PEF, a Portaria CGU nº 335, de 2006, em seu art. 11, ratificando dispositivos já mencionados acima dos Decretos nº 5.480, de 2005 (incisos VIII e XII do seu art. 4º), e 8.910, de 2016 (incisos VII a X e XII do art. 14), especificou que, quando a CGU instaura processo administrativo disciplinar *stricto sensu* (PAD) ou sindicância disciplinar em face de servidor ou de empregado de qualquer órgão ou entidade do Poder Executivo federal, o faz por intermédio do Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, do Secretário-Executivo da CGU, do Corregedor-Geral da União da CGU e dos Corregedores Setoriais da CGU, conforme o cargo ou o emprego do polo passivo, e que aqueles procedimentos correccionais podem ser instaurados ou avocados a qualquer tempo em razão de omissão da autoridade responsável no órgão ou na entidade, de inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão de origem, da complexidade ou relevância da matéria, do valor do dano ao patrimônio público, da autoridade envolvida, do envolvimento de servidores de mais de um órgão ou entidade ou ainda do descumprimento reiterado de recomendações ou determinações do órgão central.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 11. No âmbito do Órgão Central e das unidades setoriais, a instauração de sindicância ou de processo administrativo disciplinar caberá ao Ministro de Estado do Controle e da Transparência, ao Secretário-Executivo, ao Corregedor-Geral e aos Corregedores Setoriais, conforme o nível do cargo, emprego ou função do servidor ou empregado a ser investigado.*

*§ 1º A sindicância e o processo administrativo disciplinar poderão ser diretamente instaurados ou avocados, a qualquer tempo, em razão de:*

*I - omissão da autoridade responsável;*

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

*III - complexidade, relevância da matéria e valor do dano ao patrimônio*

*público;*

*IV - autoridade envolvida;*

*V - envolvimento de servidores de mais de um órgão ou entidade; ou*

*VI - descumprimento injustificado de recomendações ou determinações do Órgão Central do Sistema de Correição, bem como dos órgãos do Sistema de Controle Interno e de decisões do controle externo.*

*§ 2º O Corregedor-Geral poderá, de ofício ou mediante proposta, a qualquer tempo, avocar sindicância ou processo administrativo disciplinar em curso na Administração Pública Federal, para verificar a sua regularidade ou corrigi-lhe o andamento.*

*§ 3º Na hipótese de avocação de sindicância ou processo administrativo disciplinar, observar-se-ão, quanto ao julgamento, as atribuições previstas nesta Portaria.*

*§ 4º Compete ao Corregedor-Geral a instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar, ou, conforme o caso, propor ao Ministro de Estado do Controle e da Transparência que represente ao Presidente da República, para apurar a responsabilidade de autoridade que se tenha omitido na instauração de processo disciplinar.*

Após se ter apresentado toda a estrutura normativa pertinente ao SisCor-PEF (inaugurada com os regramentos mais gerais da Lei nº 13.502, de 2017, posteriormente aprofundada com os dispositivos reguladores dos Decretos nº 5.480, de 2005, e 8.910, de 2016, até se iniciar a apresentação dos dispositivos consolidadores da Portaria CGU nº 335, de 2006), convém aqui abrir um parêntese na exposição dos ditames da mencionada Portaria CGU, com o fim de sintetizar o alcance das competências do órgão central, seja a CGU como um todo, seja a CGU/CRG especificamente, sobre as unidades seccionais de correição, em que se inclui o sistema correccional da RFB.

Conforme se extrai dos incisos V e VI do art. 5º do Decreto nº 5.480, de 2005, e do art. 29 e das alíneas “a” e “b” do inciso III do art. 31, ambos da Portaria CGU nº 335, de 2006, impõe-se às unidades seccionais de correição do SisCor-PEF manter registro da tramitação e do resultado dos procedimentos e enviar, trimestralmente, à CGU, por meio informatizado, apenas de forma consolidada, relatório acerca dos PADs e das sindicâncias disciplinares instaurados, em andamento e concluídos, bem como da aplicação das penalidades. A expressa determinação de envio destes dados consolidados afasta a obrigação de envio automático de cópias integrais de procedimentos de quaisquer naturezas (investigação preliminar, sindicância patrimonial, investigação patrimonial, sindicância investigativa, sindicância disciplinar ou PAD), sejam instaurados, em curso ou encerrados. O envio de cópia integral é previsto apenas pontualmente, em casos de aquele órgão central avocar para si a condução de determinado procedimento correccional, conforme o inciso XII do art. 4º do Decreto nº 5.480, de 2005, o inciso X do art. 14 do Decreto nº 8.910, de 2016, e os §§ 1º a 3º do art. 11 da Portaria CGU nº 335, de 2006; ou de requisitar determinado procedimento correccional para reexame, desde que encerrado há menos de cinco anos, conforme o inciso XIII do art. 4º do Decreto nº 5.480, de 2005.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 29. As unidades setoriais e seccionais, para atendimento do previsto no artigo 5º, inciso VI, do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, enviarão trimestralmente à Corregedoria-Geral da União, por meio de transmissão informatizada, relatório de atividades dos procedimentos instaurados, concluídos e em andamento, de acordo com as normas fixadas pela Controladoria-Geral da União.*

*Parágrafo único. O relatório a que se refere o caput deste artigo será enviado à Corregedoria-Geral até o dia dez do mês imediatamente subsequente ao trimestre ao qual se refere.*

*Art. 31. Para implementação do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, os órgãos e titulares das respectivas unidades deverão adotar as seguintes providências:*

*III - os titulares das unidades seccionais:*

- a) manter registro da tramitação e resultado dos processos e expedientes em curso;*
- b) encaminhar ao Órgão Central dados consolidados e sistematizados, relativos aos processos e expedientes em curso, os resultados das sindicâncias e processos administrativos disciplinares, bem como informações sobre a aplicação das penalidades respectivas.*

Desta forma, no que pertine especificamente ao sistema correcional da RFB, de acordo com a normatização vigente do SisCor-PEF, incumbe à Corregedoria (Coger) e aos Escor, na condição de unidades seccionais de correição, apenas enviarem, trimestralmente, dados consolidados dos PADs e das sindicâncias disciplinares instaurados, em curso e concluídos.

Ademais, ainda neste tema, é se antecipar um conceito que será apresentado ao final do presente tópico, acerca de instrumentos e de competências ao alcance do SisCor-PEF, que é a inspeção. Conforme o inciso X do art. 4º do Decreto nº 5.480, de 2005, o inciso XIV do art. 14 do Decreto nº 8.910, de 2016, e os arts. 20 a 23 da Portaria CGU nº 335, de 2006, compete à CGU (por meio da CGU/CRG e das unidades setoriais de correição) realizar inspeção procedimental nas unidades de correição jurisdicionadas. Em consequência, incumbe às unidades seccionais de correição, quando requisitadas, fornecer informações e documentos sobre os procedimentos pendentes ou em curso, específicos ou mediante amostragem. Todavia, no caso específico do sistema correcional da RFB, tal competência requisitadora do órgão central e tal incumbência a cargo da Coger e dos Escor de conceder cópia ou informações detalhadas e pormenorizadas sobre determinado procedimento investigativo ou contraditório em andamento (seja em fase de admissibilidade, seja PAD ou sindicância disciplinar) e ainda mais sobre uma amostragem daqueles autos restam prejudicadas em razão de a grande maioria dos procedimentos no órgão, em geral, conter dados protegidos por sigilo fiscal.

Isto porque é de se mencionar que, em qualquer caso de concessão de acesso ou de repasse ou encaminhamento de processos, documentos ou informações à CGU, à CGU/CRG e à CGU/CRG/Corec/CSMF ou a qualquer outro órgão ou unidade do SisCor-PEF - sobretudo acerca de um universo de procedimentos, como pode ser o caso de inspeções, e até mesmo no caso individualizado de específica requisição -, recai sobre as demandas oriundas daquele órgão central a vedação de fornecimento de elementos que contenham dados protegidos por sigilo fiscal. Diante de tais provocações, deve antes a autoridade fiscal ou correcional da RFB verificar se a demanda externa atende aos requisitos impostos pelo inciso II do § 1º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN), conforme se aduzirá em **4.4.12.2**, o que - antecipe-se - será improvável no caso de inspeção. E, com maior ênfase, afirma-se que menos ainda pode qualquer servidor ou autoridade da Coger ou de Escor repassar à CGU ou a qualquer órgão ou unidade do SisCor-PEF qualquer elemento que contenha dados protegidos por sigilo bancário, a que tenha tido acesso em razão da atividade correcional, na hipótese permitida pelo § 1º do art. 3º da Lei Complementar (LC) nº 105, de 10 de janeiro de 2001, sem a necessária específica autorização judicial para este repasse, conforme se abordará em **4.4.12.5**.

Ainda acerca da vinculação a que se obrigam as unidades seccionais de correição, acima mencionada, de envio trimestral de dados consolidados de PADs e sindicâncias disciplinares (conforme o inciso VI do art. 5º do Decreto nº 5.480, de 2005, e a alínea “b” do inciso III do art. 31 da Portaria CGU nº 335, de 2006), vale mencionar que a CGU desenvolveu um sistema informatizado (Sistema de Gestão de Processos Disciplinares - CGU-PAD), com o fim de armazenar a base de dados unificada de toda a atividade correcional no âmbito do Poder Executivo federal, sendo obrigatório o emprego desta ferramenta para a alimentação do banco de informações, por força da Portaria CGU nº 1.043, de 24 de julho de 2007, conforme o *caput* do seu art. 1º. Desta forma, na prática, a obrigação passou a ser automaticamente suprida, a cada evento concretamente ocorrido, restando obsoleta a temporalidade trimestral ainda prevista nas duas normas supra para este envio.

*Portaria CGU nº 1.043, de 2007 - Art. 1º As informações relativas a processos disciplinares instaurados no âmbito dos órgãos e entidades que compõem o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, criado por meio do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, deverão ser gerenciadas por meio do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares - CGU-PAD.*

O emprego deste sistema no âmbito do MF foi regulamentado pela Portaria Coger-MF nº 17, de 30 de janeiro de 2014. Segundo os arts. 2º e 3º desta norma, devem ser registrados no sistema CGU-PAD, no prazo de até trinta dias da ocorrência, os principais andamentos de processos administrativos disciplinares (em gênero, comportando todos os ritos), tais como instauração, prorrogação, designação de nova comissão ou equipe, alteração de integrantes do colegiado, indicição, encaminhamento para autoridade julgadora, julgamento, anulação e interposição de qualquer espécie recursal ou revisão, e também em fases similares, no que couber, em sindicâncias investigativas (instauração e encerramento) e patrimoniais (notificação do investigado, caso ocorra, e encerramento).

*Portaria Coger-MF nº 17, de 2014 - Art. 2º É obrigatório o registro no Sistema CGU-PAD de informações relativas aos seguintes procedimentos disciplinares instaurados no âmbito deste Ministério:*

*I - Procedimento Administrativo para Empregado Público (art. 3º da Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000);*

*II - Processo Administrativo Disciplinar (Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990);*

*III - Rito Sumário (Lei nº 8.112, de 1990);*

*IV - Sindicância "Servidor Temporário" (art. 10 da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993);*

*V - Sindicância Investigativa;*

*VI - Sindicância Acusatória (Lei nº 8.112, de 1990); e*

*VII - Sindicância Patrimonial.*

*Art. 3º Serão obrigatoriamente registrados no Sistema CGU-PAD, os seguintes atos dos procedimentos disciplinares mencionados no art. 2º:*

*I - instauração;*

*II - prorrogação;*

*III - recondução;*

*IV - alteração de membros ou presidente de comissão disciplinar;*

*V - indiciamento;*

*VI - encaminhamento do processo para a autoridade julgadora;*

*VII - julgamento;*

*VIII - anulação, de natureza administrativa ou judicial;*

*IX - pedido de reconsideração e decorrente decisão;*

*X - interposição de recurso hierárquico e decorrente decisão; e*

*XI - instauração de processo de revisão.*

*Parágrafo único. As informações sobre os atos deverão ser registradas no Sistema CGU-PAD, em até 30 (trinta) dias, a contar de sua ocorrência ou da data de sua publicação.*

Compete aos Escor (e também à Coger, nas excepcionais hipóteses em que o Corregedor figura como autoridade instauradora ou julgadora) alimentar a base de dados externa do mencionado sistema CGU-PAD a cada evento concretamente ocorrido em procedimentos estritamente disciplinares (PAD e sindicância disciplinar). É de se ressaltar que, dentre procedimentos investigativos, o sistema correcional da RFB informa no sistema CGU-PAD a existência apenas de sindicâncias investigativas e patrimoniais, não cadastrando investigações preliminares e investigações patrimoniais.

Também obriga-se a registro no CGU-PAD a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), tema abordado em **2.5.7**, em até trinta dias do evento, segundo o *caput* do art. 10 da norma própria de regência daquele tipo de acordo, a Instrução Normativa CGU nº 2, de 30 de maio de 2017, editada posteriormente à Portaria Coger-MF nº 17, de 2014 (daí

porque o TAC não constou da lista dessa norma mais genérica).

*Instrução Normativa CGU nº 2, de 2017 - Art. 10. O TAC deverá ser registrado no CGU-PAD no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data de sua celebração.*

Neste rumo, informe-se ainda que, antes mesmo da implantação do sistema CGU-PAD, o sistema correcional da RFB já contava com um sistema interno de acompanhamento da atividade correcional (o Sistema de Acompanhamento de Comissões - Siacom), cuja base de dados é similar àquela que posteriormente a CGU viria a implantar no âmbito de todo o Poder Executivo federal e cuja alimentação também cabia, precipuamente, aos Escor e, residualmente, à Coger. Todavia, por razões técnicas de tecnologia da informação, apesar de ser um sistema oficialmente homologado, tornou-se necessário descontinuar o emprego do Siacom em 31/07/14.

Assim, resta que no sistema CGU-PAD, a cada procedimento disciplinar instaurado, deve o Escor (ou a Coger, quando aplicável) informar os dados da portaria instauradora (nº, autoridade signatária, nomes e dados funcionais dos integrantes da comissão, espécie processual e data e meio de publicação). No curso dos trabalhos, mediante informações prestadas pela comissão, deve ainda o Escor (ou a Coger, se for o caso) atualizar o banco de dados, informando nome(s) e dados funcionais do(s) acusado(s), dados das portarias de prorrogação e de designação de nova comissão (incluindo nomes e dados funcionais de eventuais novos integrantes) e, quando aplicável, informar a indicição do(s) acusado(s). Cabe também ao Escor (ou à Coger) informar o resultado do julgamento (se houve absolvição ou responsabilização e, neste caso, os dados do ato punitivo, tais como nº da portaria, autoridade signatária, punição aplicada, data e meio de publicação e eventual efeito da prescrição), bem como o encaminhamento dos autos à autoridade julgadora, as declarações administrativa ou judicial de nulidade e a interposição de qualquer esfera recursal ou revisional e as respectivas decisões.

Apenas para complementar a informação por ora prestada acerca de sistemas de controle, mencione-se ainda a existência de mais um sistema interno, gerido pela Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep), para controle das repercussões da matéria correcional, a saber, o Sistema de Apoio às Atividades Administrativas (SA3), incumbindo também aos Escor (ou à Coger, se for o caso) informar dados funcionais do(s) acusado(s) e o resultado do julgamento.

Fechado este parêntese acerca da repercussão de parte das competências da CGU sobre o sistema correcional da RFB, retorna-se à descrição dos ditames da Portaria CGU nº 335, de 2006, retomando-se do ponto em que havia sido interrompida, no tema das competências nela estabelecidas.

Em que pese a conceituação dos procedimentos correcionais se refletir em todo o SisCor-PEF, desde o órgão central até as unidades seccionais de correição, tem-se que, a rigor, a Portaria CGU nº 335, de 2006, em quase toda sua abrangência, tão somente disciplinou competências da CGU, destacadamente da CGU/CRG e das unidades setoriais de correição, nas suas formas de aplicar a matéria correcional a todos os órgãos e entidades do Poder Executivo federal. A citada Portaria CGU não disciplinou as competências das unidades seccionais de correição, preservando, conforme o parágrafo único de seu art. 5º, tanto para investigação de irregularidades quanto para apuração de responsabilidade, as respectivas normatizações já adotadas em cada órgão. Assim, tem-se que o ordenamento interno vigente na RFB para a matéria disciplinar permanece integralmente aplicável e válido, não conflitando com o ordenamento do órgão central e das unidades setoriais de correição.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 5º*

*Parágrafo único. Nas unidades seccionais, a apuração de irregularidades observará as normas internas acerca da matéria.*

De forma muito sintética, pode-se estabelecer que o presente texto, ao longo de todos

os seus tópicos, visa a, precipuamente, descrever em detalhes a condução do rito disciplinar no âmbito específico da RFB (que é uma unidade seccional de correição).

Todavia, em função da edição da Portaria CGU nº 335, de 2006, como exceção, no presente tópico, a partir deste ponto, serão apresentadas as inovações e as peculiaridades mais relevantes deste dispositivo de interesse restrito. A concentração, em um tópico à parte, dos dispositivos que vinculam apenas o órgão central e as unidades setoriais de correição obriga que aqui tão somente sejam citados conceitos, institutos e princípios, de forma bastante resumida e sem intuito de descrevê-los ou explicá-los. O conteúdo final do presente tópico, abordando as competências da CGU, da CGU/CRG e das unidades setoriais de correição sobre todos os órgãos e entidades do Poder Executivo federal, deve ser visto como uma breve antecipação de temas, que serão detidamente descritos e explicados ao longo de todos os demais tópicos deste texto, voltados para o regramento da RFB e aplicáveis em grande parte nas demais unidades seccionais de correição do SisCor-PEF.

Em que pese a aplicação restrita do presente tópico, as inovações e peculiaridades trazidas pela Portaria CGU nº 335, de 2006, que, em sua maior parte, não vinculam as unidades seccionais de correição, onde for cabível, podem ser tomadas nestas corregedorias (em que se enquadra a Coger e os Escor) como referências e recomendações, visto que não afrontam o que será detalhadamente descrito ao longo dos demais tópicos deste texto.

A Portaria CGU nº 335, de 2006, no parágrafo único do seu art. 3º, elenca que a atividade correcional utilizará como instrumentos a investigação preliminar, a sindicância investigativa, a sindicância patrimonial, a sindicância disciplinar, o PAD e a inspeção. Dentre este universo de instrumentos, à luz do *caput* do art. 5º da mesma norma, empregam-se para investigação e para apuração de irregularidades a investigação preliminar, as três espécies de sindicância e o PAD (excluindo-se a inspeção); e, para a apuração de responsabilidade, apenas a sindicância disciplinar e o PAD são válidos (excluindo também a investigação preliminar e as sindicâncias investigativa e patrimonial).

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 3º*

*Parágrafo único. A atividade de correição utilizará como instrumentos a investigação preliminar, a inspeção, a sindicância, o processo administrativo geral e o processo administrativo disciplinar.*

*Art. 5º No âmbito do Órgão Central e das unidades setoriais, a apuração de irregularidades será realizada por meio de investigação preliminar, sindicância, inclusive patrimonial, e processo administrativo disciplinar.*

A investigação preliminar, nos termos do *caput* e do § 3º do art. 6º, do art. 8º e dos §§ 1º e 2º do art. 9º, todos da Portaria CGU nº 335, de 2006, é procedimento realizado pelo órgão central e pelas unidades setoriais de correição, por ordem do Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, do Secretário-Executivo da CGU, do Corregedor-Geral da União da CGU ou dos Corregedores Adjuntos da CGU (sendo dispensável edição de portaria instauradora), de ofício ou à vista de denúncia (inclusive anônima) ou representação, acerca de fato de qualquer natureza em qualquer órgão ou entidade, quando não se justifique nem a imediata instauração do processo disciplinar e nem o arquivamento liminar. Como o próprio nome indica, trata-se de procedimento que antecede a fase contraditória, conduzido de forma sigilosa e sob rito inquisitorial, pois não há a quem garantir prerrogativas de defesa (é neste sentido de não haver a quem, de ofício, se dar acesso que a norma define como rito sigiloso), e visa a coletar elementos para subsidiar a decisão de instaurar ou não sindicância patrimonial ou sindicância disciplinar ou PAD (no caso de arquivamento, a decisão compete ao Corregedor-Geral da União da CGU). Esta investigação preliminar a cargo do órgão central ou das unidades setoriais de correição tem prazo de sessenta dias, podendo ser prorrogada por igual prazo.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 6º A investigação preliminar é procedimento administrativo sigiloso, desenvolvido no âmbito do Órgão*

*Central e das unidades setoriais, com objetivo de coletar elementos para verificar o cabimento da instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar, e será iniciada mediante determinação do Ministro de Estado do Controle e da Transparência, do Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União, do Corregedor-Geral ou dos Corregedores-Gerais Adjuntos.*

*§ 3º A denúncia cuja autoria não seja identificada, desde que fundamentada e uma vez que contenha os elementos indicados no § 1º, poderá ensejar a instauração de investigação preliminar.*

*Art. 8º A investigação preliminar deverá ser concluída no prazo de sessenta dias, sendo admitida prorrogação por igual período.*

*Art. 9º*

*§ 1º O arquivamento de investigação preliminar iniciada no Órgão Central ou nas unidades setoriais será determinado pelo Corregedor-Geral, podendo essa atribuição ser objeto de delegação, vedada a subdelegação. (Redação dada pela Portaria CGU nº 1.099, de 6 de agosto de 2007)*

*§ 2º A decisão que determinar o arquivamento da investigação preliminar deverá ser devidamente fundamentada e se fará seguir de comunicação às partes interessadas.*

A sindicância investigativa (ou preparatória ou inquisitorial), definida no inciso II do art. 4º e mencionada novamente no § 1º do art. 12, ambos da Portaria CGU nº 335, de 2006, a cargo das mesmas autoridades acima, também é um procedimento promovido pelo órgão central e pelas unidades setoriais de correição, em qualquer órgão ou entidade, instaurado por portaria internamente publicada e que antecede a instauração da instância contraditória e, portanto, tem rito inquisitorial, pois não há a quem garantir prerrogativas de defesa e pode ser conduzida por um ou mais servidores (não necessariamente estáveis). Tem prazo de trinta dias, podendo ser prorrogada por igual prazo. Não obstante, da mesma forma como se aplica aos ritos disciplinares, estes prazos não devem ser entendidos como fatais, podendo, desde que haja motivação e justificativa, a comissão de sindicância ser novamente designada após o transcurso do prazo prorrogado.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 4º Para os fins desta Portaria, ficam estabelecidas as seguintes definições:*

*II - sindicância investigativa ou preparatória: procedimento preliminar sumário, instaurada com o fim de investigação de irregularidades funcionais, que precede ao processo administrativo disciplinar, sendo prescindível de observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa;*

*Art. 12.*

*§ 1º No caso de sindicância meramente investigativa ou preparatória, o procedimento poderá ser instaurado com um ou mais servidores.*

A sindicância patrimonial, disciplinada nos arts. 16 a 19 da Portaria CGU nº 335, de 2006, é um procedimento instaurado por meio de portaria internamente publicada, de competência do Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, do Secretário-Executivo da CGU, do Corregedor-Geral da União da CGU ou dos Corregedores Adjuntos da CGU, de ofício ou destinado a apurar denúncia (inclusive anônima) ou representação que noticie indícios de enriquecimento ilícito em decorrência de incompatibilidade patrimonial com a renda de qualquer agente público (servidor ou empregado) em qualquer órgão ou entidade. Tem rito inquisitorial, pois não há a quem garantir prerrogativas de defesa (é neste sentido de não haver a quem, de ofício, se dar acesso que a norma define como rito sigiloso, a despeito da instauração publicada) e pode ser conduzida por dois ou mais servidores (não necessariamente estáveis). Dentre seus atos de instrução, pode-se fazer necessário solicitar o afastamento de sigilos fiscal e bancário (primeiramente ao próprio sindicado), conforme também se abordará em **4.4.12.2** e em **4.4.12.5**. A sindicância patrimonial tem prazo de trinta dias, podendo ser prorrogado por igual período, e pode redundar em arquivamento ou na instauração de PAD, novamente cabendo a mesma ressalva feita acima, acerca da plausibilidade de, havendo motivação e justificativa, a

comissão de sindicância ser novamente designada após o transcurso do prazo prorrogado.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 16. A sindicância patrimonial constitui procedimento investigativo, de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agente público federal, a partir da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades, e será iniciada mediante determinação do Ministro de Estado do Controle e da Transparência, do Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União, do Corregedor-Geral ou dos Corregedores-Gerais Adjuntos;*

*Art. 17. O procedimento de sindicância patrimonial será conduzido por comissão constituída por dois ou mais servidores efetivos ou empregados públicos de órgão ou entidade da Administração Pública Federal.*

*Art. 18. Para a instrução do procedimento, a comissão efetuará as diligências necessárias à elucidação do fato, ouvirá o sindicado e as eventuais testemunhas, carreará para os autos a prova documental existente e solicitará, se necessário, o afastamento de sigilos e a realização de perícias.*

*§ 1º As consultas, requisições de informações e documentos necessários à instrução da sindicância, quando dirigidas à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, deverão ser feitas por intermédio dos Corregedores-Gerais Adjuntos, observado o dever da comissão de, após a transferência, assegurar a preservação do sigilo fiscal.*

*§ 2º A solicitação de afastamento de sigilo bancário deve ser encaminhada à Advocacia-Geral da União, com as informações e documentos necessários para o exame de seu cabimento.*

*§ 3º A comissão deverá solicitar do sindicado, sempre que possível, a renúncia expressa aos sigilos fiscal e bancário, com a apresentação das informações e documentos necessários para a instrução do procedimento.*

*Art. 19. O prazo para a conclusão do procedimento de sindicância patrimonial será de trinta dias, contados da data da publicação do ato que constituir a comissão, podendo ser prorrogado, por igual período ou por período inferior, pela autoridade instauradora, desde que justificada a necessidade.*

*§ 1º Concluídos os trabalhos da sindicância patrimonial, a comissão responsável por sua condução produzirá relatório sobre os fatos apurados, opinando pelo seu arquivamento ou, se for o caso, pela instauração de processo administrativo disciplinar.*

Os dois instrumentos empregados na apuração de responsabilidade pelo órgão central e pelas unidades setoriais de correição em face de servidor de qualquer órgão ou unidade - a saber, a sindicância disciplinar e o PAD -, tratados nos incisos III e IV do art. 4º, no art. 10, nos §§ 2º e 3º do art. 12 e nos arts. 13 a 15, todos da Portaria CGU nº 335, de 2006, podem ser instaurados (ou avocados), conforme já mencionado anteriormente, pelo Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, pelo Secretário-Executivo da CGU, pelo Corregedor-Geral da União da CGU ou pelos Corregedores Setoriais da CGU e as respectivas comissões, preferencialmente, serão integradas por servidores estáveis lotados no órgão central, conforme o *caput* do art. 11 e o *caput* do art. 12, ambos da mesma norma.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 10. A apuração de responsabilidade, no âmbito do Órgão Central e das unidades setoriais, por falta funcional praticada por servidor público, será realizada mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar.*

*Parágrafo único. Nas unidades seccionais, a apuração de responsabilidade deverá observar as normas internas a respeito do regime disciplinar e aplicação de penalidades.*

*Art. 11. No âmbito do Órgão Central e das unidades setoriais, a instauração de sindicância ou de processo administrativo disciplinar caberá ao Ministro de Estado do Controle e da Transparência, ao Secretário-Executivo, ao Corregedor-Geral e aos Corregedores Setoriais, conforme o nível do cargo, emprego ou função do servidor ou empregado a ser investigado.*

*Art. 12. As comissões de sindicância e de processo administrativo disciplinar*

*instauradas pelo Órgão Central e pelas unidades setoriais serão constituídas, de preferência, com servidores estáveis lotados na Corregedoria-Geral da União.*

A sindicância disciplinar (ou autônoma ou acusatória ou contraditória ou punitiva ou apuratória) é o procedimento para apurar responsabilidade de menor gravidade e pode, se for o caso, após respeitados o contraditório e a ampla defesa, redundar em pena (de advertência ou de suspensão de até trinta dias); deve ser conduzida por comissão de dois ou três servidores estáveis, no prazo de até trinta dias, prorrogado por igual período. O PAD é o instrumento para apurar responsabilidade de servidor por infração cometida no exercício do cargo ou a ele associada, sob rito contraditório, podendo aplicar todas as penas estatutárias; deve ser conduzido por comissão formada por três servidores estáveis, no prazo de até sessenta dias, prorrogado por igual período. Conforme já antecipado acima, estes prazos não são fatais, podendo ser designada nova comissão após o prazo prorrogado.

As instaurações destes dois ritos disciplinares, em face de servidores de qualquer órgão ou entidade, a cargo das unidades setoriais de correição devem ser comunicadas à CGU/CRG, para acompanhamento e avaliação. O julgamento cabe ao Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, em caso de penas expulsivas e suspensão superior a trinta dias; ao Corregedor-Geral da União da CGU, em caso de suspensão de até trinta dias; e aos Corregedores Adjuntos da CGU, em caso de advertência ou arquivamento, cabendo pedido de reconsideração à autoridade que decidiu e um grau de recurso nas decisões dos Corregedores Adjuntos da CGU e do Corregedor-Geral da União da CGU.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 4º Para os fins desta Portaria, ficam estabelecidas as seguintes definições:*

*III - sindicância acusatória ou punitiva: procedimento preliminar sumário, instaurada com fim de apurar irregularidades de menor gravidade no serviço público, com caráter eminentemente punitivo, respeitados o contraditório, a oportunidade de defesa e a estrita observância do devido processo legal;*

*IV - processo administrativo disciplinar: instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor público federal por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontra investido;*

*Art. 12.*

*§ 2º No caso de sindicância acusatória ou punitiva a comissão deverá ser composta por dois ou mais servidores estáveis.*

*§ 3º A comissão de processo administrativo disciplinar deverá ser constituída por três servidores estáveis, nos termos do art. 149 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*

*Art. 13. As unidades setoriais, tão logo instaurem procedimentos disciplinares, remeterão à Corregedoria-Geral cópia da portaria de instauração, sem prejuízo da adoção dos demais controles internos da atividade correcional.*

*Art. 14. A Corregedoria-Geral deverá acompanhar e avaliar as atividades correcionais das unidades setoriais, notadamente quanto aos prazos e adequação às normas, instruções e orientações técnicas.*

*Art. 15. As sindicâncias e os processos administrativos disciplinares cujas instaurações decorram de ato da Corregedoria-Geral da União e das unidades setoriais serão julgados:*

*I - pelo Ministro de Estado do Controle e da Transparência, nas hipóteses de aplicação das penas de demissão, suspensão superior a trinta dias, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão ou destituição de função comissionada;*

*II - pelo Corregedor-Geral, na hipótese de aplicação da pena de suspensão de até trinta dias;*

*III - pelos Corregedores-Gerais Adjuntos, na hipótese de aplicação da pena de advertência ou arquivamento.*

*§ 3º Das decisões dos Corregedores-Gerais Adjuntos e do Corregedor-Geral caberá, nos termos do art. 107 da Lei 8.112, de 1990, recurso, respectivamente, ao Corregedor-Geral e ao Ministro de Estado do Controle e da Transparência.*

*§ 4º Sem prejuízo dos eventuais recursos, caberá, ainda, da decisão, pedido de reconsideração à autoridade que a houver expedido, não podendo ser renovado, no prazo de cinco dias e decidido dentro de trinta dias, nos moldes do artigo 106, da Lei nº 8.112, de 1990.*

*§ 5º O prazo para conclusão da sindicância não excederá trinta dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade instauradora.*

*§ 6º O prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá sessenta dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem.*

E, fora do conceito de procedimentos de apuração de irregularidades, a inspeção, definida nos arts. 20 a 22 da Portaria CGU nº 335, de 2006, destina-se a obter informações e documentos e a aferir o cumprimento de normas, orientações técnicas, recomendações e determinações, bem como verificar a regularidade, eficiência, eficácia e prazos dos trabalhos no SisCor-PEF. Pode ser realizada pelo órgão central nas unidades setoriais de correição e, por estas, nos Ministérios e nas unidades seccionais de correição.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 20. A inspeção constitui procedimento administrativo destinado a obter diretamente informações e documentos, bem como verificar o cumprimento de recomendações ou determinações de instauração de sindicância, inclusive patrimonial, e de processos administrativos disciplinares, a fim de aferir a regularidade, a eficiência e a eficácia dos trabalhos.*

*Parágrafo único. A inspeção será realizada:*

*I - pelo Órgão Central, nas unidades setoriais;*

*II - pela unidade setorial, no Ministério e nas unidades seccionais.*

*Art. 21. A inspeção realizada pelo Órgão Central terá o objetivo de verificar o cumprimento, pelas unidades setoriais, dos prazos, adequação às normas, instruções e orientações técnicas.*

*Art. 22. As inspeções realizadas pelas unidades setoriais terão periodicidade semestral e deverão verificar o seguinte: (Redação dada pela Portaria CGU nº 1.040, de 23 de julho de 2007)*

*I - os processos e expedientes em curso;*

*II - o cumprimento das recomendações e determinações de instauração de procedimentos disciplinares e sindicâncias, inclusive as patrimoniais;*

*III - os procedimentos pendentes de instauração, com as respectivas justificativas;*

*IV - a regularidade dos trabalhos das comissões em andamento;*

*V - os recursos materiais e humanos efetivamente aplicados ou disponíveis para as ações correicionais;*

*VI - análise, por amostragem, de procedimentos disciplinares em curso e concluídos;*

*VII - a omissão injustificada na apuração de responsabilidade administrativa de servidor.*

*Art. 23. Ao final de cada inspeção será elaborado relatório circunstanciado, com os registros das constatações e recomendações realizadas, que será encaminhado ao Órgão Central do Sistema.*

Por fim, fora do contexto e da abrangência da Portaria CGU nº 335, de 2006, para se enriquecer o grau de detalhes da apresentação da CGU, é de se mencionar a Portaria CGU nº 1.450, de 4 de julho de 2017, que normatiza o exercício do poder disciplinar no âmbito interno do órgão, especificamente voltado para seus próprios servidores. A competência para instaurar processos disciplinares recai sobre o Secretário-Executivo se o servidor for ocupante de FCPE, de cargo em comissão códigos DAS-101.4 ou superior ou ainda de cargo de Superintendente das Controladorias Gerais da União; e recai sobre o Corregedor-Geral da

União ou sobre o aqueles Superintendentes para fatos ocorridos e servidores em exercício na Secretaria-Executiva e nos órgãos específicos singulares ou nas respectivas unidades descentralizadas. E a competência para julgar é do respectivo Ministro de Estado em caso de penas de suspensão superior a trinta dias e expulsivas, do Secretário-Executivo no caso de pena de suspensão de até trinta dias e da autoridade instauradora no caso de pena de advertência.

*Portaria CGU nº 1.450, de 2017 - Art. 1º A instauração de sindicâncias e processos administrativos disciplinares e a constituição das respectivas comissões, no âmbito do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, compete:*

*I - ao Corregedor-Geral da União, em relação a fatos ocorridos e servidores em exercício na Secretaria-Executiva e nos órgãos específicos singulares;*

*II - aos Superintendentes das Controladorias Regionais da União, em relação a fatos ocorridos e servidores em exercício nas respectivas unidades descentralizadas.*

*Parágrafo único. A instauração competirá ao Secretário-Executivo quando qualquer servidor envolvido ou acusado for ocupante de Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE ou cargo em comissão do Grupo Direção e Assessoramento Superiores - DAS de nível 4 ou superior, ou cargo de Superintendente de Controladoria Regional da União.*

*Art. 2º As sindicâncias e os processos administrativos disciplinares serão julgados:*

*I - pelo Ministro de Estado, nas hipóteses de aplicação das penalidades de demissão, suspensão superior a trinta dias, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão ou destituição de função comissionada;*

*II - pelo Secretário-Executivo, na hipótese de aplicação da penalidade de suspensão de até trinta dias;*

*III - pelas respectivas autoridades instauradoras, nas hipóteses de aplicação da penalidade de advertência ou de arquivamento.*

## **2.1.5 - A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda**

A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda (Coger-MF), já mencionada em **2.1.4**, foi instituída pelo Decreto nº 8.029, de 20 de junho de 2013, em seu art. 2º, alterando o art. 2º do Decreto nº 7.482, de 16 de maio de 2011, que tratava da então estrutura regimental do MF, e inserindo diversos novos dispositivos naquele diploma normativo. Feito este breve registro histórico, o que importa é atualizar que a estrutura regimental do MF se encontra positivada no Decreto nº 9.003, de 13 de março de 2017, que, diferindo apenas no ajuste na numeração de artigos, mantém praticamente a mesma redação dos comandos originais e as menções feitas no presente tópico se referem à norma atual.

Segundo o mencionado art. 7º do Decreto nº 9.003, de 2017, a Coger-MF integra o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SisCor-PEF), como uma unidade seccional de correição, subordinada hierarquicamente ao Ministro de Estado da Fazenda e sob a orientação normativa do órgão central do Sistema (o Ministério de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), orientação esta exercida pela Corregedoria-Geral da União da CGU (CGU/CRG) e ainda sob a supervisão técnica da unidade setorial de correição responsável pela Pasta (a Corregedoria Setorial das Áreas de Fazenda e Relações Exteriores da CGU - CGU/CRG/Corec/CSMFRE, no âmbito da Corregedoria Adjunta da Área Econômica da CGU - CGU/CRG/Corec).

O titular desta unidade seccional de correição é o Corregedor-Geral do MF, que exerce mandato de três anos, com possibilidade de apenas uma recondução, e, neste período, é assistido e substituído pelo Corregedor-Geral Adjunto do MF (que não dispõe de mandato). Embora seja um cargo em comissão, o cargo de Corregedor-Geral do MF dispõe do instituto

do mandato, a fim de se proteger o seu ocupante do risco de exoneração a qualquer momento pela autoridade nomeante, refletindo-se uma cláusula essencial para a segurança e para a estabilidade no cumprimento de atribuições tão sensíveis como titularizar uma unidade correcional.

O Corregedor-Geral do MF (ocupante de cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - código DAS-101.5) é indicado pelo Ministro de Estado da Fazenda e nomeado pelo Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República (de acordo com a competência atribuída pelo *caput* e pelo inciso I do art. 2º do Decreto nº 8.821, de 26 de julho de 2016) e o Corregedor-Geral Adjunto do MF (ocupante de cargo em comissão código DAS-101.4) é nomeado pelo Ministro de Estado da Fazenda (de acordo com a competência atribuída pelo *caput* do art. 9º do Decreto nº 9.003, de 2017). A indicação que antecede a nomeação e a recondução do titular da Coger-MF, à vista do § 1º do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, e do parágrafo único do art. 9º do Decreto nº 9.003, de 2017, condicionam-se à aprovação da CGU. E, conforme o art. 12 do Decreto nº 9.003, de 2017, caso, no curso deste mandato, estas duas autoridades se envolvam em supostas irregularidades, a apreciação em fase de admissibilidade e a eventual instauração de rito disciplinar competem ao Ministro de Estado da Fazenda.

*Decreto nº 9.003, de 2017 - Art. 2º O Ministério da Fazenda tem a seguinte estrutura organizacional:*

*I - órgãos de assistência direta e imediata ao Ministro de Estado da Fazenda:*

*a) Gabinete;*

*c) Assessoria Especial do Ministro de Estado;*

*d) Assessoria Especial de Controle Interno;*

*e) Corregedoria-Geral; e*

*f) Secretaria-Executiva:*

*II - órgãos específicos singulares:*

*a) Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;*

*b) Secretaria da Receita Federal do Brasil:*

*1. Subsecretaria de Arrecadação, Cadastros e Atendimento;*

*2. Subsecretaria de Tributação e Contencioso;*

*3. Subsecretaria de Fiscalização;*

*4. Subsecretaria de Administração Aduaneira; e (Redação dada pelo Decreto nº 9.266, de 15 de janeiro de 2018)*

*5. Subsecretaria de Gestão Corporativa;*

*c) Secretaria do Tesouro Nacional:*

*d) Secretaria de Política Econômica;*

*e) Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência: (Redação dada pelo Decreto nº 9.266, de 2018)*

*f) Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria (Redação dada pelo Decreto nº 9.266, de 2018)*

*g) Secretaria de Assuntos Internacionais: (Redação dada pelo Decreto nº 9.266, de 2018)*

*h) Secretaria de Previdência: (Redação dada pelo Decreto nº 9.266, de 2018)*

*i) Escola de Administração Fazendária; (Redação dada pelo Decreto nº 9.266, de 2018)*

*III - órgãos colegiados:*

*a) Conselho Monetário Nacional;*

*b) Conselho Nacional de Política Fazendária;*

*c) Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional;*

*d) Conselho Nacional de Seguros Privados;*

*e) Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados, de Previdência Privada Aberta e de Capitalização;*

*f) Conselho de Controle de Atividades Financeiras;*

*g) Conselho Administrativo de Recursos Fiscais;*

*h) Comitê Brasileiro de Nomenclatura;*

*i) Comitê de Avaliação de Créditos ao Exterior;*

- j) Comitê de Coordenação Gerencial das Instituições Financeiras Públicas Federais;*
- k) Comitê Gestor do Simples Nacional;*
- l) Comitê de Financiamento e Garantias das Exportações;*
- m) Conselho Nacional de Previdência;*
- n) Conselho Nacional de Previdência Complementar; e*
- o) Câmara de Recursos da Previdência Complementar; e*
- IV - entidades vinculadas:*
  - a) autarquias:*
    - 1. Banco Central do Brasil;*
    - 2. Comissão de Valores Mobiliários;*
    - 3. Superintendência de Seguros Privados; e*
    - 4. Superintendência Nacional de Previdência Complementar - Previc;*
  - b) empresas públicas:*
    - 1. Casa da Moeda do Brasil;*
    - 2. Serviço Federal de Processamento de Dados;*
    - 3. Caixa Econômica Federal;*
    - 4. Empresa Gestora de Ativos; e*
    - 5. Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência; e*
  - c) sociedades de economia mista:*
    - 1. Banco do Brasil S.A.;*
    - 2. Banco da Amazônia S.A.; e*
    - 3. Banco do Nordeste do Brasil S.A.*

*Art. 7º A Corregedoria-Geral integra o Sistema de Correição do Poder Executivo federal, na qualidade de unidade seccional, e está subordinada administrativamente ao Ministro de Estado da Fazenda e sob a supervisão técnica do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU.*

*Art. 9º O Ministro de Estado indicará o Corregedor-Geral e nomeará o Corregedor-Geral Adjunto, observados os critérios estabelecidos pelo Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005.*

*Parágrafo único. O Corregedor-Geral exercerá mandato de três anos, admitida a recondução, mediante aprovação prévia do Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal.*

*Art. 12. Na hipótese de atos atribuídos ao Corregedor-Geral ou ao Corregedor-Geral Adjunto, compete ao Ministro de Estado instaurar processo administrativo disciplinar e comunicar a ocorrência ao Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal.*

*Decreto nº 8.821, de 2016 - Art. 2º Fica delegada competência ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República para os atos de nomeação de cargos em comissão ou de designação de funções de confiança no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional de:*

*I - nível equivalente a 5 e 6 do Grupo Direção e Assessoramento Superiores - DAS; e*

Antes de discorrer sobre as competências da Coger-MF, cabe abrir um parêntese para abordar seu posicionamento no âmbito da Pasta e no âmbito do SisCor-PEF e o *status* desta unidade seccional de correição frente ao sistema correccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

Neste rumo, de imediato, é interessante apontar que, no âmbito do SisCor-PEF, a Coger-MF é uma unidade seccional de correição da mesma forma como a Corregedoria (Coger), embora esta guarde relação de observância técnico-normativa em relação àquela.

Administrativamente, a Coger-MF, suas autoridades e seus servidores lotados subordinam-se hierarquicamente ao Ministro de Estado da Fazenda, mantendo autonomia hierárquica em relação à CGU e à CGU/CRG e também em relação à

CGU/CRG/Corec/CSMF. Não obstante, uma vez que integra o SisCor-PEF, está sujeita apenas à orientação normativa daquele órgão central e à supervisão técnica daquela respectiva unidade setorial de correição (conforme o § 2º do art. 2º do Decreto nº 5.480, de 2005). Uma vez que a Coger-MF tem competência para executar o poder disciplinar e este poder se insere em linha hierárquica, esta unidade seccional de correição mantém sua posição dentro da linha de hierarquia na Pasta, ao mesmo tempo em que segue a normatização da CGU e da CGU/CRG e é supervisionada por aquela unidade setorial de correição que cuida das atividades correccionais referentes ao MF.

De forma análoga, na necessária harmonia do SisCor-PEF, e conforme se especificará em 2.2.1.2 (inclusive com apoio gráfico de uma gravura, em que pontilhará o raio de competência da atuação correccional da Coger-MF no âmbito dos órgãos de assistência direta, singulares específicos e dos principais colegiados e de diferenciarão as linhas de hierarquia e do SisCor-PEF), a Coger não mantém relação de subordinação hierárquica em relação à Coger-MF. O sistema correccional da RFB, suas autoridades e seu quadro funcional subordinam-se hierarquicamente ao Secretário da Receita Federal do Brasil, guardando diante do Corregedor-Geral do MF apenas uma relação de observância técnico-normativa, sem vinculação hierárquica (da mesma forma como ascendentemente se vincula com a CGU e com a CGU/CRG e também se vincula com a unidade setorial de correição - a CGU/CRG/Corec/CSMF). Pelos mesmos motivos acima expostos para esclarecer as formas de vinculação da Coger-MF frente àquela unidade setorial de correição à CGU/CRG e à CGU, também se explicam as formas de vinculação da Coger frente àquelas três unidades de correição, mantendo a hierarquia restrita à RFB, em cujo âmbito exerce o poder disciplinar que regimentalmente lhe compete, e observando a normatização emanada pela CGU e pela CGU/CRG e tendo sua atuação supervisionada por aquela unidade setorial de correição e também, por fim, pela Coger-MF, que também possui competência normativa sobre a Coger.

Fechado o parêntese acerca do posicionamento institucional da Coger-MF, convém abordar suas competências. *A priori*, da leitura do Decreto nº 9.003, de 2017, sobretudo de seu art. 8º, adiante reproduzido, pode-se compreender que a atuação desta unidade seccional é residual, ou seja, restringe-se aos órgãos singulares ou colegiados do MF que não possuam sua própria unidade seccional de correição e a fatos envolvendo agentes específicos ou que se relacionem a mais de um órgão da Pasta. Como regra geral, a atuação da Coger-MF não prejudica a atuação das unidades seccionais de correição existentes nos órgãos da Pasta, em que se inclui a Coger, no que diz respeito mais especificamente aos fatos cometidos por servidores no âmbito da RFB.

Mais que isto, de certa forma, pode-se inferir que a atuação da Coger-MF, nos limites de sua competência, exclui apenas a atuação do sistema correccional da RFB, pois na mesma linha já delineada desde o Decreto nº 8.029, de 2013, a regulamentação inferior, operada pela Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correccional no âmbito do MF, praticamente reconhece apenas a Coger como outra unidade seccional de correição e não deixa espaço para criação de novas unidades seccionais de correição nos demais órgãos da Pasta. Além do claro comando exposto no art. 1º da mencionada norma, o mesmo tipo de construção, adotando uma espécie de lista exaustiva - incluindo apenas a Coger-MF e o Corregedor-Geral do MF e a Coger e o Corregedor da RFB - também é verificado em diversos outros dispositivos de índole procedimental (tais como os arts. 8º, 10, 11, 16, 17, 19 e 20, todos da Portaria MF nº 492, de 2013, de desnecessária reprodução nesta passagem do texto).

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 1º A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda e a Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil executarão, no âmbito de suas atribuições, as atividades relacionadas à prevenção e à apuração de irregularidades disciplinares, por meio da instauração e da condução de procedimentos correccionais.*

Primeiramente, para esclarecer o correto alcance orgânico da competência da Coger-

MF, introduz-se que o Decreto nº 9.003, de 2017, ao mencionar, na alínea “a” do inciso II do seu art. 8º, os “órgãos singulares ou colegiados”, de imediato, restringiu sua alçada aos órgãos componentes da Administração Pública direta, tendo excluído as entidades de Administração Pública indireta da Pasta (de que são espécies as autarquias, como Banco Central do Brasil (BCB), Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Superintendência de Seguros Privados (Susep) e Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc); as empresas públicas, como a Casa da Moeda do Brasil (CMB), o Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro) e Caixa Econômica Federal (CEF); e as sociedades de economia mista, como o Banco do Brasil (BB); conforme a classificação que se apresentará em 3.2.4.1.2). Mas, além disto, no que tange especificamente aos órgãos da Pasta, é necessário destacar que este mesmo Decreto, em seu art. 2º, ao elencar a estrutura organizacional do MF, como de praxe em norma de tal natureza em âmbito federal, não primou pela técnica redacional, uma vez que não atentou para a consagrada classificação doutrinária, causando dúvida acerca do alcance do comando corretamente redigido na supramencionada alínea “a” do inciso II do seu art. 8º, tornando necessária a abordagem detalhada do tema.

Ao se ler o art. 2º do Decreto nº 9.003, de 2017, se tem a equivocada impressão que os órgãos teriam três subdivisões (de assistência direta ao Ministro de Estado da Fazenda, específicos singulares e colegiados, respectivamente em seus incisos I, II e III), à margem da clássica divisão doutrinária, no que tange a atuação funcional, tão somente entre órgãos singulares (ou unipessoais, em que, não obstante possuírem vários agentes auxiliares, as decisões emanam de um único agente, em geral o seu titular) e órgãos colegiados (ou pluripessoais, em que as decisões, conforme lei, regimento ou estatuto, emanam de manifestação de um conjunto de agentes, por maioria, não se vinculando à vontade do titular). Na verdade, a norma destaca um subgrupo de órgãos que, independentemente de serem singulares ou colegiados, não possuem uma finalidade técnica específica mas sim se prestam a tão somente dar assistência ao Ministro de Estado da Fazenda. Na interpretação sistemática do próprio Decreto nº 9.003, de 2017, é preciso compreender os órgãos chamados de “assistência direta e imediata ao Ministro de Estado” e de “específicos singulares”, nos incisos I e II do seu art. 2º, como indistintamente inseridos no conceito doutrinário de órgãos singulares, de forma que, juntamente com os órgãos colegiados do inciso III do mesmo dispositivo, todos estejam igualmente alcançados pela competência correcional da Coger-MF, estabelecida na alínea “a” do inciso II do art. 8º do mesmo Decreto.

Assim, como órgãos singulares, submetem-se à atuação correcional da Coger-MF tanto a Secretaria-Executiva, o Gabinete e as Assessorias Especiais do Ministro de Estado e de Controle Interno (no inciso I do art. 2º do Decreto nº 9.003, de 2017), quanto a RFB, a Secretaria do Tesouro Nacional (STN), a Secretaria do Política Econômica (SPE), a Secretaria de Assuntos Internacionais (SAI), a Secretaria de Previdência (SP), a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência, a Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria e a Escola de Administração Fazendária (Esaf), no inciso II do mesmo dispositivo; e, como órgão colegiado, também se submete àquela atuação correcional, destacadamente, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf, que é um órgão colegiado, como segunda instância administrativa recursal em matéria tributária, autônomo em relação à RFB e diretamente vinculado ao Ministro de Estado da Fazenda), dentre outros.

De se destacar que a abrangência acima disposta não incluiu a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), a despeito de figurar como órgão específico singular no inciso II do art. 2º do Decreto nº 9.003, de 2017, pois o parágrafo único do art. 8 do mesmo Decreto excluiu da competência correcional da Coger-MF os membros da Advocacia-Geral da União (AGU) e os Procuradores Federais, conforme também faz refletir o art. 2º da Portaria MF nº 492, de 2013.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 2º As atribuições de unidade seccional do Sistema de Correição no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) serão exercidas pela unidade indicada no seu regimento interno,*

*respeitada a competência da Corregedoria-Geral da Advocacia da União.  
Parágrafo único. O Procurador-Geral da Fazenda Nacional expedirá as normas necessárias para a regulamentação da atividade de correição no âmbito da PGFN.*

Feita esta apresentação do foco subjetivo da competência, nos termos dos incisos I e II do art. 8º do Decreto nº 9.003, de 2017, cabe, então, à Coger-MF atuar - no sentido mais amplo do termo, aplicando, no âmbito exclusivo da Pasta, todos os procedimentos correccionais, sejam investigativos, sejam contraditórios, na análise de representações e denúncias, na realização de juízo de admissibilidade, na instauração de ritos investigativos, inclusive de sindicância patrimonial, ou de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar (PAD) - em face de irregularidades praticadas no âmbito de órgão singular ou colegiado que não possua unidade própria de correição ou quando relacionadas a mais de um órgão ou ainda para apurar atos atribuídos a titulares de órgãos (em que se destaca o Secretário da Receita Federal do Brasil) e a conselheiros de órgãos colegiados da estrutura do MF (em que se destaca o caso dos servidores da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil - TARFB atuando no Carf, na função pública de conselheiro representante da Fazenda Nacional, em dedicação integral e exclusiva neste órgão colegiado, ou nele ocupando cargo em comissão ou função de confiança), por determinação ministerial nos dois últimos casos.

*Decreto nº 9.003, de 2017 - Art.8º À Corregedoria-Geral compete:*

*I - analisar as representações e as denúncias que lhe forem encaminhadas, ressalvadas as competências específicas das demais corregedorias dos órgãos do Ministério;*

*II - instaurar e conduzir, de ofício ou por determinação superior, e decidir pelo arquivamento, em sede de juízo de admissibilidade, de sindicâncias, inclusive patrimoniais, e de processos administrativos disciplinares:*

*a) para apurar irregularidades praticadas no âmbito de órgão singular ou colegiado da estrutura organizacional do Ministério que não possua corregedoria própria ou quando relacionadas a mais de um órgão da referida estrutura; ou*

*b) para apurar atos atribuídos aos titulares dos órgãos e aos conselheiros dos órgãos colegiados do Ministério, por meio de determinação do Ministro de Estado;*

*Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos membros da Advocacia-Geral da União e aos Procuradores Federais.*

Estes dispositivos são praticamente reproduzidos na já mencionada Portaria MF nº 492, de 2013, em seu art. 7º, acrescentando-se também a competência correccional para fatos cometidos por servidor ocupante dos cargos de Corregedor ou de Corregedor Adjunto ou de cargo em comissão de código DAS superior ao do Corregedor (já que este é código DAS-101.4, o comando refere-se a cargos de comissão código DAS-101.5 ou superior, o que, no caso na RFB, atinge apenas os Subsecretários e o Secretário Adjunto da Receita Federal do Brasil), tanto à época dos fatos quanto à época da instauração. A Portaria MF nº 492, de 2013, em seu art. 8º, também estabelece a competência para que tanto a Coger-MF quanto a Coger efetuem periódico e sistemático acompanhamento e investigação da evolução patrimonial dos servidores incluídos em suas respectivas alçadas. E, ainda neste tema, refletindo o princípio da hierarquia, consagrado no art. 15 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regula a processualística no âmbito da Administração Pública federal), o parágrafo único do art. 7º da Portaria MF nº 492, de 2013, ratifica a competência da autoridade superior, o Ministro de Estado da Fazenda, para instaurar, determinar instauração ou avocar qualquer caso no âmbito da Pasta.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 7º Compete à Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda:*

*I - a instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar, bem como a decisão de arquivamento em sede de juízo de*

*admissibilidade, para apurar responsabilidade no âmbito de órgão da estrutura do Ministério da Fazenda que não possua unidade de correição própria, ou quando a apuração relacionar-se a mais de um órgão da estrutura do Ministério da Fazenda;*

*II - a instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar, bem como a decisão de arquivamento em sede de juízo de admissibilidade, quando, nas unidades dotadas de corregedoria própria, o acusado ou investigado, à época dos fatos ou à época da instauração, for ocupante de cargo de Corregedor, Corregedor-Adjunto, ou ocupante de cargo de direção ou assessoramento superior ao do Corregedor;*

*III - a instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar, a decisão de arquivamento em sede de juízo de admissibilidade e a decisão sobre eventual desmembramento do processo, quando, nas unidades dotadas de corregedoria própria, houver mais de um investigado e pelo menos um deles se enquadrar nos casos previstos no inciso anterior;*

*IV - mediante prévia autorização do Ministro de Estado da Fazenda, a instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar quando o acusado ou investigado, à época dos fatos ou à época da instauração, for titular de órgão ou conselheiro dos órgãos colegiados da estrutura do Ministério da Fazenda, assim como em relação ao servidor que praticar, nessas qualidades, atos passíveis de apuração disciplinar.*

*Parágrafo único. O Ministro de Estado da Fazenda poderá, a qualquer tempo, instaurar ou determinar a instauração de procedimento correicional ou avocar sua instauração, sem que isso implique revogação parcial ou total da competência das unidades de correição no âmbito do Ministério.*

*Art. 8º A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda e a Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil efetuarão periódico e sistemático acompanhamento e investigação da evolução patrimonial dos servidores em exercício no âmbito deste Ministério, na forma do art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.*

Na mesma linha, o ordenamento interno da Coger-MF, por meio da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Pasta, praticamente reitera as competências do Corregedor-Geral do MF, em seu art. 3º. De se destacar apenas a inovação em relação à Portaria MF nº 492, de 2013, trazida pelos §§ 1º e 2º do mencionado dispositivo normativo, que preveem a possibilidade de o Corregedor-Geral do MF, nas hipóteses em que for recomendável o desmembramento das apurações por fatos que envolvam mais de um órgão fazendário ou que envolvam servidor comum e autoridade cuja competência correicional recai na Coger-MF, delegar, no que cabível, ao órgão possuidor de unidade de correição própria, as apurações referentes a agentes sem o foro privilegiado.

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 3º Compete ao Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda:*

*I - a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar para apurar responsabilidade de servidor no âmbito de órgão da estrutura do Ministério da Fazenda que não possua unidade de correição própria, ou quando a apuração relacionar-se a mais de um órgão da estrutura do Ministério da Fazenda;*

*II - a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar, quando, nas unidades dotadas de corregedoria própria, o acusado ou investigado, à época dos fatos ou à época da decisão de instauração, for ocupante de cargo de Corregedor, Corregedor-Adjunto, ou ocupante de cargo de direção ou assessoramento superior ao do Corregedor;*

*III - a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar, quando, nas unidades dotadas de corregedoria própria, houver mais de um investigado e pelo menos um deles se enquadrar nos casos previstos no inciso anterior;*

*IV - mediante prévia autorização do Ministro de Estado da Fazenda, a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar, quando o acusado ou investigado, à época dos fatos ou à época da instauração, for titular de órgão ou conselheiro dos órgãos colegiados da estrutura do Ministério da Fazenda, assim como em relação ao servidor que praticar, nessas qualidades, atos passíveis de apuração disciplinar.*

*§ 1º Na hipótese prevista no fim do inciso I, quando um dos órgãos possuir unidade de correição própria, o Corregedor-Geral poderá, se a situação assim o recomendar, desmembrar o feito e delegar a essa unidade de correição a instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar para apurar responsabilidade de servidor do respectivo órgão.*

*§ 2º Na hipótese do inciso III, o Corregedor-Geral poderá, se a situação assim o recomendar, desmembrar o feito e delegar à corregedoria da unidade a instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar em relação ao servidor não enquadrado nos casos previstos no inciso II.*

Da mesma forma como se exporá em **3.2.3.5.1** e em **3.2.3.5.2** especificamente para a RFB, a mencionada norma interna da Coger-MF, em seu art. 2º, também excepciona da competência do Corregedor-Geral do MF a apuração em casos de responsabilidade dos intervenientes nas operações do comércio exterior, que seguem o rito estabelecido no art. 76 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003; nos casos de dano ou desaparecimento de bem público e de mercadorias apreendidas sob a guarda de unidades do MF, que seguem o rito estabelecido pela Instrução Normativa CGU nº 4, de 17 de fevereiro de 2009; e nos casos de desaparecimento de processo administrativo, que devem ser apurados por sindicância investigativa instaurada pelo titular da unidade.

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 2º O disposto no art. 1º não abrange a apuração de:*

*I - responsabilidade dos intervenientes nas operações de comércio exterior, bem assim os respectivos recursos, nos termos do art. 76 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003;*

*II - dano ou desaparecimento de bem público de que trata a Instrução Normativa Sedap nº 205, de 8 de abril de 1988, da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República;*

*III - dano ou desaparecimento de mercadorias apreendidas sob guarda das unidades do Ministério da Fazenda; e*

*IV - desaparecimento de processo administrativo, quando não houver indícios de responsabilidade de servidor.*

*§ 1º Está compreendido na definição de dano ou desaparecimento, constante nos incisos II, III e IV, aquele decorrente de caso fortuito ou de força maior, como nos casos de incêndios e acidentes naturais.*

*§ 2º As apurações de que tratam os incisos II e III, a cargo do Chefe do setor responsável pela gerência de bens e materiais na unidade administrativa, se darão nos termos da Instrução Normativa CGU nº 4, de 17 de fevereiro de 2009.*

*§ 3º A apuração de que trata o inciso IV se dará por sindicância instaurada pelo titular da unidade e poderá ser conduzida por sindicante ou comissão, preferencialmente com servidor(es) da própria unidade.*

*§ 4º Se no decorrer da sindicância de que trata o § 3º forem identificados indícios de responsabilidade de servidor pelo extravio de processo administrativo, o sindicante ou a comissão deverá fazer os autos conclusos à autoridade que o(a) designou, mediante relatório circunstanciado, o qual se constituirá na representação para fins de instauração de processo administrativo disciplinar pela unidade correccional competente.*

E, para o exercício de sua competência correccional inserida na hierarquia, conforme acima já exposto, a Coger-MF dispõe de poder convocatório a princípio irrecusável no âmbito da Pasta, somente possível de solicitação, fundamentada, pelo titular da unidade do servidor convocado para, em caso de necessidade de serviço, oferecer a indicação de outro servidor de

mesma qualificação técnica, conforme o art. 10 do Decreto nº 9.003, de 2017.

*Decreto nº 9.003, de 2017 - Art. 10. É irrecusável a convocação de servidor público no âmbito dos órgãos do Ministério pelo Corregedor-Geral ou pelo Corregedor-Geral Adjunto para integrar comissões de sindicância ou de processo administrativo disciplinar ou equipes de investigação disciplinar.*

*§ 1º A convocação de que trata o caput independe de prévia autorização da autoridade a que estiver subordinado o servidor público e será comunicada ao titular da respectiva unidade.*

*§ 2º O titular da unidade a que se subordina o servidor público convocado poderá, de forma fundamentada, alegar necessidade de serviço, e apresentar indicação de outro servidor com a mesma qualificação técnica do substituído, cuja apreciação conclusiva caberá ao Corregedor-Geral.*

Estes dispositivos conferidores da competência convocatória também praticamente se reproduzem e se reiteram na norma regulamentadora, a Portaria MF nº 492, de 2013, em seus arts. 10 e 11.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 10. O Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda poderá convocar servidores em exercício nos órgãos do Ministério para atuarem em procedimentos correccionais.*

*Parágrafo único. O Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil poderá convocar servidores em exercício nas unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil para atuarem em procedimentos correccionais.*

*Art. 11. As convocações referidas no art. 10 são irrecusáveis e não dependem de prévia autorização do titular do órgão a que estiver subordinado o servidor, devendo ser previamente comunicadas ao titular da unidade do respectivo órgão.*

*§ 1º O titular da unidade do órgão a que se subordina o servidor convocado poderá, fundamentadamente, alegar necessidade de serviço, oferecendo indicação de outro servidor com a mesma qualificação técnica do substituído, cuja apreciação conclusiva caberá ao Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda ou ao Corregedor da Secretaria Receita Federal do Brasil, conforme o caso.*

*§ 2º O controle e o respectivo registro das ocorrências funcionais do período de convocação serão de responsabilidade da autoridade que a efetivar.*

Compete ainda à Coger-MF manifestar-se sobre PAD e sindicância disciplinar cujo julgamento recaia no Ministro de Estado da Fazenda, sem prejuízo das competências da PGFN. Assim, conforme se discorrerá em **4.10.3**, no caso de processos instaurados pelo sistema correccional da RFB e em que a comissão disciplinar proponha pena de suspensão superior a trinta dias ou pena expulsiva, além da pormenorizada análise a cargo da PGFN, nos termos do *caput* do art. 1º do Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, antes da decisão a cargo do Ministro de Estado da Fazenda, pode esta autoridade determinar que os autos passem pela Coger-MF, a fim de que esta unidade seccional de correição se manifeste, conforme permite (mas não obriga) o disposto no inciso III do art. 8º do Decreto nº 9.003, de 2017.

De ser observado que, embora o Corregedor-Geral do MF seja competente para, mediante autorização ministerial, instaurar processo disciplinar contra titular de órgão da Pasta, o § 2º do art. 1º do Decreto nº 3.035, de 1999, reserva ao Presidente da República a competência para julgamento de pena expulsiva em face de ocupantes de cargo de natureza especial. Esta ressalva é importante porque o Secretário da Receita Federal do Brasil é um titular de órgão detentor de cargo de natureza especial, de forma que pode ser objeto de instauração e de julgamento de arquivamento ou de aplicação penas de advertência ou de suspensão a cargo do Corregedor-Geral do MF, mas o julgamento de aplicação de pena expulsiva cabe ao Presidente da República, que é a autoridade competente para nomeá-lo, conforme o art. 7º da Lei nº 12.457, de 16 de março de 2007 (diploma legal que deu a atual denominação de RFB à ex-Secretaria da Receita Federal - SRF e extinguiu com a Secretaria da Receita Previdenciária - SRP).

*Decreto nº 3.035, de 1999 - Art. 1º*

*§ 2º O disposto neste artigo não se aplica ao ocupante de cargo de natureza especial e ao titular de autarquia ou fundação pública.*

*Lei nº 11.457, de 2007 - Art. 7º Fica criado o cargo de Natureza Especial de Secretário da Receita Federal do Brasil, com a remuneração prevista no parágrafo único do art. 39 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003.*

*Parágrafo único. O Secretário da Receita Federal do Brasil será escolhido entre brasileiros de reputação ilibada e ampla experiência na área tributária, sendo nomeado pelo Presidente da República.*

Quanto à competência julgadora propriamente dita, conforme ratifica o inciso II do art. 15 da Portaria MF nº 492, de 2013, o próprio Corregedor-Geral do MF é competente para julgar nas hipóteses de aplicação de penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias em decorrência de PADs ou de sindicâncias disciplinares de sua própria instauração (o que subentende, também, obviamente, na hipótese de proceder ao arquivamento). Todavia, sem prejuízo das competências daquela unidade seccional de correição se manifestar ou prestar informações ao Ministro de Estado da Fazenda, conforme autorizam os incisos III e IV do art. 8º do Decreto nº 9.003, de 2017, pela literalidade do mencionado inciso II do art. 15 da Portaria MF nº 492, de 2013, e por não ter amparo no princípio da hierarquia (já que não é superior hierárquico do Corregedor e nem mesmo de Chefe de Escritório de Corregedoria - Escor, nos termos em que o art. 15 da Lei nº 9.784, de 1999, condiciona o emprego do instituto da avocação), não cabe à Coger-MF arquivar ou aplicar penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias em casos de instauração a cargo do sistema correicional da RFB e muito menos, em hipótese excepcional de figurar como autoridade instauradora, em excepcional caso de instauração por parte do Secretário da Receita Federal do Brasil (casos, por exemplo, que tramitem pela Coger-MF apenas para instruir despacho de encaminhamento de julgamento à PGFN).

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 15. No âmbito do Ministério da Fazenda, as sindicâncias disciplinares e os processos administrativos disciplinares serão julgados:*

*I - pelo Ministro de Estado da Fazenda, nas hipóteses de aplicação das penas de demissão, suspensão superior a trinta dias, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão ou destituição de função comissionada; e*

*II - pela autoridade instauradora do feito disciplinar, na hipótese de aplicação da pena de advertência ou suspensão de até trinta dias.*

Ademais, conforme o inciso IV do art. 8 do Decreto nº 9.003, de 2017, de forma mais abrangente, também incumbe à Coger-MF prestar informações específicas sobre procedimentos investigativos ou sobre ritos disciplinares, em curso ou encerrados, ao Ministro de Estado da Fazenda e, para isto, lhe é conferida a competência de requisitar cópia dos autos ou até mesmo vista do original. No mesmo rumo de subsidiar demandas ministeriais, a Portaria MF nº 492, de 2013, nos incisos II e III do seu art. 22, também ratificou as competências da Coger-MF para realizar visitas técnicas nas demais unidades seccionais de correição e para acompanhar procedimentos ou processos em curso ou concluídos e requisitar cópias de feitos já arquivados.

*Decreto nº 9.003, de 2017 - Art. 4º-B. À Corregedoria-Geral compete:*

*III - manifestar-se previamente sobre processo administrativo disciplinar ou sindicância oriundos de outras corregedorias, cuja competência para julgamento seja do Ministro de Estado, mediante determinação deste, sem prejuízo das competências da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;*

*IV - prestar ao Ministro de Estado informações específicas sobre procedimento disciplinar em curso ou encerrado, investigativo ou punitivo, e requisitar cópia dos autos ou, sempre que necessário, vista dos originais para a mesma finalidade, no âmbito dos órgãos do Ministério; e*

*V - exercer outras atividades relativas à sua área de atuação ou que lhe forem cometidas pelo Ministro de Estado.*

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 22. A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda:*

*II - realizará visitas técnicas nas demais corregedorias da estrutura do Ministério da Fazenda, com o objetivo de subsidiar o Ministro de Estado da Fazenda quanto ao funcionamento e à adequação daquelas ao Sistema de Correição do Poder Executivo Federal; e*

*III - poderá acompanhar procedimentos e processos administrativos em curso ou concluídos nas demais Corregedorias do Ministério, bem como requisitar cópia de procedimentos e processos administrativos já arquivados, para atender a demandas do Ministro de Estado da Fazenda.*

Neste aspecto, importa antecipar o que será detalhadamente exposto em **4.4.12.2**: sendo um órgão estranho à RFB, tão somente compondo o SisCor-PEF, não assiste à Cogger-MF o irrestrito e imediato acesso a dados protegidos por sigilo fiscal. Para que lhe seja concedido acesso a dados protegidos por sigilo fiscal, deve a autoridade competente da Cogger-MF solicitar o repasse das informações à autoridade fiscal competente, à vista da comprovação de atendimento dos requisitos elencados no inciso II do § 1º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN), quais sejam, comprovar a existência de procedimento administrativo (ainda que meramente investigativo) instaurado no âmbito do órgão para apurar infração disciplinar do sujeito passivo de quem se solicitam os dados (para dados de terceiros, o órgão estranho ao Fisco, obrigatoriamente, tem de se socorrer da autorização judicial). Se nem sequer a CGU, como órgão central do SisCor-PEF, é contemplada com acesso irrestrito e imediato a dados protegidos por sigilo fiscal, menos ainda o seriam as unidades setoriais de correição e muito menos as unidades seccionais de correição, em que se enquadra a Cogger-MF.

Por fim, fechando o rol de competências da Cogger-MF, conforme estabelecem o art. 4º, o inciso I do art. 22 e o *caput* do art. 23, todos da Portaria MF nº 492, de 2013, esta unidade seccional de correição dispõe de competência normativa para editar normas complementares e regulamentadoras das atividades correccionais no âmbito da Pasta, de observância obrigatória pela Cogger, à vista de integrarem o SisCor-PEF.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 4º Nos órgãos que compõem a estrutura do Ministério da Fazenda, a apuração de irregularidades disciplinares observará o disposto nesta Portaria e nas normas complementares editadas pela Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda.*

*Art. 22. A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda:*

*I - editará os atos normativos necessários à regulamentação das atividades correccionais no Ministério da Fazenda, inclusive aqueles relativos ao Sistema de Controle de Processos Disciplinares da Controladoria-Geral da União (CGU-PAD);*

*Art. 23. A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda editará, no prazo de 60 dias, os atos que se fizerem necessários à complementação desta Portaria.*

Assim, sintetizando a leitura conjunta do Decreto nº 9.003, de 2017, e da Portaria MF nº 492, de 2013, tem-se que a Cogger-MF possui competências normativa, supervisora, instauradora, convocatória e julgadora no âmbito de sua alçada - que *a priori* alcança todos os órgãos de Administração Pública direta da Pasta, excluindo-se a PGFN - e, especificamente quanto à competência instauradora, em termos práticos, também se exclui a RFB, em virtude da existência da Cogger.

## **2.2 - ESTRUTURA ESPECIALIZADA NA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL**

A Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), nos termos introduzidos em **2.1.2**, é um órgão que - já desde antes da criação da ex-Corregedoria-Geral da União, por meio da Medida Provisória (MP) nº 2.143-31, de 2 de abril de 2001, na alteração promovida na Lei nº 9.649, de 27 de junho de 1998, da criação da ex-Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e da instituição do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SisCor-PEF), por meio do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005 - dispõe de unidade especializada na matéria disciplinar, de forma que os deveres de representar e de apurar as supostas irregularidades têm especificidades em comparação com aquelas regras gerais inicialmente expostas.

Antes de se detalhar o disciplinamento destes deveres na RFB - o que será feito em **2.3.1** -, convém descrever a estrutura correcional especializada, desde o contexto histórico de sua implementação; apresentar as peculiaridades e as cláusulas de segurança com que o sistema foi dotado para poder desempenhar seu relevante papel; e listar suas competências regimentais, jamais se perdendo de vista que a existência desta estrutura institucional específica em nada afronta a regra geral da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

## **2.2.1 - Especificidades e Cláusulas de Segurança da Corregedoria e de Seus Integrantes**

### **2.2.1.1 - Histórico Desde a Criação da Coordenação-Geral de Auditoria e Correição**

No bojo de profundas reformas ocorridas entre o fim da década de oitenta e início da década de noventa, no processo de redemocratização do País, o Decreto nº 325, de 1º de novembro de 1991, ao disciplinar a comunicação da prática de ilícitos penais previstos na legislação tributária e de crimes funcionais contra a ordem tributária, determinou, em seu art. 5º, que o então Departamento da Receita Federal (DRF) passasse a dispor *“de unidade de auditoria e correição, diretamente subordinada ao Diretor (como se intitulava, à época, o cargo do titular do órgão), com a competência de controlar o andamento dos feitos (relativos às representações administrativas e criminais contra o contribuinte e contra o servidor) bem como promover ações preventivas sobre a ética funcional e a disciplina de seus servidores, proceder à correição dos feitos fiscais e administrativo-disciplinares, realizar auditoria interna e manter sistema de coleta de dados e informações quanto à observância das normas disciplinares e sobre os crimes cometidos contra a ordem tributária”*.

Em consequência, na subsequente alteração regimental, ocorrida com a edição do Regimento Interno do DRF aprovado pela Portaria MEPF nº 606, de 3 de setembro de 1992, já figurava no organograma a Coordenação-Geral de Auditoria e Correição (Coauc), como unidade central de assessoramento direto do Diretor do DRF, diretamente subordinada a este titular, contando com apenas três Divisões (com destaques para a Divisão de Ética e Disciplina - Diedi, e a Divisão de Auditoria - Divau, embriões da partição orgânica interna presente até os dias atuais, conforme se apresentará em **2.2.2.2**, além de uma Divisão de apoio operacional) e sem projeções regionais.

Embora aquele Regimento Interno do DRF, no inciso V do seu art. 21, já atribuísse à Coauc, por meio de sua Diedi, competência para *“apurar denúncias e irregularidades, realizar sindicâncias e instaurar os necessários processos administrativo-disciplinares”*, ao mesmo tempo conciliava e se harmonizava com a praxe administrativa ainda reinante àquela época, segundo a qual o poder disciplinar era majoritariamente exercido na linha hierárquica, à luz da regra geral da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, conforme já exposto **2.1.1**. Uma vez que à Diedi também competia, conforme os incisos IV, VII e IX do mesmo comando regimental acima mencionado, *“propor a constituição de comissão, de inquérito ou sindicância; acompanhar e controlar os feitos disciplinares instaurados nas unidades descentralizadas; e subsidiar as unidades do Departamento nas ações disciplinares,*

*prestando-lhes apoio e orientação técnica necessários*”, o poder disciplinar, na ponta da atividade (qual seja, na instauração e na condução de processos disciplinares), se manteve em grande parte ainda sob exercício das autoridades fiscais regionais e locais, o que de certa forma justificou o fato de aquela competência instauradora ter carecido de regulamentação interna, até a edição da Portaria SRF nº 699, de 21 de julho de 1999, conforme melhor se aduzirá em **4.2.1**.

Ou seja, no caso do DRF, posteriormente sucedido pela Secretaria da Receita Federal (SRF), o poder disciplinar era precipuamente exercido pelos Superintendentes, Delegados ou Inspectores da Receita Federal, que se valiam da incipiente estrutura existente à época nos Grupos de Auditoria e Correição (Graco), subordinados às Superintendências Regionais da Receita Federal (SRRF), sem vinculação com a Coauc. Estes Grupos forneciam o pessoal que compunha as comissões disciplinares e que executava as demais tarefas de natureza correcional, sob planejamento, orientação e controle da unidade central, por meio de suas duas Divisões (Diedi e Divau).

Pode-se então resgatar que a Coauc, nos anos subseqüentes à sua implantação, concentrou sua atuação na sua competência regimental, tipicamente de unidade central, estabelecida na parte inicial do art. 19 do Regimento Interno em comento, de *“planejar, coordenar, orientar, controlar e avaliar as atividades relacionadas com auditoria interna, sindicâncias e processos administrativos sobre ética e disciplina dos servidores”* (a parte final deste comando interno apenas reproduzia a parte também final do art. 5º do Decreto nº 325, de 1991, que dispunha sobre a correição dos feitos fiscais e sobre manutenção de sistema de coleta de dados e informações sobre ilícitos disciplinares e contra a ordem tributária).

Não é necessário muito esforço para inferir que, naquele primeiro momento, a atividade correcional, ainda sendo majoritariamente exercida na própria linha hierárquica e no âmbito da unidade de ocorrência dos fatos e que em geral também se confundia com a unidade de lotação dos envolvidos, como uma matéria-meio distinta e distante das atividades-fim do órgão, era desempenhada de forma imprecisa. A convivência e a superposição de afazeres prioritários e finalísticos das atividades de fiscalização, de tributação e de controle aduaneiro em detrimento da matéria correcional, somadas à ausência de vocação e de especialização técnica do pessoal para os trabalhos correccionais e potencializadas, por fim, pela natural mitigação da imparcialidade causada pela proximidade entre fatos, acusados, agentes processantes e autoridades, levaram o órgão a aprimorar o modelo, originalmente composto apenas de uma distante unidade central, para a criação de um sistema orgânico específico e especializado com competência exclusiva para a instância disciplinar, apartado da matéria-fim e das unidades regionais e locais e capilarizado nas dez Regiões Fiscais (RF).

É de se lembrar ainda que a natural inércia administrativa, no âmbito de todo o Poder Executivo federal, em manter o exercício da atividade correcional submetido aos regramentos originais da Lei nº 8.112, de 1990, vinculados à linha hierárquica - o que significava não dispor à matéria os necessários distanciamento e especialização - causava desproporcionais e diferenciados efeitos negativos nos inúmeros órgãos submetidos àquele estatuto. Sendo inconteste que determinadas atividades-fim suscitam a ilicitude e o desvio de conduta com maior potencialidade que outros múnus públicos, obviamente aquela inércia causava maiores efeitos em alguns órgão e menores ou poucos efeitos em outros.

Afinal, divorcia-se do bom senso tentar negar que atividades públicas de grande poder de controle e de atuação sobre esferas de direitos, de interesses e de bens jurídicos dos administrados - tais como, a título de meros exemplos não exaustivos, atividades fiscais, policiais, previdenciárias - propiciam de forma mais frequente e viabilizada as tentativas e as iniciativas de acertos entre o agente público e o particular ou de pressões daquele sobre este. Tal peculiaridade torna a atividade disciplinar necessária e desejada não apenas pelos respectivos órgãos em si mas também pelos servidores e categorias que neles atuam, pois, diante da possibilidade de generalização da conduta ilícita e dos riscos funcionais que isto

significa, os próprios agentes públicos sentem a necessidade de os seus órgãos possuírem uma estrutura efetivamente capacitada e especializada. Este efeito se fez sentir em especial no âmbito da SRF.

Reconhecendo ainda que, em face à miríade de competências regimentais ao encargo das autoridades fiscais e à incorrigível carência de recursos humanos e materiais que desde sempre macula a Administração Pública, pode-se também inferir que a perda da competência correcional, em geral, não acarretou a presumível relutância característica dos administradores sujeitos à supressão de parcela de seus poderes, tendo sido então a criação de um capilarizado e efetivamente competente sistema correcional do órgão (ao tempo em que se denominava SRF) um processo natural de aprimoramento e de elaboração e salutar sob todos os aspectos, em comparação ao contexto de aplicação do Direito Disciplinar antes da criação da Coauc e mesmo durante sua existência.

Reportando às nomenclaturas da época de implantação, eis que a Corregedoria-Geral (Coger) e seus Escritórios de Corregedoria (Escor) foram instituídos pelo Decreto nº 2.331, de 1º de outubro de 1997. Estas onze unidades passaram a integrar o organograma da SRF, órgão ao qual, desde sempre e até o presente, exclusiva e indubitavelmente pertenciam e pertencem e que compunham e compõem, além de possuírem lotações próprias e, de início, a Coger tinha titularidade do Corregedor-Geral e os Escor tinham e ainda têm titularidades dos Chefes de Escor. Por força daquele Decreto, a exemplo do que se dispunha desde os tempos da Coauc, a Coger teve asseguradas sua imediata e direta subordinação ao dirigente máximo do órgão (à época, o Secretário da Receita Federal) - sem prejuízo de sua independência técnica e de sua autonomia de atuação dentro do órgão - e sua competência abrangendo desde ações preventivas (inclusive de natureza ética e auditorias internas, ainda àquela época) até as ações repressivas de poder disciplinar. Também, a partir deste marco normativo, a matéria correcional, ainda no âmbito da SRF, passou a ser de competência exclusiva da Coger e dos Escor, falecendo qualquer competência neste tema para as autoridades fiscais regionais e locais

*Decreto nº 2.331, de 1997 - Art. 1º A Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda disporá de unidade de correição, diretamente subordinada ao Secretário, denominada Corregedoria-Geral, com finalidade de promover ações preventivas e repressivas sobre a ética funcional e disciplina de seus servidores, e verificar os aspectos disciplinares dos feitos fiscais e outros procedimentos administrativos, bem assim realizar auditoria interna.*

*Parágrafo único. A lotação e atribuições da Corregedoria-Geral da Secretaria da Receita Federal serão definidas pelo Ministro de Estado da Fazenda.*

Atualizando parte das informações inaugurais deste tópico, antecipe-se que, a partir do Regimento Interno da RFB aprovado pela Portaria MF nº 95, de 30 de abril de 2007, em razão das peculiaridades regionais, a Coger passou a possuir um Núcleo de Corregedoria em Manaus - Nucor, de titularidade do Chefe do Nucor.

Ademais, conforme melhor se aduzirá em **2.2.2**, o natural processo de aprimoramento interno levou à reserva da matéria ética e das atividades de auditoria para outros foros exclusivamente especializados e competentes, concentrando a atuação do sistema correcional nas atividades de investigação disciplinar e de correição. Ademais, por força da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007, o órgão passou por profunda reestruturação com a fusão dos Fiscos federais, fundindo a ex-SRF com a extinta Secretaria da Receita Previdenciária (SRP), que integrava o então Ministério da Previdência Social (MPS), originando daí a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), de titularidade do Secretário da Receita Federal do Brasil. Acrescente-se, inclusive, que, neste momento, o sistema correcional da RFB recebeu, em seus quadros, o aporte de servidores que atuavam na estrutura de correição da extinta SRP.

Por fim, tanto a unidade Corregedoria-Geral quanto o cargo de Corregedor-Geral

tiveram tais denominações originalmente adotadas pelo Decreto nº 2.331, de 1997, e assim perdurou até a edição do Decreto nº 8.029, de 20 de junho de 2013. Conforme já detalhado em **2.1.5**, este diploma normativo, ao alterar o Decreto nº 7.482, de 16 de maio de 2011, que então tratava da estrutura regimental do Ministério da Fazenda (MF), criou a Corregedoria-Geral do MF (Coger-MF), sob titularidade do Corregedor-Geral do MF, e também alterou o Decreto nº 2.331, de 1997, impondo os nomes de Corregedoria e de Corregedor à unidade e ao seu titular - não obstante, internamente, ter-se mantido a sigla Coger para a unidade central. Mas, à margem desta questão da denominação, o Decreto nº 8.029, de 2013, com a redação dada ao Decreto nº 7.482, de 2011, no *caput* do seu art. 15-A e outros, ratificou as competências da Coger, na qualidade de unidade seccional de correição no âmbito da RFB, e ratificou também a particularidade de ser o único processo de trabalho no órgão a ter sua previsão jurídica de existência reservada em norma presidencial. Tais comandos se preservam na atual estruturação regimental do MF, dada pelo Decreto nº 9.003, de 13 de março de 2017, do qual se destaca de imediato o *caput* do seu art. 26 e aproveita-se para registrar que, a menos de ressalva expressa, as menções a esta normatização estruturante é feita ao longo deste texto com base no Decreto mais recente em vigor.

*Decreto nº 9.003, de 2017 - Art. 26. A Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil exercerá as competências de unidade seccional do Sistema de Correição do Poder Executivo federal no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, observado, no que couber, o disposto no art. 8º. (Redação dada pelo Decreto nº 9.266, de 15 de janeiro de 2018)*

### **2.2.1.2 - A Posição Peculiar da Corregedoria e o Mandato do Corregedor**

Reiterando o já exposto quando da explanação histórica, a primeira peculiaridade a se destacar acerca do sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) é que não atua de forma direta na matéria-fim do órgão. Diferentemente de se dedicar à fiscalização, à tributação e ao controle aduaneiro, a Corregedoria (Coger) serve à instituição como um sistema de controle, de proteção e de defesa de seu quadro funcional.

Outra peculiaridade é que o fato de a Coger e de seus Escritórios de Corregedoria (Escor) terem sido criados por norma presidencial (pelo Decreto nº 2.331, de 1º de outubro de 1997) impõe que somente outro ato de mesmo *status* normativo pode alterá-los e sobretudo suprimi-los da estrutura orgânica. Afinal, não se poderia contemplar que uma área de atuação tão sensível e ao mesmo tempo tão estratégica pudesse ter a existência e a manutenção desestabilizadas, ao sabor de investidas, iniciativas ou entendimentos passageiros, pontuais ou mais facilmente manipuláveis.

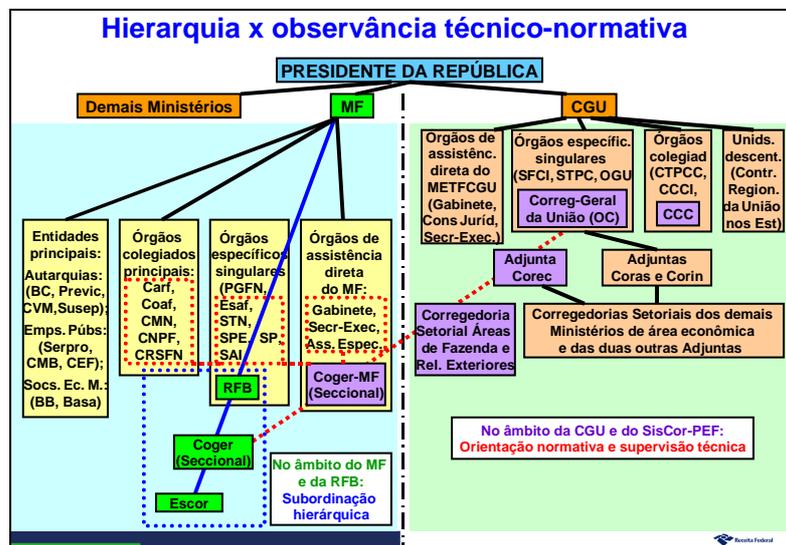
Mas é importante ressaltar que a criação por um Decreto em nada se confunde com qualquer espécie de superioridade hierárquica ou regimental em relação a qualquer dos inúmeros demais processos de trabalho em que se subdividem todos os macroprocessos de trabalho da RFB, mas sim se reflete como uma cláusula asseguradora da segurança, independência, autonomia e imparcialidade necessárias à atuação correcional.

Também merece ressalva o fato de que - como de outra forma não poderia ser, visto que o ordenamento não pode comportar incoerências - o dispositivo daquele Decreto específico para o sistema correcional da RFB encontra-se em consonância com os comandos generalistas para toda a Administração Pública federal, do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, que trata do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SisCor-PEF), e também com os comandos mais específicos do Decreto nº 9.003, de 13 de março de 2017, estes voltados para a atuação correcional no âmbito exclusivo do Ministério da Fazenda (MF). Relembre-se que esta último Decreto é a sequência da linha normativa inaugurada pelo Decreto 8.029, de 20 de junho de 2013, que, ao alterar o Decreto nº 7.482, de 16 de maio de 2011, que tratava da estrutura regimental da Pasta, instituiu a Corregedoria-Geral do MF (Coger-MF). Neste rumo, o Decreto nº 8.029, de 2013, alterou o Decreto nº 2.331, de 1997,

harmonizando-o.

Conforme já exposto em 2.1.4 e em 2.1.5, na atual estrutura estabelecida pelo Decreto nº 5.480, de 2005, a Coger enquadra-se como unidade seccional de correição no SisCor-PEF. Repisa-se que esta condição de unidade seccional de correição não retira do sistema correcional da RFB, de suas autoridades e de seu quadro funcional a exclusiva linha de subordinação hierárquica em relação ao Secretário da Receita Federal do Brasil, não os colocando hierarquicamente subordinados às autoridades do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) e da Corregedoria-Geral da União da CGU (CGU/CRG), tampouco às autoridades da Corregedoria Setorial das Áreas de Fazenda e Relações Exteriores da CGU (CGU/CRG/Corec/CSMFRE, no âmbito da Corregedoria Adjunta da Área Econômica da CGU (CGU/CRG/Corec), e muito menos às autoridades da Corregedoria-Geral do MF (Coger-MF). De acordo com o § 2º do art. 2º do Decreto nº 5.480, de 2005, a Coger deve apenas prestar-se à orientação normativa da CGU e da CGU/CRG e à supervisão técnica daquela unidade setorial de correição, o mesmo se aplicando, por força do Decreto nº 9.003, de 2017, à Coger-MF (que, igualmente à Coger, também tem *status* de unidade seccional de correição no SisCor-PEF).

Esta dupla posição do sistema correcional da RFB, figurando ao mesmo tempo como integrante da RFB e como unidade seccional de correição, se justifica primeiramente porque são precipuamente os Escor e secundariamente a Coger que, na ponta da atividade, executam o poder disciplinar, poder este que, conforme já aduzido em 2.1.1, insere-se em linha hierárquica, daí porque não perdem sua posição dentro da linha de hierarquia neste órgão de que fazem parte; e, em complemento, integrando uma sistematização harmônica, esta atuação, no âmbito da RFB, embora hierarquicamente independente da CGU e da CGU/CRG, deve seguir a normatização deste órgão central e deve ser supervisionada pela unidade setorial de correição que cuida das atividades correcionais referentes ao MF (a CGU/CRG/Corec/CSMF) e, no caso específico desta Pasta, deve ainda atender à normatização e à supervisão específica da Coger-MF. A gravura a seguir esquematiza as diferentes linhas de projeção da subordinação hierárquica e da orientação normativa e supervisão técnica do SisCor-PEF.



Por meio esquemático, a gravura acima facilita a percepção da independência da sujeição técnico-normativa que caracteriza o escalonamento no SisCor-PEF, desde a CGU/CRG até a Coger e os Escor e o Núcleo de Corregedoria (Nucor), da linha de hierarquia a que estas unidades seccionais de correição da RFB se subordinam em relação ao Secretário da Receita Federal do Brasil e ao Ministro de Estado da Fazenda. Escalonando de forma sintética desde a autoridade máxima do Poder Executivo federal, qual seja, o Presidente da República, no degrau abaixo veem-se os diversos Ministérios, em igualdade de *status*, em que se destacam, apenas para o fim didático da gravura, o MF e a CGU. A partir daí, enquanto a linha hierárquica tem inerente à sua própria definição o fato de se inserir no Ministério, a

linha do SisCor-PEF atua exatamente ao oposto, pois as normas e orientações irradiadas no âmbito da CGU repercutem além de seus próprios limites, nas unidades seccionais de correição dos órgãos fazendários e fiscais. Enfim, as ramificações da hierarquia não contêm nenhuma interseção ou superposição com a linha de incidência do SisCor-PEF.

Acrescente-se que, na gravura, aproveitou-se ainda para pontilhar o raio de competência da atuação correcional da Coger-MF no âmbito dos órgãos de assistência direta, singulares específicos e dos principais colegiados.

Retomando as peculiaridades do sistema correcional, é preciso destacar que, como forma de garantir a atuação institucional e a segurança funcional de seus servidores integrantes, o Decreto nº 2.331, de 1997, não só criou as unidades correcionais mas também dotou o sistema com cláusulas de proteção, que adiante se descrevem.

A primeira destas cláusulas reside no instituto do mandato de que dispõe o Corregedor a fim de poder exercer sua função. Antes, lembre-se que, sem prejuízo da autonomia técnica e da independência de atuação de que goza o sistema correcional, a Coger integra a RFB e insere-se em sua linha hierárquica, sendo até mesmo o Corregedor hierarquicamente subordinado ao Secretário da Receita Federal do Brasil.

Não obstante esta subordinação hierárquica, a nomeação do Corregedor não compete ao Secretário da Receita Federal do Brasil, cabendo-lhe apenas fazer a indicação ao Ministro de Estado da Fazenda. A competência para efetivamente nomear o Corregedor recai sobre este titular da Pasta. A partir de sua nomeação, o Corregedor exerce mandato de três anos, com possibilidade de ser reconduzido por mais um período de igual duração. O instituto do mandato significa a importantíssima peculiaridade de que, apesar de ocupar cargo em comissão (do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - código DAS-101.4), o Corregedor não se sujeita à livre exoneração, nem por parte do Ministro de Estado da Fazenda e muito menos pelo Secretário da Receita Federal do Brasil.

Ademais, a exemplo do mandato do Corregedor-Geral do MF, conforme já previa o § 1º do art. 8º do Decreto nº 5.480, de 2005, na leitura conjunta do parágrafo único do art. 9º e dos §§ 1º e 2º do art. 26, ambos do Decreto nº 9.003, de 2017, a indicação que antecede a nomeação e a recondução do Corregedor condicionam-se à aprovação da CGU.

A questão da possibilidade de recondução do Corregedor sofreu relevante modificação com a já mencionada edição do Decreto nº 8.029, de 2013, que alterou o Decreto nº 7.482, de 2011. Uniformizando o tema no âmbito das unidades seccionais de correição do MF, o Decreto nº 7.482, de 2011, passou a estabelecer que o mandato trienal dos titulares comporta apenas uma única recondução, limitação que não constava do Decreto nº 2.331, de 1997. Assim, o Decreto nº 8.029, de 2013, no inciso III do seu art. 8º, revogou o art. 2º do Decreto nº 2.331, de 1997, passando o tema interno a ser disciplinado pelos §§ 1º e 2º do art. 15-A do Decreto nº 7.482, de 2011, e com regra de transição específica no art. 6º do Decreto nº 8.029, de 2013. E, atualmente, todos estes comandos estão compilados no parágrafo único do art. 9º e nos §§ 1º e 2º do art. 26, ambos do Decreto nº 9.003, de 2017.

*Decreto nº 8.029, de 2013 - Art. 6º As regras constantes no parágrafo único do artigo 4º-C do Anexo I ao Decreto nº 7.482, de 2011, aplicam-se aos atuais ocupantes do cargo de Corregedor, ou equivalente, e serão observadas para o exercício de novo mandato.*

*Decreto nº 9.003, de 2017 - Art.9º*

*Parágrafo único. O Corregedor-Geral exercerá mandato de três anos, admitida a recondução, mediante aprovação prévia do Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal.*

*Art. 26.*

*§ 1º O Ministro de Estado nomeará o Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil, após indicação pelo Secretário da Receita Federal do Brasil e aprovação prévia pelo Órgão Central do Sistema Central de Correição do*

*Poder Executivo federal.*

*§ 2º O Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil exercerá mandato de três anos, admitida a recondução, mediante aprovação prévia do Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal.*

Este tema peculiar envolvendo a nomeação do Corregedor merece detida e desapassionada apreciação. Ora, diante da natureza sensível da matéria correcional, que pode vir a se contrapor a entendimentos ou até a afrontar e impedir interesses, sejam de pessoas, sejam de grupos, de outra forma não se poderia cogitar da atuação deste sistema, encabeçado pela autoridade do cargo de Corregedor. Não se contempla que esta autoridade, com as competências regimentais que lhe são inerentes, tivesse sua atuação subjugada a intenções, conveniências, tendências ou humores momentâneos, ou nem mesmo sujeita a críticas de dedicação, produtividade ou insuficiência de desempenho, a ponto de ter sua posição fragilizada pelo risco de poder ser exonerado a qualquer momento, discricionariamente por meros critérios de oportunidade e conveniência. Não obstante se situar na linha hierárquica abaixo do Secretário da Receita Federal do Brasil e ocupar um cargo em comissão no órgão, a posição de Corregedor, como síntese de todo o sistema correcional, deve ser robusta, sólida, segura e estável no tempo previsto para o exercício do seu mandato.

### **2.2.1.3 - Remoção, Progressão Funcional e Promoção dos Servidores Lotados na Corregedoria e Formas de Ingresso no Sistema Correcional**

Em paralelo à cláusula de segurança e de proteção institucional do mandato do Corregedor, especificamente os servidores integrantes da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), após três anos contínuos de simultânea lotação e exercício em unidade do sistema correcional, fazem jus à remoção a pedido, conforme previsão legal no inciso II do parágrafo único do art. 36 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para qualquer unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), por força do art. 5º do Decreto nº 2.331, de 1º de outubro de 1997, regulamentado pelo inciso VI do *caput* e pelo inciso IV do § 2º do art. 3º da Portaria RFB nº 3.300, de 29 de agosto de 2011.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.*

*Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 27 de dezembro de 1997)*

*I - de ofício, no interesse da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*II - a pedido, a critério da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*Decreto nº 2.331, de 1997 - Art. 5º O servidor da Carreira de Auditoria do Tesouro Nacional lotado e em exercício na Corregedoria-Geral e nos seus escritórios, que exercer funções diretamente relacionadas com a ética funcional*

*e a disciplina dos servidores, não será removido por um período de dois anos, assegurando-se-lhe, após três anos de efetivo exercício, sua lotação em qualquer unidade da Secretaria da Receita Federal.*

*Portaria RFB nº 3.300, de 2011 - Art. 1º A remoção dos integrantes da Carreira de Auditoria da Receita Federal (ARFB) observará o disposto nesta Portaria.*

*§ 1º São as seguintes as hipóteses de remoção:*

*II - a pedido, a critério da administração;*

*Art. 3º A remoção a pedido, prevista no inciso II do § 1º do art. 1º ocorrerá, no âmbito da RFB, de acordo com os seguintes critérios:*

*VI - após três anos consecutivos de efetivo exercício na Corregedoria-Geral ou nos Escritórios de Corregedoria;*

*§ 2º A remoção será autorizada:*

*IV - para qualquer unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil requerida pelo servidor, na hipótese do inciso VI do caput, em conformidade com o art. 5º do Decreto nº 2.331, de 1º de outubro de 1997.*

A capitulação desta espécie de remoção no mencionado inciso II do art. 36 da Lei nº 8.112, de 1990, apesar da literalidade legal condicionar o deslocamento ao “critério da Administração”, se deve à inteligência benéfica da Lei de que o deslocamento pode se dar da unidade de correição para uma outra unidade sediada na mesma localidade. Importa esclarecer que o inciso III do mesmo comando legal, ao ser o único a restringir que a remoção ali capitulada se dá para outra localidade (até por uma questão de lógica, já que, sobretudo as suas alíneas “a” e “b” contemplam algum grau de incompatibilidade entre a vida pessoal do servidor e a sua localidade de lotação), indica, a *contrario sensu*, que as remoções de ofício ou a pedido a critério da Administração podem se dar para a mesma ou para outra localidade.

De forma análoga a como se ampara o instituto do mandato para o Corregedor, é imperioso destacar que tal cláusula não subsiste como uma prerrogativa e muito menos como um privilégio por si só. Ao contrário, sua leitura reflete a intenção de se suprir ao quadro correcional a necessária segurança para o desempenho da espinhosa atividade correcional. A correta leitura deste dispositivo é de que, como cláusula de segurança funcional, caso o servidor integrante do sistema correcional, em razão de sua atuação profissional, venha a sofrer qualquer tipo de ameaça, lhe é garantido o direito de se remover para qualquer outra unidade distante do foco de eventual pressão.

De acordo com a regulamentação operada pela Portaria RFB nº 2.206, de 28 de setembro de 2012, voltada apenas para os integrantes da Carreira TARFB, no seu art. 1º, no *caput* do seu art. 3º e no seu art. 4º, este direito somente se concretiza após o cumprimento do período aquisitivo trienal, nas condições acima expostas, cabendo ao servidor interessado em se desligar requerer sua remoção e devendo a autoridade titular da unidade correcional tomar as medidas necessárias para que a liberação se concretize em no máximo noventa dias do requerimento.

*Portaria RFB nº 2.206, de 2012 - Art. 1º As prerrogativas previstas no art. 5º do Decreto nº 2.331, de 1997, se aplicam aos servidores da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil, criada pela Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007.*

*Art. 2º Para fins desta Portaria, consideram-se como unidades da Corregedoria da RFB a Corregedoria-Geral (Coger), os Escritórios de Corregedoria (Escor) e os Núcleos de Corregedoria (Nucor), integrantes do sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).*

*Art. 3º O período aquisitivo de 3 (três) anos a que se refere o art. 5º do Decreto nº 2.331, de 1997, deve ser exercido de forma contínua pelo servidor, com lotação e exercício simultâneos em unidades da Corregedoria.*

*Art. 4º Cumprido o requisito de três anos de efetivo exercício, na hipótese de interesse de desligamento da unidade da Corregedoria, o servidor deverá requerer sua remoção para qualquer unidade da RFB, nos termos do inciso VI*

*do caput e do inciso IV do 2º, ambos do art. 3º da Portaria RFB nº 3.300, de 2011.*

*Parágrafo único. O titular da unidade da Corregedoria deverá adotar as providências necessárias para a remoção e liberação do servidor em até 90 (noventa) dias do requerimento de que trata o caput.*

Prosseguindo na regulamentação da Portaria RFB nº 2.206, de 2012, nos §§ 1º a 3º de seu art. 3º, as remoções, a pedido ou de ofício, a qualquer tempo (antes ou depois dos três anos), de servidor lotado em unidade correcional para outra unidade do mesmo sistema não suspendem e muito menos interrompem a contagem do período aquisitivo (exceto, obviamente, se a remoção decorrer do uso do direito previsto no art. 5º do Decreto nº 2.331, de 1997), prosseguindo o cômputo de forma contínua a favor do servidor. Já as remoções, a qualquer tempo (antes ou depois dos três anos), de servidor lotado no sistema correcional para unidade fora do sistema, se de ofício, suspendem a contagem do período aquisitivo, retomando do ponto em que parou a partir da data de eventual retorno ao sistema (e o mesmo se aplica em casos de o servidor ser requisitado por outro órgão federal); se a pedido, interrompem a contagem, sendo zerado o período até então acumulado, devendo ser novamente cumprido o triênio em caso de retorno ao sistema.

*Portaria RFB nº 2.206, de 2012 - Art. 3º*

*1º A remoção, a pedido ou de ofício, de servidor lotado em unidade da Corregedoria para outra unidade do sistema correcional da RFB, a qualquer tempo, não suspende nem interrompe a contagem do período aquisitivo mencionado no caput, exceto se decorrer do exercício da prerrogativa prevista no art. 5º do Decreto nº 2.331, de 1997, hipótese em que se dará a interrupção do cômputo.*

*2º A remoção a pedido de servidor lotado em unidade da Corregedoria para unidade fora do sistema correcional da RFB, nos termos dos artigos 3º e 4º da Portaria RFB nº 3.300, de 2011, a qualquer tempo, interrompe a contagem do período aquisitivo mencionado no caput, até então acumulado, devendo ser integralmente cumprido novo período de 3 (três) anos em caso de retorno a quaisquer daquelas unidades.*

*3º A contagem do período aquisitivo a que se refere o caput ficará suspensa, a qualquer tempo, nas hipóteses de:*

*I - remoção de ofício para outra unidade da RFB, nos termos dos incisos III e IV do art. 2º da Portaria RFB nº 3.300, de 2011;*

*II - requisição para outro órgão, nos termos do Decreto nº 4.050, de 2002.*

*Parágrafo único. A contagem do período aquisitivo será retomada a partir da entrada em exercício do servidor na unidade de Corregedoria da qual foi removido ou requisitado.*

Além da já mencionada cláusula asseguradora da segurança funcional por meio da remoção a pedido após três anos de efetivo exercício, o mesmo art. 5º do Decreto nº 2.331, de 1997, também assegurou a independência, a autonomia e a isenção necessárias aos servidores da Carreira TARFB e integrantes do sistema correcional, a fim de que atuem livremente com suas próprias convicções, sem se sentirem coagidos por eventuais pressões superiores ou externas, uma vez que garantiu a manutenção destes servidores no sistema correcional por pelo menos dois anos.

Este dispositivo restou regulamentado pelo art. 5º da Portaria RFB nº 2.206, de 2012, esclarecendo que aqueles servidores dispõem da garantia funcional de não serem removidos de ofício para unidade fora do sistema correcional antes de completarem dois anos de lotação, sem vedação, não obstante, para serem removidos mesmo antes de completarem este biênio inicial se tal remoção decorrer de pedido dos próprios servidores ou se for para exercer cargos de chefia em qualquer unidade, do sistema ou não, ou para exercer mandado de julgador em Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ), em consonância com o entendimento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).

*Portaria RFB nº 2.206, de 2012 - Art. 5º Ao servidor lotado em unidade da Corregedoria é vedada a remoção para outra unidade da RFB antes de decorrido o prazo de 2 (dois) anos de efetivo exercício.*

*Parágrafo único. Excetuam-se do previsto no caput os seguintes casos:*

*I - as remoções de ofício de que trata o inciso I do § 3º do art. 3º; e*

*II - as remoções a pedido.*

*Parecer PGFN/CJU/COJPN nº 1.887/2012: “18. Tendo em conta este escopo do art. 5º do Decreto nº 2.331, de 1997, somos pelo entendimento de que a vedação nele imposta limita-se às remoções unilaterais da Administração, em que não se vislumbra nenhum interesse do servidor, pelos seguintes motivos. Primeiro, porque garante que esse servidor não seja afastado de determinado processo administrativo disciplinar por interesses subjetivos, travestidos de interesse público. Segundo, porque o referido dispositivo legal assegura uma vantagem para o servidor que permaneça no exercício dessas funções correcionais por um período de três anos, o que muito desestimula as remoções a pedido, possibilitando uma permanência mais longa dos servidores no desempenho dessas funções e, em consequência, maior especialização. Terceiro, porque, diante da relevância das atividades ligadas à apuração de irregularidades ou ilícitos administrativo-disciplinares, não nos parece salutar manter um servidor lotado na Corregedoria ou em seus Escritórios contra a sua vontade.*

*25. Em vista do exposto, em consonância com o entendimento firmado na Nota Técnica RFB/Cogep nº 61/12, conclui-se que a vedação imposta no art. 5º do Decreto nº 2.331, de 1997, não impede nem a remoção a pedido, nem a remoção de ofício para ocupar cargo em comissão ou função gratificada.”*

Ademais, também apenas para os integrantes da Carreira TARFB, o inciso XV do caput e os §§ 13 e 14, todos do art. 3º da Portaria RFB nº 3.300, de 2011, preveem uma outra possibilidade específica, que beneficia o sistema correcional, qual seja, de remoção a pedido, de servidor lotado e em exercício há pelo menos dois anos em um Escritório de Corregedoria (Escor) ou no Núcleo de Corregedoria (Nucor) para outro Escor ou para o Nucor. Esta hipótese de remoção intrassistema requer a anuência do Corregedor e impõe que o servidor permaneça por dois anos na unidade de correção de destino.

*Portaria RFB nº 3.300, de 2011 - Art. 3º A remoção a pedido, prevista no inciso II do § 1º do art. 1º ocorrerá, no âmbito da RFB, de acordo com os seguintes critérios:*

*XV - servidor em exercício pelo período mínimo de 2 (dois) anos em subunidade das Unidades Centrais localizadas fora de Brasília ou nas respectivas áreas subordinantes, nos termos do Anexo I do Regimento Interno da RFB, requer remoção para outra subunidade com lotação própria ou para a área subordinante da mesma área de atuação, desde que haja anuência do respectivo Coordenador-Geral ou do Corregedor-Geral. (Incluído pela Portaria RFB nº 1.952, de 27 de julho de 2012)*

*§ 13. O disposto no inciso XV aplica-se aos Escritórios de Pesquisa e Investigação e de Corregedoria da 1ª Região Fiscal. (Incluído pela Portaria RFB nº 1.952, de 2012)*

*§ 14. Na hipótese prevista no inciso XV, o servidor removido manterá o exercício na subunidade das Unidades Centrais de destino, dentro ou fora de Brasília, pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos, contados da data de entrada em exercício, salvo interesse da Administração. (Incluído pela Portaria RFB nº 1.952, de 2012)*

Em síntese, pode-se inferir que, grosso modo, há duas possibilidades de remoção para os servidores lotados e em exercício na Cogep, nos Escor ou no Nucor: após o período aquisitivo de três anos de efetivo exercício, diretamente para qualquer unidade da RFB em todo território nacional, inclusive estranha ao sistema correcional; ou após dois anos, para outra unidade de correção, devendo permanecer nesta unidade por mais dois anos,

totalizando então quatro anos o seu período aquisitivo para remoção para fora do sistema correcional.

A rigor, por ausência de previsão legal, todas estas prerrogativas acima, acerca de remoção, não beneficiam os servidores ocupantes de demais cargos que não integram a Carreira TARFB.

E, de forma mais geral (beneficiando não apenas os servidores integrantes daquela Carreira), conforme o art. 4º do Decreto nº 2.331, de 1997, e os arts. 6º e 7º e o *caput* do art. 18, ambos do Decreto nº 84.669, de 29 de abril de 1980, qualquer servidor lotado e em exercício na Corregedoria (Coger) ou em seus Escor ainda faz jus à avaliação máxima para fins de desenvolvimento na respectiva carreira. Independentemente de ter havido mudanças ao longo do tempo na periodicidade e na regra de avaliação do desempenho individual para fim do desenvolvimento na carreira, o que importa aqui registrar é que a leitura conjunta dos citados dispositivos indica que o servidor integrante do sistema correcional conta com o incentivo de ter a avaliação no patamar máximo vigente. Para fim de tomar a definição legal vigente, embora o incentivo em tela se aplique a qualquer servidor integrante do sistema correcional, independentemente da carreira em que se situa seu cargo, traz-se à tona a conceituação adotada pela Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, voltada para a Carreira específica, cujo *caput* e § 1º do seu art. 4º definem progressão funcional como a passagem para o padrão remuneratório imediatamente superior dentro da mesma classe e promoção como a passagem do último padrão de uma classe para o primeiro padrão da classe imediatamente superior. Não obstante, para a correta compreensão do tema, tendo em vista que a norma vigente se reporta ao Decreto nº 84.669, de 1980, é necessário resgatar que esta norma empregava diferente terminologia, harmonizando-se a atual progressão funcional com que se denominava de progressão horizontal e a atual promoção com o que se denominava progressão vertical.

*Lei nº 10.593, de 2002 - Art. 4º O desenvolvimento do servidor nas carreiras de que trata esta Lei ocorrerá mediante progressão funcional e promoção.*

*§ 1º Para os fins desta Lei, progressão funcional é a passagem do servidor para o padrão de vencimento imediatamente superior dentro de uma mesma classe, e promoção, a passagem do servidor do último padrão de uma classe para o primeiro da classe imediatamente superior.*

*Decreto nº 2.331, de 1997 - Art. 4º Aplica-se o disposto no caput do art. 18 do Decreto nº 84.669, de 29 de abril de 1980, aos servidores em exercício na Corregedoria-Geral e nos seus Escritórios e aos designados para integrar comissão de processo administrativo disciplinar de que trata o art. 149 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no interstício em que ocorrer a designação.*

*Decreto nº 84.669, de 1980 - Art 6º O interstício para a progressão horizontal será de 12 (doze) meses, para os avaliados com o Conceito 1, e de 18 (dezoito) meses, para os avaliados com o Conceito 2.*

*Art. 7º Para efeito de progressão vertical, o interstício será de 12 (doze) meses.*

*Art 18. Independentemente de avaliação, será atribuído o Conceito 1 aos servidores:*

Apresentadas as cláusulas concedidas aos servidores integrantes do sistema correcional, com destaque para a possibilidade de saída para demais unidades da RFB, cumpre agora abordar o deslocamento no sentido oposto, qual seja, as formas de ingresso de servidores na Coger ou em algum Escor, por remoção a pedido ou de ofício.

Antes de descrever como as espécies legais de remoção se refletem no ingresso no sistema correcional da RFB, é imprescindível apresentar uma ferramenta gerencial que figura como o principal instrumento para, de forma continuada, suprir o necessário quadro de lotação da Coger e dos Escor. Trata-se do Painel de Intenção de Atuação Profissional (Piap), cujo alcance é tamanho que se aplica a toda espécie de remoção com que se cogita deslocar

um servidor para a Corregedoria e contempla não apenas os integrantes da Carreira TARFB mas sim todo o quadro funcional da RFB.

O Piap foi instituído pela Portaria RFB nº 914, de 12 de abril de 2012, e regulamentado pela Portaria Cogep nº 322, de 27 de junho de 2012, e figura como um espaço virtual apropriado no âmbito do Sistema de Apoio às Atividades Administrativas (SA3) no qual os servidores interessados em integrarem o quadro funcional do sistema correcional devem manifestar esta sua intenção de atuação naquele processo de trabalho, autoavaliando seus grau de interesse, conhecimentos, habilidades e atitudes nos desdobramentos das diferentes linhas de competência da atuação correcional.

Quebrando a sequência cronológica da exposição da normatização do tema, impõe-se desde logo mencionar que a Portaria RFB nº 2.588, de 18 de agosto de 2017, veio posteriormente aperfeiçoar e estabelecer, em seus arts. 4º a 6º, que tal inscrição no Piap, pelos servidores interessados em remoção, é pré-requisito para que, após terem analisadas e ponderadas suas autoavaliações e demais informações porventura solicitadas, sejam aqueles de perfil profissional interessante indicados pelo Corregedor ao Secretário da Receita Federal do Brasil. Não tendo a norma delimitado a espécie de remoção a ser aplicada a cada caso, pode-se então considerar a inscrição no Piap como uma condição comum e geral para remoções de ofício e para as duas espécies de remoção a pedido - na verdade, para movimentações não apenas para as unidades da Corregedoria mas também para as unidades do processo de trabalho de pesquisa e investigação, a cargo da Coordenação-Geral de Pesquisa e de Investigação (Copei) e de seus Escritórios (Espei).

*Portaria RFB nº 2.588, de 2017 - Art. 4º O servidor interessado em atuar nas unidades de Corregedoria ou de Pesquisa e Investigação deve estar inscrito no Painel de Intenção de Atuação Profissional (PIAP), de que trata a Portaria RFB nº 914, de 12 de abril de 2012, nos processos de trabalho “Desenvolver a Integridade Funcional” e/ou “Realizar Ações de Pesquisa e Investigação”, respectivamente.*

*Parágrafo único. O registro da intenção de atuação profissional do servidor no PIAP é voluntário, vincula-o às regras previstas nesta Portaria e na Portaria RFB nº 914, de 2012, e não implica a geração de direito para o inscrito ou de obrigação por parte da Administração.*

*Art. 5º A indicação de servidor para exercício nas unidades de Corregedoria e de Pesquisa e Investigação compete, respectivamente, ao Corregedor da RFB e ao Coordenador-Geral de Pesquisa e Investigação.*

*Art. 6º Para fins de melhor qualificação do perfil profissiográfico do servidor, é facultada a complementação de informações, adicionalmente àquelas disponibilizadas no PIAP, mediante o preenchimento de questionário.*

*Parágrafo único. Compete ao Secretário da Receita Federal do Brasil autorizar, a qualquer tempo, mediante solicitação fundamentada das autoridades a que se refere o art. 5º, os procedimentos de que trata o caput, inclusive a realização de entrevista e/ou evento de capacitação específica.*

Ademais, ainda no patamar de comandos abrangentes para qualquer modalidade de remoção, o art. 3º da Portaria RFB nº 2.588, de 2017, restringe subjetivamente os agentes que podem ser removidos para o sistema correcional. No sentido contrário da leitura, veda-se a remoção para servidores ainda em estágio probatório (por ser a estabilidade um indicativo seguro da necessária autonomia de atuação) e, de forma bastante óbvia, para servidores que estejam respondendo a processo disciplinar ou a ação penal ou que tenham sido processados e condenados em instância administrativa ou penal nos últimos cinco anos, ressalvando que estas repercussões penais se limitam a crimes decorrentes do desempenho do cargo.

*Portaria RFB nº 2.588, de 2017 - Art. 3º Poderá ter exercício nas unidades de Corregedoria ou de Pesquisa e Investigação o servidor lotado e em exercício na RFB que:*

*I - tenha sido aprovado em estágio probatório;*

*II - não tenha, nos últimos 5 (cinco) anos, sido condenado em processo administrativo, tido registro de penalidade administrativa, ou sofrido condenação ou penalidade criminal em decorrência do exercício do cargo ou função pública; e*

*III - não esteja respondendo a processo administrativo disciplinar ou a processo criminal em decorrência do exercício do cargo ou função pública.*

A partir daí, a Portaria RFB nº 2.588, de 2017, nos seus arts. 7º a 9º, desdobra então o disciplinamento da indicação de servidores a serem removidos ao Secretário da Receita Federal do Brasil em função de duas possibilidades. Se o sistema correcional precisa de uma complementação mais ampla e abrangente de seu quadro funcional próprio, a ser suprida com processo seletivo interno (de remoções em geral em grupo e de ofício, mas sem prejuízo de determinado certame estabelecer que sejam a pedido), deve o Corregedor informar o quantitativo necessário de pessoal e, quando autorizado, deve priorizar as indicações de servidores que tenham exercício em unidades dos próprios municípios das unidades de correição a serem contempladas. E se a necessidade de pessoal for mais pontual e individualizada, decorrente da saída de um servidor de alguma unidade correcional, o Corregedor deve indicar outro servidor para reposição em até sessenta dias do desligamento do ex-integrante e que preferencialmente tenha exercício na mesma unidade que recebeu o servidor desligado ou, caso tal prioridade não seja possível, que tenha exercício na mesma Região Fiscal.

*Portaria RFB nº 2.588, de 2017 - Art. 7º Serão indicados para o exercício em unidades de Corregedoria ou de Pesquisa e Investigação, preferencialmente, os servidores que tenham exercício no mesmo município onde se localiza a unidade.*

*Art. 8º Em caso de desligamento de servidor com exercício em unidades de Corregedoria ou de Pesquisa e Investigação, outro servidor deverá ser indicado, no prazo de até 60 (sessenta) dias, contado da data da publicação da portaria de desligamento.*

*Parágrafo único. A indicação de servidores deverá, preferencialmente, recair sobre servidor em exercício na unidade da RFB que receberá o servidor desligado ou, na impossibilidade, na Região Fiscal ou Unidades Centrais, a qual a unidade pertence.*

*Art. 9º A Corregedoria e a Coordenação-Geral de Pesquisa e Investigação informarão ao Gabinete da RFB, previamente à realização de concurso interno de remoção, a quantidade de servidores eventualmente necessária para complementar o quadro funcional de suas unidades.*

Esta segunda forma de indicação para remoção para a Coger ou para os Escor, com o fim de repor um servidor que tenha saído do sistema, vem aqui reestabelecer a cronologia da normatização do tema, pois, na verdade, a já mencionada Portaria RFB nº 914, de 2012, ao instituir o Piap, foi editada visando precipuamente à espécie de remoção a pedido a critério da Administração, para alguns processos de trabalho específicos (não só o correcional, mas também o de pesquisa e investigação e alguns outros). A inteligência original da ferramenta gerencial do Piap era apenas de suprir as lacunas pontuais causadas por saídas individuais de servidores das unidades de correição, a fim de evitar a forte descontinuidade configurada no quadro de pessoal que costuma se verificar após o transcurso de três anos de ingresso de relevante quantidade de servidores em mesma data, decorrente de processo seletivo.

Isto abre espaço para detalhar a primeira modalidade de remoção a pedido, de qualquer unidade da RFB para o sistema correcional, lastreada no inciso II do parágrafo único do art. 36 da Lei nº 8.112, de 1990, já reproduzido no início do presente tópico, qual seja, a critério da Administração.

Na sistemática instituída com o Piap e incluída no inciso XIII do *caput* do art. 3º da Portaria RFB nº 3.300, de 2011, além de os servidores terem obviamente de manifestar seu interesse em atuarem no processo de trabalho correcional, também lhes incumbe informar

seus dados pessoais, curriculares e profissionais e indicar sua intenção de movimentação a pedido para determinada(s) localidade(s), no Banco de Talentos (BT) e no Painel de Intenções de Mobilidade (PIM), todos no ambiente do sistema SA3, e precisam ser avaliados e selecionados pelo gestor da respectiva área de atuação indicada (o Corregedor, no foco de interesse presente). De acordo com a mera literalidade normatizada na Portaria RFB nº 914, de 2012, e na Portaria nº 322, de 2012, o Corregedor deveria encaminhar os nomes dos servidores selecionados e as respectivas exposições de motivos justificadoras das remoções à Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep), a qual, após analisar o material recebido, deveria submeter mensalmente os pedidos ao Secretário da Receita Federal do Brasil, a fim de serem autorizadas as remoções a pedido.

*Portaria RFB nº 3.300, de 2011 - Art. 3º A remoção a pedido, prevista no inciso II do § 1º do art. 1º ocorrerá, no âmbito da RFB, de acordo com os seguintes critérios:*

*XIII - servidor requer remoção ou alteração de exercício para atuação em processo de trabalho específico, de acordo com as regras estabelecidas na Portaria RFB nº 914, de 12 de abril de 2012, a qual instituiu o Painel de Intenção de Atuação Profissional (PIAP) no âmbito da RFB. (Incluído pela Portaria RFB nº 915, de 12 de abril de 2012)*

*Portaria RFB nº 914, de 2012 - Art. 1º Instituir o Painel de Intenção de Atuação Profissional (PIAP), no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), instrumento de gestão e desenvolvimento profissional dos servidores lotados na Receita Federal do Brasil, pelo qual os servidores manifestam interesse em atuar em processos de trabalho específicos do órgão. (Redação dada pela Portaria RFB nº 1.183, de 26 de junho de 2012)*

*Art. 2º O servidor poderá optar por um ou mais processos de trabalho de interesse, estabelecendo, nesta hipótese, priorização entre os itens selecionados.*

*Art. 3º As informações constantes no PIAP, no Banco de Talentos (BT) e no Painel de Intenção de Mobilidade (PIM) fundamentarão o requerimento de atuação em processo de trabalho pelo servidor e subsidiarão a análise do pleito pela Administração, de forma a assegurar o melhor aproveitamento das competências frente às demandas dos processos de trabalho. (Redação dada pela Portaria RFB nº 1.183, de 2012)*

*Art. 4º O servidor interessado em dedicar-se a um processo de trabalho específico formalizará processo, a ser encaminhado à Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep), instruído com os documentos abaixo discriminados:*

*I - Requerimento de Atuação em Processo de Trabalho (Anexo I);*

*II - Termo de Responsabilidade (Anexo II), assinado pelo servidor, informando:*

*III - Termo de Anuência (Anexo III), previamente expedido e assinado pela Cogep e pelo gestor do processo de trabalho de interesse, com indicação da necessidade de: (Redação dada pela Portaria RFB nº 1.183, de 2012)*

*a) remoção, com fundamento no art. 36, inciso II da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e no inciso XIII, artigo 3º da Portaria RFB nº 3.300 de 29 de agosto de 2011;*

*IV - Requerimento de Remoção/Alteração de Exercício (Anexo IV), nas hipóteses das alíneas "a" e "b" do inciso anterior.*

*§ 2º Analisados os requisitos de instrução processual, a Cogep submeterá o processo à apreciação do Secretário da Receita Federal do Brasil.*

*§ 5º Para fins do disposto nesta Portaria, consideram-se gestores de processo de trabalho os Subsecretários, os Superintendentes Regionais, o Corregedor-Geral, os Coordenadores-Gerais e Especiais e aqueles a quem tenha sido delegada referida atribuição, relativamente aos processos de trabalho sob sua responsabilidade. (Incluído pela Portaria RFB nº 1.183, de 2012)*

*Portaria Cogep nº 322, de 2012 - Art. 3º Com base na manifestação dos servidores no PIAP e na adequação aos processos de trabalho, o gestor*

*providenciará o preenchimento do Anexo III, constante da Portaria RFB nº 914/2012, acompanhado de exposição de motivos com subsídios técnicos, consignando de forma expressa os seguintes elementos:*

- a) atividades a serem desempenhadas pelo servidor;*
- b) especificação do perfil de competências para atuação no processo de trabalho;*
- c) retorno esperado com a atuação do servidor relativamente às metas da unidade e aos objetivos estratégicos da RFB;*
- d) ganhos adicionais esperados para a RFB, nos casos que envolverem deslocamento de servidor pertencente a unidade com grau de lotação inferior ao da unidade pretendida, no respectivo cargo;*
- e) indicação de alteração de exercício a pedido, designação para Trabalho Remoto ou remoção a pedido, conforme o caso; e*
- f) outras informações consideradas relevantes.*

*Parágrafo único. A exposição de motivos de que trata o caput, bem como outras informações de caráter quantitativo e qualitativo relacionadas à unidade de origem do servidor serão objeto de análise pela Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep), que poderá solicitar ao gestor de processo de trabalho dados adicionais para melhor embasamento do pleito do servidor.*

*Art. 4º Os pedidos apresentados pelos gestores de processo de trabalho, na forma do artigo 3º desta Portaria, serão submetidos mensalmente à apreciação do Secretário da Receita Federal do Brasil.*

*Parágrafo único. A Cogep dará ciência aos gestores de processo de trabalho quanto ao prosseguimento dos pedidos e, conforme o caso, enviará o Anexo III devidamente assinado para encaminhamento ao servidor.*

Percebe-se que, no rigor das normas, a remoção de servidor de qualquer unidade da RFB para a Cogep ou para algum Escor sequer dependeria da anuência das chefias das unidades de origem, o que levou a, na prática, se operar uma informal harmonização de interesses dos processos de trabalho (em especial, o correccional) contemplados com a ferramenta do Piap e dos demais processos de trabalho da RFB, mitigando-se o extenso poder *a priori* concedido ao gestor solicitante de pessoal. E foram justamente os desajustes e os entraves observados nesta sistemática introduzida pela Portaria RFB nº 914, de 2012, e pela Portaria Cogep nº 322, de 2012, que levaram à edição posterior da já mencionada Portaria RFB nº 2.588, de 2017, por meio da qual se buscou aperfeiçoar o sistema, positivando a praxe mais harmoniosa que, na prática, vinha sendo exercitada pelas unidades solicitantes e solicitadas.

Importante destacar que, embora a Portaria RFB nº 2.588, de 2017, tenha centrado suas previsões nas possibilidades de ingressos de servidores no sistema correccional advindos de processo seletivo ou de reposição de saída individualizada nos moldes originais da instituição do Piap, a norma, destacadamente em seu art. 10, não vedou as demais formas previstas em lei de remoção para a Cogep ou para os Escor, conforme se detalha a seguir.

*Portaria RFB nº 2.588, de 2017 - Art. 10. O disposto nesta Portaria não exclui outras possibilidades que, excepcionalmente, se façam necessárias, para o ingresso de servidores nas unidades de Corregedoria e de Pesquisa e Investigação, mediante autorização do Secretário da Receita Federal do Brasil.*

Neste rumo, a segunda modalidade de servidor ser removido de qualquer unidade da RFB para o sistema correccional se dá por meio de remoção de ofício, prevista no inciso I do parágrafo único do art. 36 da Lei nº 8.112, de 1990, já reproduzido no início do presente tópico. Esta modalidade de remoção contempla deslocamentos no interesse da Administração, disciplinados no âmbito da RFB pelo art. 2º da Portaria RFB nº 3.300, de 2011, destacadamente em seus incisos I (em que pode se fundamentar processo seletivo interno, já que todo sistema correccional é tido como unidade central), III (para ingresso de servidor nomeado ou designado para ocupar função gratificada ou cargo em comissão), V (para ingresso de servidor que se desloque no âmbito do mesmo município, sem ônus) e VII (este

específico para o Nucor de Manaus).

*Portaria RFB nº 3.300, de 2011 - Art. 2º A remoção de ofício ocorrerá, no interesse da Administração, especialmente nos seguintes casos:*

*I - para as Unidades Centrais, localizadas em Brasília ou em suas subunidades situadas em municípios listados em Anexo específico do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e para as unidades que se localizam em municípios de fronteira; (Redação dada pela Portaria RFB nº 915, de 2012)*

*III - nomeação ou exoneração de cargos de Direção e Assessoramento Superior (DAS) e designação ou dispensa de Função Gratificada (FG), em outra unidade, de chefia e assessoramento da Secretaria da Receita Federal do Brasil;*

*V - remoção que envolva unidades situadas no mesmo Município;*

*VII - deslocamento de Brasília para outros municípios onde estejam localizadas subunidades das Unidades Centrais, sem lotação própria, conforme disposto no Regimento Interno, sendo nestes casos a lotação fixada na respectiva Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil, exceto nos casos dos Núcleos de Pesquisa e Investigação e Núcleos de Corregedoria, em que a lotação será fixada nos Escritórios das respectivas Regiões Fiscais.*

Por fim, cumpre ainda mencionar a possibilidade de servidor ser removido de qualquer unidade da RFB para unidade de Corregedoria por intermédio de remoção a pedido independentemente do interesse da Administração, prevista no inciso III do parágrafo único do art. 36 da Lei nº 8.112, de 1990, já reproduzido no início do presente tópico. Nada impede que, premido por deslocamento do cônjuge ou do companheiro também servidor e que foi deslocado de ofício ou por motivo de saúde própria, de cônjuge, companheiro ou dependente, o servidor pleiteie ser removido para unidade correcional que atenda aquela necessidade de sua vida pessoal. Esta previsão legal encontra reflexo no art. 4º da Portaria RFB nº 3.300, de 2011, destacadamente em seus incisos I e II, já que o inciso III, referente a concurso de remoção interna, não é usualmente utilizado como forma de ingresso na Corregedoria (a classificação em concurso de remoção depende apenas de manifestação de vontade do servidor e de sua pontuação, o que não atende as especificidades do trabalho correcional, requeredoras de avaliação do perfil profissional do candidato).

*Portaria RFB nº 3.300, de 2011 - Art. 4º A remoção a pedido, independentemente do interesse da Administração, ocorrerá exclusivamente nos seguintes casos:*

*I - para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração;*

*II - por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial;*

*III - na hipótese do Concurso de Remoção disciplinado em portaria específica.*

## **2.2.2 - Os Dispositivos Regimentais da Corregedoria e suas Áreas de Atuação**

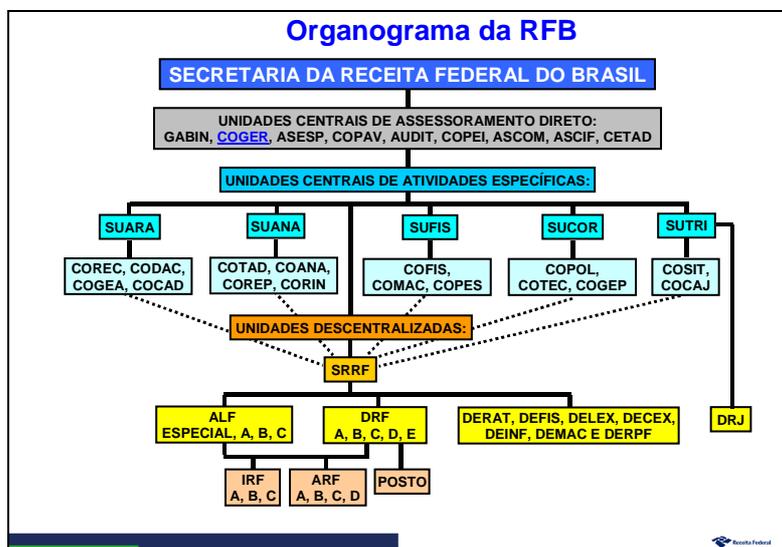
### **2.2.2.1 - A Estrutura, a Hierarquia e as Competências Regimentais e Delegadas da Corregedoria**

Em complemento ao relato histórico iniciado em 2.2.1.1, refletindo o Decreto nº 2.331, de 1º de outubro de 1997, a partir de 1998, o Regimento Interno da então Secretaria da Receita Federal (SRF), à época aprovado pela Portaria MF nº 227, de 3 de setembro de 1998, passou a contemplar a Corregedoria (Coger) e os Escritórios de Corregedoria (Escor) como

unidades do órgão, o que segue até os dias atuais. Embora atuem em matéria distinta da atividade-fim institucional (qual seja, da fiscalização e da arrecadação tributária), a Coger e os Escor compõem e integram a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e, mesmo sendo autônomos e independentes em sua atuação, não são estranhos ou externos ao órgão.

O sistema correcional, em razão da natureza peculiar de suas competências, tem uma atuação bastante específica, podendo-se dizer, figuradamente, que é um sistema “transversal” à estrutura orgânica da RFB. Isto equivale a ponderar que, tanto à época em que se chamavam, de forma estanque, de sistemas as diferentes linhas de atuação, quanto na atual visão mais dinâmica que as chama de macroprocessos de trabalho (que se subdividem em inúmeros processos de trabalho), o sistema correcional possui competências regimentais que não se refletem, não se executam e não se encerram “verticalmente”, como é o comum das demais áreas de atuação, que, em descrição muito sintética, se irradiam de cima para baixo, da unidade central para as respectivas projeções regionais e locais. Diferentemente desta visão estanque e verticalizada, o sistema correcional, de forma peculiar, “corta” em linha transversal a estrutura e o desenho regimental da RFB, comunicando-se com todos os macroprocessos de trabalho internos, importando afirmar que nenhuma outra estrutura do órgão se posiciona imune ou à margem da atuação correcional.

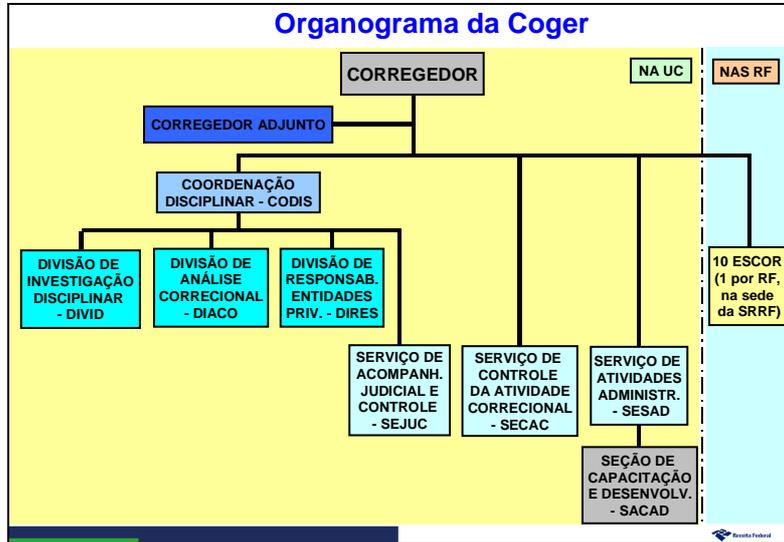
Desde a já mencionada norma regimental subsequente à sua criação até o atual Regimento Interno da RFB (aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012), organicamente, a Coger mantém o *status* - concedido desde a época da criação da Coordenação-Geral de Auditoria e Correição (Coauc) - de unidade central de assessoramento direto do Secretário da Receita Federal do Brasil. A posição regimental ocupada pela Coger não lhe retira sua independência técnica e sua autonomia de ação, nos limites de sua competência correcional, pois, do contrário, cogitar de um sistema correcional com atuação tutelada seria o mesmo que cogitar de uma pantomima.



Na estrutura regimental interna, no que se refere à área técnica especificamente, a Coger conta com uma Coordenação Disciplinar (Codis) - na qual se destacam duas divisões, a Divisão de Investigação Disciplinar (Divid) e a Divisão de Análise Correcional (Diac), que tiveram seus embriões nas duas Divisões similares existentes ao tempo da Coauc - e com seus dez Escor, um para cada Região Fiscal (RF), situado no município em que se sedia a respectiva Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil (SRRF). Há ainda a peculiaridade de, por questões geográficas da 2ª Região Fiscal, desde o Regimento Interno da RFB aprovado pela Portaria MF nº 95, de 30 de abril de 2007, o sistema correcional contar com um Núcleo de Corregedoria (Nucor em Manaus).

Nas áreas de apoio à execução de suas matérias-fim, a Coger conta com dois Serviços, uma Divisão e uma Seção, a saber, o Serviço de Acompanhamento Judicial e Controle

(Sejuc), subordinado à Codis, e subordinado diretamente ao Corregedor, o Serviço de Atividades Auxiliares (Seaux). Consta ainda do atual Regimento Interno da RFB, também subordinada diretamente ao Corregedor, a Divisão de Controle da Atividade Correcional (Dicac), à qual se subordina a Seção de Capacitação e Desenvolvimento (Sacad). As competências de cada uma destas subdivisões orgânicas da Coger serão abordadas em 2.2.2.2.2.



Quanto à hierarquia interna, reitera-se que o Corregedor é imediata e diretamente subordinado ao Secretário da Receita Federal do Brasil. Já os Chefes de Escor e o Chefe do Nucor em Manaus são diretamente subordinados apenas ao Corregedor (a mero título de informação, lembre-se que, quando da já mencionada criação do Nucor, a norma regimental de então o posicionava subordinado ao Escor na 2ª RF - Escor02; todavia, alteração regimental promovida pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013, passou a subordiná-lo diretamente ao Corregedor). Apesar das idênticas jurisdições geográficas, os Chefes de Escor e do Nucor não se sujeitam a qualquer vinculação técnica ou subordinação hierárquica e funcional em relação aos respectivos Superintendentes da Receita Federal do Brasil - sem prejuízo da profícua relação de parceria, na busca dos mesmos objetivos institucionais de interesse público, e da utilização das respectivas projeções regionais da alçada da Subsecretaria de Gestão Corporativa (Sucor), nas Divisões de Programação e Logística, de Gestão de Pessoas e de Tecnologia da Informação (SRRF/Dipol, SRRF/Digep e SRRF/Ditec), pois as unidades correcionais não possuem tais projeções internas. Os servidores lotados e em exercício na Coger têm sua linha de hierarquia iniciada na subordinação ao respectivo Chefe de Seção, de Serviço ou de Divisão e/ou ao Coordenador Disciplinar e/ou ao Corregedor; os servidores lotados e em exercício nos Escor ou no Nucor têm sua linha de hierarquia iniciada na subordinação ao respectivo Chefe de Escor ou ao Chefe do Nucor, e depois ao Corregedor. Obviamente, por fim, todas as autoridades e todos os servidores do sistema correcional estão sob a subordinação hierárquica ao Secretário da Receita Federal do Brasil.

Acrescente-se que, como titulares das respectivas unidades dotadas de lotações próprias, cabe ao Corregedor, originariamente por força dos incisos VIII e IX do art. 285 e do inciso VIII do art. 312, ambos do Regimento Interno da RFB, e aos Chefes de Escor, por delegação concedida por meio da Portaria Coger nº 108, de 16 de dezembro de 2009, aplicar a legislação de pessoal, proceder a avaliações porventura exigidas em norma, decidir sobre eventos de capacitação, determinar registros de ocorrências funcionais e atuarem em demais aspectos atinentes à gestão de pessoas no que diz respeito aos servidores lotados na Coger e nos respectivos Escor e que lhes são respectivamente subordinados (controle de frequência, férias, licenças, etc), cabendo ainda ao Chefe de Escor propor e ao Corregedor, como ordenador de despesas, nos termos do § 1º do art. 80 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, decidir as questões referentes a deslocamentos, diárias e passagens para os

integrantes do sistema correcional.

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 285. Ao Corregedor incumbe, sem prejuízo das atribuições do Secretário da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013*

*VIII - autorizar viagens a serviço, relacionadas às atividades de interesse da Corregedoria; e (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 11 de dezembro de 2014)*

*IX - praticar os atos de gestão dos recursos orçamentários e financeiros destinados ao pagamento de diárias e passagens, nos deslocamentos de servidores e colaboradores eventuais no interesse da Coger. (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*Art. 312. Ao Chefe de Assessoria, ao Coordenador-Geral, ao Coordenador Especial e ao Corregedor incumbe, em sua área de competência: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2013)*

*VIII - alocar os servidores subordinados, dar-lhes exercício e aplicar-lhes a legislação de pessoal, inclusive no interesse da ética e disciplina funcionais;*

*Portaria Coger nº 108, de 2009 - Art. 1º Delegar competência aos Chefes de Escritório de Corregedoria e ao Chefe do Núcleo de Corregedoria da Corregedoria-Geral da Secretaria da Receita Federal do Brasil para alocar os servidores subordinados, dar-lhes exercício e aplicar-lhes a legislação de pessoal, inclusive no interesse da ética e disciplinas funcionais.*

Diferentemente do ocupante do cargo de Corregedor (que ocupa cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - código DAS-101.5.4), que tem a especificidade de exercer mandato por nomeação do Ministro de Estado da Fazenda, os demais ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança na Coger são de livre nomeação e exoneração a cargo de autoridades superiores, que variam caso a caso, conforme as Portarias MF nº 392 e nº 393, ambas de 14 de julho de 2009. Compete ao Secretário-Executivo e ao Secretário-Executivo Adjunto do Ministério da Fazenda (MF) designar e dispensar o substituto eventual do Corregedor (instituto previsto no art. 38 da Lei nº 8.112, de 1990) e nomear e exonerar o titular do cargo de Corregedor Adjunto (ocupante de cargo em comissão código DAS-101.3), embora exerça um cargo em confiança do Corregedor e seja por este indicado. Ressalte-se não se deve confundir o cargo de Corregedor Adjunto com o substituto eventual do Corregedor; embora ambos múnus recaiam sobre o Corregedor Adjunto, por força do art. 268 do Regimento Interno da RFB, enquanto o exercício destas competências é diuturno, na competência própria de assistir ao Corregedor, o Corregedor Adjunto acumula também as competências específicas do Corregedor apenas nas ausências e impedimentos deste. E compete ao Corregedor designar e dispensar o substituto eventual do Corregedor Adjunto, bem como nomear e exonerar os titulares e designar e dispensar os substitutos eventuais da Coordenação Disciplinar (ocupante de cargo em comissão código DAS-101.3), das Divisões da Coger (ocupantes de cargo em comissão código DAS-101.2), dos Escor (ocupantes de cargo em comissão código DAS-101.2), dos Serviços da Coger (ocupantes de cargo em comissão código DAS-101.1), do Nucor (ocupante de cargo em comissão código DAS-101.1) e designar e dispensar o titular e o substituto eventual da Seção da Coger (ocupante de Função Gratificada - código FG-1). A distribuição de cargos em comissão e de funções gratificadas no âmbito do MF se encontra no Decreto nº 9.003, de 13 de março de 2017.

*Portaria MF nº 393, de 2009 - Art. 1º Fica subdelegada competência:*

*III - ao Secretário Executivo e ao Secretário Executivo Adjunto para praticarem atos de nomeação e exoneração de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores, código DAS 101, nível 3, de Corregedor-Geral Adjunto, no âmbito da Corregedoria-Geral da Receita Federal do Brasil; (com a redação dada pela Portaria MF nº 143, de 8 de maio de 2012)*

*VII - ao Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil, para praticar atos de nomeação e exoneração de cargos em comissão do Grupo Direção e Assessoramento Superiores, código DAS 101, níveis 1 a 3 e das Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE de mesmo nível, exceto o cargo de Corregedor Adjunto, e designação e dispensa das Funções Gratificadas - FG, no âmbito da Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil; (Redação dada pela Portaria MF nº 100, de 28 de março de 2017)*

*Portaria MF nº 392, de 2009 - Art. 1º Fica delegada competência:*

*II - ao Secretário Executivo e ao Secretário Executivo Adjunto para, no âmbito do Ministério, praticarem atos de designação e dispensa de substitutos eventuais, relativamente aos cargos em comissão do Grupo Direção e Assessoramento Superiores, código DAS 101, nível 4, e às Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE, nível 4; (Redação dada pela Portaria MF nº 100, de 2017)*

*XIII - ao Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil, para praticar atos de designação e dispensa de substitutos eventuais relativamente aos cargos em comissão do Grupo Direção e Assessoramento Superiores, código DAS 101, níveis 1 a 3, às Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE de mesmo nível e às Funções Gratificadas - FG, no âmbito da Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil; (Redação dada pela Portaria MF nº 100, de 2017)*

Mencione-se ainda que, no caso excepcional e jamais recomendado de estarem ausentes tanto o titular quanto o substituto eventual de unidades do sistema correcional, o instrumento que residualmente resta aceitável para solucionar a lacuna é o instituto da delegação de competência, previsto no art. 11 do Decreto-Lei nº 200, de 1967, e nos arts. 12 a 14 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regula a processualística no âmbito da Administração Pública federal), conforme manifestação do então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), por meio da Coordenação-Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação de Normas, inserida na Secretaria de Recursos Humanos (MPOG/SRH/Denop/CGNOR), estampada na Nota Técnica CGNOR/Denop/SRH/MPOG nº 253/2011, adotada internamente pela Portaria Coger nº 40, de 5 de julho de 2012.

Esta delegação de competência deve ao máximo ser evitada, mas, quando insuperável, deve se restringir ao período da excepcional ausência simultânea do titular e do substituto eventual e preferencialmente a atos corriqueiros da manutenção do funcionamento da unidade. Não obstante, no caso do sistema correcional, não há como se cogitar de, na excepcional ausência dos titulares, não se delegar as competências exclusivas, tais como instaurar procedimentos, designar ou reconduzir comissões e equipes ou prorrogar seus prazos, bem como convocar servidores, autorizar viagens a serviço, provocar instância fiscal, declarar nulidade processual, julgar e aplicar penalidades e decidir recursos. Atente-se que esta lista de delegação sintetiza as competências exclusivas do Corregedor e dos Chefes de Escor, respectivamente previstas nos arts. 285 e 287 do Regimento Interno da RFB. As competências conjuntas (não exclusivas) se leem nos respectivos arts. 312 e 313 do Regimento Interno da RFB e nada mais são que as competências para a prática de atos meramente de expediente e da administração da Corregedoria ou do Escor e que não podem ser adiados e ainda mais facilmente se defende a possibilidade de sua delegação nas situações atipicamente emergenciais.

Havendo a indesejada coincidência de ausência do titular e do substituto no âmbito da Coger, cabe ao Corregedor delegar competência; se o fato se der no âmbito do Escor (ou do Nucor), o mesmo cabe ao respectivo Chefe. E uma vez que as competências em questão são regimentais e o Regimento Interno da RFB é publicado em Diário Oficial da União (DOU), convém que a portaria de delegação também seja publicada no mesmo veículo oficial.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão,*

*se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.*

*Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.*

*Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:*

*I - a edição de atos de caráter normativo;*

*II - a decisão de recursos administrativos;*

*III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.*

*Art. 14. O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial.*

*§ 1º O ato de delegação especificará as matérias e poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada.*

*§ 2º O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante.*

*§ 3º As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.*

Nestes termos, informe-se que, por meio da Portaria Coger nº 133, de 26 de novembro de 2015, o Corregedor delegou competência ao Coordenador Disciplinar e a seu substituto eventual, para, nos afastamentos e impedimentos do Corregedor e do Corregedor Adjunto, praticarem todos os atos de que trata o art. 285 do Regimento Interno da RFB.

*Portaria Coger nº 133, de 2015 - Art. 1º Delegar competência ao Coordenador Disciplinar e seu Substituto para nos afastamentos e impedimentos do Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil e do Corregedor Adjunto, praticar os atos que tratam o artigo 285 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012.*

A tabela a seguir sintetiza as informações acima prestadas acerca das autoridades competentes para nomeações e exonerações de cargos em comissão códigos DAS e para designações e dispensas de funções gratificadas (FG) da Coger.

Cargo	DAS/FG código	Nomeação e exoneração (para DAS) e designação e dispensa (para FG e substitutos eventuais)		
		Titular	Substituto eventual	Na excepcional ausência simultânea de titular e substituto
Corregedor	DAS-101.4	Ministro de Estado da Fazenda (Decreto 9.003/17, art.26, § 1º)	Secretário-Executivo e Secret.-Execut. Adjunto do MF (Portaria MF 392/09, art. 1º, II)	Corregedor (na Coger) ou Chefe de Escor (no Escor ou Nucor) publica portaria de delegação de competência, com poderes limitados e por tempo determinado (Decreto-Lei nº 220/67, arts. 11 e 12; Lei 9784/09, arts. 12 a 14; Nota Técnica 253/2011/CGNOR/DENOP/SRH/MP; e Portarias Coger nº 51/10 e nº 40/12)
Corregedor Adjunto	DAS-101.3	Secretário-Executivo e Secret.-Execut. Adjunto do MF (Portaria MF 393/09, art. 1º, III, conforme Portaria MF 143/12)	Corregedor (Portaria MF 392/09, art. 1º, XIII, conforme Portaria MF 143/12)	
Coordenador Disciplinar	DAS-101.3	Corregedor (Portaria MF 393/09, art. 1º, VII, conforme Portaria MF 143/12)		
Chefes de Divisão	DAS-101.2			
Chefes de Sejuc e Seaux	DAS-101.1			
Chefe de Sacad	FG-1			
Chefes de Escor	DAS-101.2			
Chefe do Nucor	DAS-101.1			

Nos termos do *caput* e o § 2º do art. 3º e o Anexo I, ambos do Regimento Interno da RFB, não só a Coger mas também os Escor e o Nucor são unidades centrais, não obstante, com exceção do Escor na 1ª RF (Escor01), situarem-se fora de Brasília. De acordo ainda com estes dispositivos regimentais, a Coger e os Escor possuem lotação própria; já o Nucor em Manaus não possui lotação própria, tendo servidores apenas em exercício nesta unidade, pois a lotação é do Escor02.

Conforme estabelecem o parágrafo único do art. 1º, o § 1º do art. 3º e o Anexo XIII, todos do Regimento Interno da RFB, a Coger jurisdiciona em todo o território nacional o seu

processo de trabalho específico, que juntamente com outros processos de trabalho associados à ética, à gestão de riscos e à auditoria interna, integram o macroprocesso de trabalho voltado ao controle interno.

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 1º*

*Parágrafo único. No exercício das suas atribuições a RFB atuará de forma sistêmica e orientada aos processos de trabalho. (Incluído pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

*Art. 3º As Unidades Centrais (UC) são localizadas em Brasília - DF, exceto as constantes do Anexo I. (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2013)*

*§ 1º As Subsecretarias e as unidades de assessoramento direto, subordinadas diretamente ao Secretário da Receita Federal do Brasil, jurisdicionam em todo o território nacional os respectivos processos de trabalho constantes do Anexo XIII. (Incluído pela Portaria MF nº 512, de 2013)*

*§ 2º As Unidades Centrais constantes do Anexo I têm lotação própria, exceto o Núcleo de Corregedoria - Nucor, a Seção Especial de Pesquisa e Investigação - Sapei, a Seção de Estatísticas de Comércio Exterior e de Aplicação de Regimes Tributários - Sarex, a Seção de Pesquisa e Seleção - Sapes e a Seção de Análise Merceológica - Saama, cujas lotações são das unidades subordinantes. (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2013)*

A denominação destes processos de trabalho e do macroprocesso de trabalho foram atualizados, em comparação à literalidade do Regimento Interno da RFB, pela Portaria RFB nº 38, de 11 de janeiro de 2016, que estabelece o inventário de competências do órgão. A atual cadeia de valores institucional define o macroprocesso de trabalho como “Gestão da Conformidade Institucional”, que engloba o processo de trabalho de interesse direto do sistema correcional, intitulado “Desenvolver a Integridade Funcional”, ao lado dos processos de trabalho intitulados “Promover a Ética Institucional”, “Gerir Riscos Institucionais” e “Realizar Auditoria Interna”.

O Corregedor é regimentalmente competente para investigar ou processar até os Chefes de Gabinete e de Assessorias do Secretário da Receita Federal do Brasil, estando fora de sua alçada os ocupantes de cargo de natureza especial de Secretário (por força da alínea “b” do inciso II do art. 8º do Decreto nº 9.003, de 13 de março de 2017, e do inciso IV do art. 7º da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do MF, por ser titular do órgão) e de cargos em comissão de Secretário Adjunto da Receita Federal do Brasil, Subsecretários, Corregedor e o Corregedor Adjunto (por força do inciso III do art. 7º da Portaria MF nº 492, de 2013, já que aqueles dois primeiros ocupam cargo em comissão código DAS-101.5, superiores ao do Corregedor, que ocupa cargo em comissão código DAS-101.4), enquanto os Chefes de Escor, como regra e em apertada síntese, são regimentalmente competentes para investigar ou processar qualquer servidor ou autoridade local ou regional, estando fora de suas alçadas os ocupantes de cargos em comissão de Superintendente e de Superintendente Adjunto da Receita Federal do Brasil. Todas estas exclusões nas competências do Corregedor e dos Chefes de Escor estendem-se aos ocupantes daqueles cargos em comissão tanto ao tempo do cometimento do fato quanto ao tempo da decisão de instaurar o rito disciplinar e aos respectivos substitutos eventuais por atos cometidos no exercício interino de tais funções (o instituto da substituição eventual está previsto no art. 38 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990). Informe-se ainda que, em leitura a *contrario sensu* do art. 288 do Regimento Interno da RFB, o Chefe do Nucor não possui competência para instaurar investigações ou processos disciplinares contra quem quer que seja, estando tal poder a cargo apenas do Chefe do Escor02. incumbindo-lhe apenas auxiliar o respectivo Escor02 no exercício de suas competências.

Ainda prosseguindo na regulamentação dos dispositivos do Decreto de criação, importa sintetizar que, de acordo com o atual Regimento Interno da RFB, destacadamente em seus arts. 18, 24, 285 e 287, a competência para matéria disciplinar concentra-se, exclusivamente, no Corregedor e nos Chefes de Escor, falecendo qualquer competência nesta

matéria para as demais autoridades do órgão e sendo certo que compete aos Escor, nas respectivas jurisdições regionais, todas as mesmas competências de que a Coger dispõe em âmbito nacional.

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 18. À Corregedoria - Coger compete: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2013)*

*I - supervisionar, coordenar e executar ações de prevenção ao desvio de conduta dos servidores da RFB;*

*II - gerenciar e executar as atividades de investigação disciplinar e demais atividades de correição; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 11 de dezembro de 2014)*

*III - verificar, no interesse da atividade correcional, dados, informações e registros contidos nos sistemas da RFB, bem como qualquer documento constante dos arquivos do órgão;*

*IV - verificar os aspectos disciplinares dos feitos fiscais e de outros procedimentos administrativos;*

*V - examinar e instruir processos administrativos disciplinares e demais expedientes sobre disciplina funcional que devam ser submetidos à apreciação das autoridades competentes;*

*VI - apreciar consultas e manifestar-se sobre matérias relacionadas com a conduta, deveres, proibições e demais temas que versem sobre disciplina funcional;*

*VII - examinar denúncias, representações e demais expedientes que tratem de irregularidades funcionais e promover sua apuração, atendidos os requisitos legais;*

*VIII - acompanhar, avaliar, executar e definir critérios, métodos e procedimentos para as atividades de investigação disciplinar; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*IX - solicitar ou realizar diligências, inclusive fiscais, requisitar informações, processos e documentos necessários ao exame de matéria na área de sua competência;*

*X - acompanhar o andamento de ações judiciais relativas às atividades correicionais e subsidiar os órgãos de defesa da União nas matérias disciplinares relacionadas aos servidores do órgão; e*

*XI - administrar as informações referentes aos feitos administrativo-disciplinares.*

*Parágrafo único. No exercício de suas atribuições compete à Coger instaurar, decidir pelo arquivamento, em sede de juízo de admissibilidade, e conduzir procedimentos correicionais, para apurar irregularidades praticadas no âmbito do órgão. (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*Art. 19. À Coordenação Disciplinar - Codis compete administrar e supervisionar as atividades pertinentes à Divisão de Investigação Disciplinar - Divid, à Divisão de Análise Correcional - Diaco e ao Serviço de Acompanhamento Judicial e Controle - Sejuc. (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*Art. 20. À Divisão de Investigação Disciplinar - Divid competem as atividades relacionadas à investigação disciplinar. (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*Art. 21. À Divisão de Análise Correcional - Diaco competem as atividades relacionadas à disciplina funcional.*

*Art. 22. Ao Serviço de Acompanhamento Judicial e Controle - Sejuc compete:*

*I - planejar, desenvolver, organizar, dirigir e controlar as atividades relacionadas ao acompanhamento judicial no âmbito da Coger; e*

*II - acompanhar, no âmbito judicial, as atividades de interesse da Coger.*

*Art. 23. À Divisão de Controle da Atividade Correcional - Dicac compete:*

*I - controlar as informações referentes aos feitos administrativo-disciplinares;*

*II - assessorar o Corregedor no processo de elaboração, acompanhamento e*

*avaliação do planejamento da unidade; (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2013)*

*III - promover a articulação e a integração do planejamento da Corregedoria ao planejamento institucional; e (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2013)*

*IV - coordenar o processo de levantamento, consolidação e análise dos indicadores de gestão relativos à área de competência da Corregedoria, para fins de avaliação institucional e de resultados. (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2013)*

*Art. 24. Aos Escritórios de Corregedoria - Escor compete, no âmbito de sua jurisdição, as atividades previstas para a Coger.*

*Art. 25. Ao Núcleo de Corregedoria - Nucor compete auxiliar o Escor no exercício de suas competências.*

*Art. 207. Às Seções de Capacitação e Desenvolvimento - Sacad compete elaborar o levantamento de necessidades, a programação, a execução, o acompanhamento e avaliação da programação de eventos de capacitação e desenvolvimento de pessoas na sua área de competência, e assistir a chefia imediata.*

*Art. 208. Ao Serviço de Atividades Auxiliares - Seaux e às Seções de Atividades Auxiliares - Saaux compete executar e controlar as atividades relacionadas com pessoal, apoio administrativo, gestão de documentos, patrimônio e serviços gerais.*

*Parágrafo único. Ao Seaux da Coger e à Saaux da Copei compete, ainda, executar as atividades financeiras e orçamentárias relacionadas com deslocamento de servidores e colaboradores eventuais no interesse das atividades da Coger e Copei, respectivamente.*

*Art. 285. Ao Corregedor incumbe: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2013)*

*I - instaurar ou avocar a instauração de procedimentos correccionais; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*II - julgar e aplicar a penalidade aos servidores lotados ou em exercício na RFB, em sindicâncias ou processos administrativos disciplinares, nos casos de advertência ou de suspensão de até trinta dias; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*III - declarar a nulidade parcial ou total de sindicância ou processo administrativo disciplinar, quando verificada a existência de vícios insanáveis; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*IV - convocar servidor para integrar comissões de sindicância ou de inquérito, ou para integrar equipes de investigação disciplinar; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*V - determinar diligências, inclusive fiscais, requisitar informações, processos e quaisquer documentos necessários à atividade correccional, bem assim determinar a realização de ação fiscal ou propor sua revisão, sempre que o exame de denúncias, representações, processos disciplinares ou outros expedientes relacionados com a disciplina funcional assim recomendar; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*VI - efetuar consulta ou solicitar parecer aos órgãos jurídicos ou técnicos competentes para dirimir dúvidas quanto à interpretação da legislação disciplinar; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*VII - decidir sobre recurso interposto contra decisão exarada pelos Chefes de Escor; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*VIII - autorizar viagens a serviço, relacionadas às atividades de interesse da Corregedoria; e (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*IX - praticar os atos de gestão dos recursos orçamentários e financeiros destinados ao pagamento de diárias e passagens, nos deslocamentos de servidores e colaboradores eventuais no interesse da Coger. (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*§ 1º As atribuições previstas no inciso I do caput não abrangem os atos e fatos*

*praticados pelo Secretário da Receita Federal do Brasil, pelo Secretário-Adjunto da Receita Federal do Brasil, pelos Subsecretários da Receita Federal do Brasil, pelo Corregedor e pelo Corregedor Adjunto, bem como pelos servidores que praticaram atos passíveis de apuração disciplinar nestas qualidades. (Incluído pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*Art. 286. Ao Corregedor Adjunto incumbe assistir o Corregedor no desempenho de suas atribuições, substituindo-o quando das suas ausências e impedimentos. (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2013)*

*Art. 287. Ao Chefe de Escor incumbe, no âmbito de sua competência:*

*I - instaurar e determinar a realização de procedimentos correccionais relativos aos atos e fatos praticados por servidores lotados ou em exercício nas Unidades Descentralizadas e nas Unidades Centrais localizadas na respectiva região fiscal; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*II - julgar e aplicar a penalidade em sindicâncias ou processos administrativos disciplinares, nos casos de advertência ou de suspensão de até trinta dias;*

*III - declarar a nulidade parcial ou total de sindicância ou processo administrativo disciplinar, quando verificada a existência de vícios insanáveis;*

*IV - convocar servidor para integrar comissões de sindicância ou de inquérito, ou para integrar equipes de investigação disciplinar; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*V - determinar diligências, inclusive fiscais, requisitar informações, processos e quaisquer documentos necessários à atividade correccional, bem assim propor a realização de ação fiscal ou propor sua revisão, sempre que o exame de denúncias, representações, processos disciplinares ou outros expedientes relacionados com a disciplina funcional assim recomendar; e*

*VI - autorizar viagens a serviço, relacionadas às atividades de interesse do Escor.*

*§ 1º As atribuições previstas no inciso I do caput deste artigo não abrangem os atos e fatos praticados pelo Superintendente da Receita Federal do Brasil e pelo Superintendente Adjunto da Receita Federal do Brasil, bem como pelos servidores que praticaram atos passíveis de apuração disciplinar nestas qualidades.*

*§ 2º As atribuições previstas no inciso I do caput relativas ao Chefe do Escritório de Corregedoria da 1ª Região Fiscal não abrangem os atos e fatos praticados pelo Secretário da Receita Federal do Brasil, Secretário-Adjunto da Receita Federal do Brasil, Subsecretários da Receita Federal do Brasil, Coordenador-Geral, Corregedor, Corregedor Adjunto, Coordenador Disciplinar, Chefe de Gabinete e Chefes de Assessorias da Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2013)*

*Art. 288. Ao Chefe de Núcleo incumbe:*

*I - coordenar as atividades do Núcleo; e*

*II - requisitar informações, processos ou documentos e requisitar ou realizar diligências necessários ao exame de matéria na área de sua competência.*

Por óbvio, de um lado, a afirmação acima de que as demais autoridades não possuem competência para matéria disciplinar é excepcionada pela residual competência do titular do órgão, o Secretário da Receita Federal do Brasil, em respeito ao princípio da hierarquia, consagrado no art. 15 da Lei nº 9.784, de 1999, para, concorrentemente com o sistema correccional, proceder a arquivamento em fase de admissibilidade ou para instaurar ou determinar instauração ou ainda para avocar para si a instauração ou a tramitação de ritos disciplinares. Destaca-se a ressalva expressa no *caput* do art. 285, de que as competências do Corregedor não prejudicam as competências do Secretário da Receita Federal do Brasil.

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 280. Ao Secretário da Receita Federal do Brasil incumbe:*

*IX - aplicar a legislação de pessoal aos servidores, inclusive no interesse da ética e da disciplina;*

*XXXIII - avocar, a qualquer momento e a seu critério, a decisão de assuntos administrativos de competência da RFB.*

*Art. 285. Ao Corregedor incumbe, sem prejuízo das atribuições do Secretário da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

Mas, de outro lado, é de se asseverar que o ordenamento atual não contempla o Secretário da Receita Federal do Brasil com competência normativa sobre matéria correcional. O art. 4º, o inciso I do art. 22 e o *caput* do art. 23, todos da Portaria MF nº 492, de 2013, conferiram à Corregedoria-Geral do MF (Coger-MF) a competência para editar normas complementares e para editar atos normativos que se façam necessários para a regulamentação das atividades correcionais na Pasta e, ainda com mais ênfase a favor da tese ora defendida, o parágrafo único do art. 23 daquela mesma norma ministerial determinou à RFB a revogação, em trinta dias, de três normas de natureza disciplinar da lavra do Secretário da Receita Federal do Brasil e que se encontravam vigentes à época, a saber, a Portaria RFB nº 136, de 6 de fevereiro de 2013, que dispunha sobre a apuração de irregularidades em geral no âmbito do órgão; a Portaria RFB nº 11.311, de 27 de novembro de 2007, que instituía a investigação patrimonial da época e disciplinava o tratamento a ser dado às auditorias patrimoniais em curso à data de sua edição; e a Portaria RFB nº 11.420, de 21 de dezembro de 2007, que estabelecia a procedimentalização na comunicação de ilícitos tributários detectados no curso de investigação patrimonial. Com isto, extirpadas as dúvidas que o Ministro de Estado da Fazenda estabeleceu a competência normativa a favor apenas da Coger-MF e determinou que normas de foco disciplinar da lavra do Secretário da Receita Federal do Brasil fossem excluídos do ordenamento.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 4º Nos órgãos que compõem a estrutura do Ministério da Fazenda, a apuração de irregularidades disciplinares observará o disposto nesta Portaria e nas normas complementares editadas pela Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda.*

*Art. 22. A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda:*

*I - editará os atos normativos necessários à regulamentação das atividades correcionais no Ministério da Fazenda, inclusive aqueles relativos ao Sistema de Controle de Processos Disciplinares da Controladoria-Geral da União (CGU-PAD);*

*Art. 23. A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda editará, no prazo de 60 dias, os atos que se fizerem necessários à complementação desta Portaria.*

*Parágrafo único. A Secretaria da Receita Federal do Brasil, após a edição do ato previsto no caput, terá o prazo de 30 dias para revogar as Portarias RFB nº 11.311, de 27 de novembro de 2007, nº 11.420, de 21 de dezembro de 2007, e nº 136, de 6 de fevereiro de 2013.*

A Portaria MF nº 492, de 2013, foi publicada em 25/09/13 e, dentro do prazo de sessenta dias aludido no *caput* do seu art. 23, a Coger-MF emitiu quatro portarias regulamentadoras da atividade correcional no âmbito da Pasta, a saber: a Portaria Coger-MF nº 24, de 29 de outubro de 2013, publicada em 30/10/13, que disciplina o juízo de admissibilidade para instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar (PAD); a Portaria Coger-MF nº 25, de 29 de outubro de 2013, publicada em 30/10/13, que regulamenta a sindicância patrimonial; a Portaria Coger-MF nº 26, de 30 de outubro de 2013, publicada em 31/10/13, que regulamenta a investigação da evolução patrimonial dos servidores; e a Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, publicada em 22/11/13, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Pasta.

Na ausência de expressa revogação das Portarias RFB nº 136, de 2013, nº 11.311, de 2007, e nº 11.420, de 2007, por parte do Secretário da Receita Federal do Brasil a Coger consultou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) acerca da aplicação do comando inserto no parágrafo único do art. 23 da Portaria MF nº 492, de 2013. O órgão de assessoramento jurídico na Pasta, por meio do seu Parecer PGFN/CJU/COJPN nº 42/2014, asseverou que, na omissão do cumprimento, por parte da Secretaria da Receita Federal do

Brasil, do referido dispositivo normativo, as três normas internas foram revogadas tacitamente após trinta dias da publicação das Portarias da lavra da Coger-MF, naquilo em que tais Portarias tratem. Assim, as Portarias RFB nº 11.311, de 2007, e nº 11.420, de 2007, foram revogadas tacitamente em 30/11/13, trinta dias após a publicação da Portaria Coger-MF nº 26, de 2013, e a Portaria RFB nº 136, de 2013, foi, em sua grande parte, revogada tacitamente em 22/12/13, trinta dias após a publicação da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013.

*Parecer PGFN/CJU/COJPN nº 42/2014: “Ementa: (...) No caso de a RFB não efetivar a determinação contida no parágrafo único do art. 23 da Portaria MF nº 492, de 2013, no prazo de trinta dias, as Portarias RFB estarão tacitamente revogadas.”*

Apenas se ressalve que a Portaria RFB nº 136, de 2013, não foi integralmente revogada de forma tácita porque nem todos os seus dispositivos foram objeto de nova normatização. O seu art. 13 trata da subdelegação de competência, por parte do Secretário da Receita Federal do Brasil, ao Corregedor e aos Chefes de Escor para declarar necessidade de interrupção de férias. Uma vez que tal competência legal, nos termos do art. 80 da Lei nº 8.112, de 1990, é justamente daquele titular do órgão, não foi objeto de disciplinamento na Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, como de fato nem poderia mesmo ser, já que não caberia à Coger-MF subdelegar competência que nunca foi sua. Daí, resta forçoso interpretar que o art. 13 é o único comando ainda em vigor da presente Portaria RFB nº 136, de 2013, o que impede de se declarar aquela norma como integralmente revogada de forma tácita.

Em complemento, a mencionada Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, em seu art. 10, concede ao Corregedor poderes para editar normas que complementem, especificamente no âmbito da RFB, para o cumprimento dos dispositivos daquela própria Portaria Coger-MF. Ademais, mencione-se que o art. 4º desta mesma norma confere competência ao Corregedor para normatizar acerca de qualquer assunto concernente à delimitação da competência correcional no âmbito da RFB (como, por exemplo, disciplinar a distribuição de competência entre os Chefes de Escor e o próprio Corregedor, a fim de estabelecer as autoridades internas cujas irregularidades passam a ter a excepcional alçada de análise pelo Corregedor, conforme se abordará em **4.2.1**).

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 4º Compete ao Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil editar as normas necessárias à delimitação da competência correcional das autoridades instauradoras de sindicâncias disciplinares e de processos administrativos disciplinares no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

*Art. 10. O Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil poderá editar as normas complementares necessárias ao cumprimento do disposto nesta portaria no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

## **2.2.2.2 - As Áreas de Atuação da Corregedoria - Prevenção, Investigação Disciplinar e Processo Disciplinar - e as Respectivas Competências**

### **2.2.2.2.1 - As Atuações da Corregedoria em Termos de Prevenção, Controle e Repressão e a Ausência de Competência Exclusiva para Matéria Ética**

Muito sinteticamente, pode-se apresentar que o sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) visa, como finalidade precípua, a desenvolver a integridade funcional (não só no sentido de combate à corrupção mas também e sobretudo na simultânea defesa dos bons servidores). Nesta linha da dupla finalidade deve-se compreender a razão de existência do sistema correcional e a sua forma de interagir com a instituição, de servi-la e de funcionar em seu favor, na proteção do seu quadro funcional. E o desenvolvimento da integridade se dá por meio de três grandes áreas de atuação, quais sejam, na prevenção ao

desvio de conduta, no controle investigativo das atividades funcionais (ou, simplesmente, investigação) e, por fim, na repressão em face de cometimento de ilicitudes.

Isto porque, seja pela leitura dos dispositivos regimentais e dos demais conjuntos normativos internos, seja pelo senso comum, tem-se que o combate à degradação do comportamento exige que a instituição mantenha-se vigilante para inibir as situações suscitadoras da conduta reprovável, por meio de uma atuação preventivo-educativa sobre o corpo funcional e por meio do controle das atividades por ele desenvolvidas, com o fim de buscar a gestão de sua integridade. Não obstante, além disto, a atuação oficial deve também conscientizar seu quadro da existência de uma matéria repressora e punitiva, por meio de um poder de certa forma intimidador, com o fim de reprimir a conduta antijurídica.

Estas grandes áreas de atuação (prevenção, controle investigativo e repressão), embora, na prática, sejam exercitadas diuturna e simultaneamente pela instituição, são melhor compreendidas quando concebidas em um encadeamento consecutivo, pois é sabido que entre elas há uma relação de concatenação sequenciada, demonstrando-se conveniente estabelecer um modelo em que a atuação do sistema correcional se divide em fases. Para isto, com o fim de priorizar o primeiro dos dois caminhos acima (restrito a ações simultâneas de prevenção e de controle investigativo) e de evitar a aplicação do Direito Administrativo Disciplinar, a instituição deve demarcar a relevância dada ao combate ao desvio comportamental.

Em outras palavras, se fosse possível estabelecer, em uma modelação extremamente idealizada, uma escala graduada no sentido da atividade mais afastada para a mais próxima da matéria punitiva - com relação tanto a seu momento de aplicação quanto à afinidade conceitual -, sem dúvida se teria primeiramente o emprego da prevenção ao desvio de conduta, seguida da utilização das ferramentas de controle investigativo e, por fim, a vinculada aplicação repressiva do processo disciplinar. As atividades preventiva e de controle investigativo devem ser entendidas como úteis ferramentas, pois antecedem a eventual aplicação do Direito sancionador. Ademais, enquanto a postura funcional preventiva deve ser objeto de atenção de qualquer agente público, pois, uma vez difundida no quadro de servidores da instituição, se pode ter mitigado ou até mesmo afastado, em grande parte, o risco do cometimento de infração disciplinar, a atividade de controle investigativo, por sua vez, instrui a atividade de repressão.

Assim, inicia-se este tópico mencionando-se a prevenção ao desvio de conduta. Esta atividade proativa e preventiva antecede o emprego do Direito Administrativo Disciplinar, lançando mão de programas e estratégias voltados à conscientização do corpo funcional para aspectos comportamentais e de ferramentas de gerenciamento de riscos. Diferentemente da matéria punitiva, a prevenção não depende diretamente de previsão legal e, embora possa apresentar caráter amplo, abrangendo toda a instituição, também pode se aplicar a um caso concreto ou a um grupo de servidores. A prevenção pode se manifestar por meio de iniciativas institucionais que visam ao convencimento e à adesão moral do corpo funcional a determinado padrão de conduta e comportamento. Tem-se certo que, quanto mais eficiente for esta conduta preventiva dentro da instituição, menos se necessitará lançar mão da última linha de atuação, a repressiva. Portanto, em apertada análise, pode se dizer que a atividade de prevenção não se confunde com a matéria disciplinar propriamente dita e, tendo aplicação anterior ao processo, não faz parte do escopo do presente texto.

Ainda neste tema, convém acrescentar que a RFB, por força da Portaria RFB nº 3.262, de 19 de agosto de 2011, destacadamente no art. 1º e no *caput* do art. 3º, conta com foro próprio e específico para a apreciação de temas éticos atinentes a todos agentes públicos em exercício no órgão (e não apenas aos servidores estatutários, com exceção das autoridades submetidas à Comissão de Ética Pública Setorial do Ministério da Fazenda - CEPS-MF -, conforme o art. 3º da Portaria MF nº 39, de 18 de fevereiro de 2008), a saber, a Comissão de Ética Pública Seccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (CEPS-RFB).

*Portaria RFB nº 3.262, de 2011 - Art. 1º Constituir a Comissão de Ética*

*Pública Seccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (CEPS-RFB), encarregada de cumprir o previsto no Capítulo II do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, aprovado pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994, e de exercer as competências previstas no Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2008, da Comissão de Ética Pública (CEP), e nas demais normas pertinentes à matéria.*

*Parágrafo único. A CEPS-RFB é composta por três membros titulares, denominados Conselheiros, e três suplentes, todos designados pelo Secretário da Receita Federal do Brasil entre servidores titulares de cargos efetivos da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).*

*Art. 3º A CEPS-RFB atuará nos casos envolvendo os agentes públicos em exercício na RFB, preservada a competência da Comissão de Ética Pública Setorial do Ministério da Fazenda (CEPS-MF), nos termos do art. 3º da Portaria MF nº 39, de 18 de fevereiro de 2008.*

Conforme o art. 4º da citada norma, à CEPS-RFB incumbe interpretar, aplicar, integrar e divulgar as normas éticas, bem como supervisionar, fiscalizar e promover sua aplicação e, embora seja independente do sistema correcional, deve fazê-lo em articulação com a Corregedoria (Coger) e também com a CEPS-MF. E sob ótica instrumental, incumbe também à CEPS-RFB lavrar o Acordo de Conduta Pessoal e Profissional (ACPP) ou instaurar procedimento próprio para apuração de transgressão à norma ou a princípio ético (o Processo de Apuração Ética - PAE), sob manto de ampla defesa e de contraditório - conforme detalha a Portaria RFB nº 3.693, de 28 de novembro de 2011, que estabeleceu o Regimento Interno da CEPS-RFB, cujo detalhamento não cabe aqui reproduzir, pois foge completamente ao escopo deste texto.

*Portaria RFB nº 3.262, de 2011 - Art. 4º Incumbirá à CEPS-RFB:*

*I - interpretar, aplicar, integrar e divulgar as normas do Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, do Código de Ética ou de Conduta próprio e das constantes dos demais diplomas relativos à ética pública na esfera do Poder Executivo Federal, bem como supervisionar, fiscalizar e promover a aplicação das referidas normas, em articulação com a CEPS-MF e com a Corregedoria-Geral da RFB;*

*II - instaurar, de ofício ou mediante representação, procedimento sobre ato, fato ou conduta que denotem indícios de transgressão a princípio ou norma ética envolvendo agentes públicos em exercício na RFB, preservada a competência da CEPS-MF, nos termos do art. 3º da Portaria MF nº 39, de 2008, e, se for o caso, sugerir as providências cabíveis, dentro do que a legislação pertinente assim prevê;*

*III - aplicar a penalidade de censura ética, exclusivamente mediante decisão devidamente motivada, depois de esgotados o contraditório e a ampla defesa, aos agentes públicos em exercício na RFB, desde que a falta ética não configure infração sujeita a sanção mais grave, hipótese em que os autos serão encaminhados à autoridade competente para instauração de procedimento disciplinar; e*

*IV - implementar ações relativas à ética funcional.*

E, de acordo com o art. 1º da Portaria RFB nº 3.286, de 24 de agosto de 2011, em conjunto com os incisos VII a IX e XV do art. 1º e com os arts. 1º, 19 e 20, todos da Portaria RFB nº 3.693, de 2011, as denúncias e representações acerca de transgressão a princípios ou normas éticas serão recepcionadas pelo sistema correcional (ou seja, como regra, pelo Escritório de Corregedoria - Escor da jurisdição do denunciado ou representado), nos termos que se expõem em **2.5.2.1**, a cuja leitura se recomenda e para onde se reservará a reprodução dos comandos normativos acima mencionados, a fim de evitar desnecessária repetição. Caso não haja indícios de ilícito disciplinar ou penal mas sim de possível desvio ético, os autos deverão ser encaminhados à CEPS-RFB, a que compete, se for o caso, aplicar a penalidade de censura ética, em rito contraditório próprio.

No âmbito interno, a definição material da conduta ética e, por conseguinte, das transgressões éticas estão consolidadas no Código de Conduta dos Agentes Públicos em Exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria RFB nº 773, de 24 de junho de 2013, de que se destacam seus arts. 1º, 2º, 42 e 43.

*Portaria RFB nº 773, de 2013 - Art. 1º Aprovar o Código de Conduta dos Agentes Públicos em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).*

*Art. 2º Os agentes públicos em exercício na RFB deverão observar o disposto no Código de Conduta.*

*Código de Conduta dos Agentes Públicos em Exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil*

*Art. 42. É responsabilidade de todo agente público observar o disposto neste Código e estimular o seu cumprimento integral.*

*Art. 43. A inobservância das normas estipuladas neste Código acarretará, ao servidor, a aplicação, pela Comissão de Ética Pública Seccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (CEPS-RFB), da censura ética prevista no Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, aprovado pelo Decreto 1.171, de 1994, ou a lavratura de Acordo de Conduta Pessoal e Profissional (ACPP), conforme rito previsto na Resolução nº 10, de 29 de setembro de 2008, recepcionado pela Portaria RFB nº 3.693, de 28 de novembro de 2011, observado o princípio do contraditório e ampla defesa, de acordo com o disposto no Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007, que estabeleceu o Sistema de Gestão de Ética do Poder Executivo Federal.*

*§ 1º A CEPS-RFB poderá, ainda, adotar medidas para evitar ou sanar desvios éticos, podendo também sugerir ao Secretário da Receita Federal do Brasil:*

*I - exoneração de ocupante de cargo ou função de confiança;*

*II - retorno do servidor ao órgão ou entidade de origem;*

*III - remessa de expediente ao setor competente para exame de eventuais transgressões de naturezas diversas, inclusive disciplinares ou penais.*

*§ 2º Sempre que constatar possível ocorrência de ilícitos penais, civis de improbidade administrativa ou de infração disciplinar, a CEPS-RFB encaminhará cópia dos autos às autoridades competentes para apuração de tais fatos, sem prejuízo da adoção das demais medidas de sua competência.*

Pode-se verificar diferentes graus de interferência quando se toma a matéria ética em relação à matéria disciplinar e vice-versa. Por um lado, a matéria ética pode ser vista de forma independente e autônoma em relação à matéria disciplinar, sendo certo que a infringência de preceitos éticos não necessariamente também configura infração estatutária. Não há que se cogitar de responsabilização disciplinar em face de servidor que tão somente tenha infringido princípios ou normas éticas. Mas isto não significa uma total dissociação entre as duas instâncias, podendo-se compreender a repercussão disciplinar como uma consecução da transgressão ética, quando as ferramentas preventivas se demonstraram insuficientes para balizar o comportamento funcional, pois a adoção de princípios éticos reflete-se no não cometimento de ilícitos. Se, por um lado, nem toda transgressão ética atinge o patamar de também configurar infração disciplinar, é certo que toda infração disciplinar traz em sua base uma transgressão a preceito ou a princípio ético. Diante de notícia de conduta com indícios de infração disciplinar, provoca-se tão somente a instância correcional, não se provocando também a instância ética (operando-se uma espécie de absorção da repercussão mais leve pela repercussão mais grave), devendo esta ser provocada exclusivamente se os indícios apontarem apenas para transgressão a princípio ou norma ética.

Não obstante se saber de antemão que a atividade preventiva, no âmbito da RFB, decorre, precipuamente, da atuação não só do foro específico para o tema, a CEPS-RFB, mas também do poder hierárquico, destaca-se que o fato de a atuação do sistema correcional ser intrinsecamente ligada ao tema disciplinar não prejudica e muito menos impede que zele pela manutenção da conduta ética do corpo funcional e contribua em todas as ações que, em

caráter concorrente, são promovidas, indistintamente, por todas as demais unidades e autoridades do órgão.

Neste rumo, é de se ratificar a atuação da Coger e dos Escor com a CEPS-RFB e com as chefias hierárquicas. Sabe-se que, de um lado, a competência para matéria disciplinar concentra-se, essencialmente, nos titulares da Coger e dos Escor, falecendo qualquer competência nesta área para as demais autoridades da RFB, com exceção do titular do órgão, o Secretário da Receita Federal do Brasil. Por outro lado, como de outra forma não poderia ser, diante de sua matéria-fim, a este mesmo sistema correccional também incumbe atuar e contribuir nas ações conscientizadoras da necessidade do comportamento ético no órgão, precipuamente na prevenção ao desvio de conduta, em total articulação com a CEPS-RFB, que figura como o foro institucional especializado no tema e detentor de seu próprio ferramental amparado em normatização específica, e ainda com as autoridades regionais e locais, às quais, de forma difusa, também competem ações de natureza preventiva junto a seus subordinados. É inequívoco que, à margem de previsões regimentais, como a qualquer outra unidade ou autoridade administrativa, ao sistema correccional e a seus titulares e integrantes também incumbe, diuturnamente, de forma diluída com todas as suas demais competências, zelar, preventivamente, pela postura ética do quadro funcional, também sendo certo que, no atual ordenamento interno, sua atuação nesta seara, focando a prevenção, deve se harmonizar, sem se superpor e muito menos se contrapor, à atuação específica da CEPS-RFB.

Ou seja, a despeito de uma leitura ou de um conhecimento apressado do tema levar equivocadamente à indução de que o sistema correccional atém-se apenas à matéria disciplinar e punitiva, verifica-se dos comandos do *caput* do art. 1º do Decreto nº 2.331, de 1º de outubro de 1997, e do inciso I do art. 18 e do art. 24, ambos do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, que - como de outra forma não poderia ser - a atuação preventiva ao desvio de conduta faz parte do foco de atuação da Coger e dos Escor - ainda que não da forma exclusiva como o faz na matéria disciplinar.

No que tange à Coger e aos Escor colaborarem na prevenção em sentido estrito ao desvio de conduta, compete-lhes atuar de forma proativa sobre as atividades internas, destacadamente por meio da adoção de programas e estratégias voltados à conscientização do corpo funcional para aspectos comportamentais. Mais especificamente, pode-se citar: atuação nos processos de seleção de novos servidores; realização de diversos atos de capacitação, tanto de seus próprios servidores (treinamentos sobre as áreas de atuação correccional), como também do quadro funcional da RFB (palestras nas unidades, inclusive para administradores); divulgação dos entendimentos administrativos sobre matérias atinentes a comportamento e conduta (respostas a consultas de servidores sobre regime disciplinar e de administradores sobre candidatos a funções de confiança, elaboração de notas técnicas para temas controversos e material didático com normas disciplinares); divulgação de penalidades aplicadas; levantamento de riscos de ilicitudes inerentes a determinados macroprocessos de trabalho e aos respectivos processos de trabalho mais sensíveis e em que se subdividem; atuação em articulação com a CEPS-RFB; e parcerias com outras instituições, nacionais e internacionais, para iniciativas de prevenção e combate à corrupção.

Cabe descrever que, no caso de consultas sobre temas correccionais em geral (excluindo-se o tema específico de conflito de interesses, que recebe tratamento diferenciado, conforme se abordará em **4.7.3.18**), de acordo com a leitura conjunta do art. 24 com o inciso VI do art. 18, ambos do Regimento Interno da RFB, podem os Escor responder às consultas que lhe sejam apresentadas e submeter sua apreciação à Divisão de Análise Correccional (Diac), a fim de se propiciar uniformização sistêmica de entendimentos.

Quanto à segunda estratégia de combate ao desvio de conduta, pode-se mencionar que o controle investigativo (ou, simplesmente, investigação) compreende a atuação que visa a acompanhar as atividades desenvolvidas pelo corpo funcional, de forma a verificar se estão sendo realizadas de acordo com as normas, o planejamento e as orientações superiores. O

controle investigativo, a exemplo da prevenção em sentido estrito, se insere no primeiro grupo de estratégias que visam a evitar o emprego do Direito sancionador, uma vez que o corpo funcional que se sabe observado, monitorado e sob o risco de ser identificado, caso cometa desvio de comportamento, sofre inegável inibição para o ilícito.

Na RFB, o controle investigativo pode ser exercido em três linhas distintas. Na primeira, sendo óbvia a aferição por parte do chefe imediato sobre os atos praticados em sua unidade, tem-se que o controle se dissemina por toda a cadeia de administradores, competindo, em cada unidade, ao gestor, em estrita observância ao princípio da hierarquia, controlar as atividades dos seus subordinados, de forma bem próxima e cotidiana. A segunda forma de controle investigativo se dá por meio de uma unidade central especialmente competente para o tema, a Coordenação-Geral de Auditoria Interna (Audit), a que incube, regimentalmente, executar a auditoria interna e de gestão no sentido mais lato da expressão.

No que aqui mais de perto interessa, cabe ao sistema correccional a terceira e última forma de exercício do controle investigativo. A Coger e os Escor, regimentalmente, também dispõem de competência para instituírem as suas próprias linhas de atuação investigativa, com o fim específico de levantar indícios de desvios de conduta e, em alguns casos, aferir os riscos de que venham ocorrer tais desvios, conforme mais detidamente se detalhará em **2.2.2.2.2**.

Tem-se certo que, quanto mais eficiente forem a prevenção em sentido estrito e o controle investigativo dentro da instituição, menos se necessitará lançar mão da derradeira linha de atuação, a repressiva. Não obstante, caso estas ferramentas profiláticas não tenham gerado o efeito desejado de inibir o ilícito, eventuais indícios de desvio de conduta devem ser encaminhados ao sistema correccional. Na sequência, pode se fazer necessário lançar mão da última ferramenta de combate ao desvio de conduta, a repressão, demandando da Administração a atuação reativa, de índole punitiva, especificamente sobre o infrator, com a decorrente instauração de sindicância disciplinar ou de PAD, previstos na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e, eventualmente, aplicando-se uma penalidade administrativa.

A atuação repressiva, diferentemente da linha preventiva, por ser limitadora de direito, requer absoluto regramento legal, sendo uma atividade fortemente marcada pela vinculação à lei. Nesta instância de índole disciplinar, de competência exclusiva da Coger e dos Escor, primeiramente, se tem de descobrir a ocorrência do ilícito (por meio da atividade de investigação disciplinar), para, em seguida, processar o agente (por meio das atividades correccionais) e, por fim, garantir o resultado do processo (acompanhamento dos seus desdobramentos judiciais), se for o caso, e ainda sem jamais descuidar de todos os controles internos sobre a própria atuação sistêmica. O desempenho de tais atividades, como reflexo do controle investigativo e da repressão de forma mais específica no âmbito do sistema correccional da RFB será detalhado como se segue.

Antes disto, assevera-se não haver dúvida de que, no caso específico da RFB, a atuação correccional, além de gerar os imediatos efeitos no combate à corrupção e de gerir a integridade institucional, também propicia um conhecimento do próprio órgão, das lacunas, das praxes administrativas e de seu ordenamento, possibilitando suprir rotinas e normas, e sobretudo se reflete na percepção da presença fiscal e, por conseguinte, protege sua imagem externamente e auxilia o desempenho das atividades-fim (arrecadação tributária).

#### ***2.2.2.2.2 - As Duas Principais Áreas Técnicas, de Investigação Disciplinar e de Atividades Correccionais, e as Competências das Subunidades do Sistema Correccional***

Avançando em relação à inafastável e não exclusiva atenção com a postura ético-preventiva e adentrando no círculo de competências exclusivas da matéria disciplinar, a atuação da Corregedoria (Coger) pode ser subdividida em duas principais áreas técnicas, a saber, de investigação disciplinar (genericamente mencionada como atividade de controle investigativo ou, mais simplesmente, doravante, de investigação) e de atividades correccionais.

De acordo com o art. 19 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, a administração, a coordenação, o gerenciamento e a supervisão globais e sistêmicas destas duas áreas, no âmbito da unidade central, compete à Coordenação Disciplinar (Codis). Também incumbe à Codis realizar e manter contatos com órgãos externos à RFB, como Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda (Coger-MF), Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), Advocacia-Geral da União (AGU), Poder Judiciário, Ministério Público Federal (MPF), Departamento de Polícia Federal (DPF), dentre outros.

Nesta linha, merece destaque a inegável evolução experimentada pela atuação estatal em conjunto, aqui compreendendo-se ações articuladas e concatenadas de parcerias envolvendo todos os órgãos de controle, a exemplo da RFB (por seus sistemas correccional, de pesquisa e investigação, de repressão aduaneira e de fiscalização), da CGU, da AGU, do DPF, do MPF e do Poder Judiciário. Na contraposição ao elevado grau de elaboração dos esquemas fraudulentos e corruptores em que agentes públicos se valem de suas atribuições legais e de suas *expertises* nas áreas em que deveriam exercer as funções de controle e fiscalização e toda espécie de poder de polícia, é indispensável que o Estado também se articule e aja em cooperação positiva e construtiva de seus diversos órgãos.

Neste contexto, assume destacada relevância a crescente atuação da Coger nas operações conjuntas, destacadamente com o DPF, com o MPF e com o Poder Judiciário, demonstrando a relevância da proatividade na manutenção de profícua linha de contato com aquelas demais instituições, detentoras de diferenciado e exclusivo poder investigativo e persecutório na instância penal.

É importante sedimentar a percepção que a detecção de servidores do órgão envolvidos em esquemas organizados que visam a perpetração de ilicitudes administrativas e penais, em lugar de macular a imagem institucional, eleva a RFB e mais especificamente a sua corregedoria a um salutar e elogiável patamar de credibilidade social. A maturidade institucional capaz de reconhecer a existência de focos de graves desvios de conduta funcional (o termo “foco” é bem empregado aqui, no sentido de demarcar a parcela minoritária e jamais endêmica deste tipo de comportamento intolerável no conjunto do órgão) legitima e autoriza que o sistema correccional da RFB seja visto como efetivo parceiro nas operações conjuntas conduzidas em grau de absoluto sigilo.

E, de forma individualizada, aquelas duas linhas de atividades (investigativa e correccional) se refletem, no âmbito da Coger, nas competências de uniformização, padronização, disseminação, supervisão e capacitação a cargo das duas Divisões técnicas, quais sejam, a Divisão de Investigação Disciplinar (Divid) e a Divisão de Análise Correccional (Diac), conforme os arts. 20 e 21 do Regimento Interno da RFB, e na efetiva execução, sobretudo no âmbito dos Escor. Em razão deste viés executor, deve-se atentar para que, na prática, a divisão de atividades se dá de fato no âmbito dos Escor e não no âmbito da unidade central.

A rigor, o que se quer aqui diferenciar não são atuações da Diac e da Divid, mas sim as atuações associadas à investigação disciplinar das atividades correccionais. Como Divisões da unidade central, não se perde de vista que, na verdade, a Divid e a Diac atuam nas respectivas áreas, mas não com ênfase na execução em si e sim da forma como se espera de unidade central, qual seja, uniformizando, padronizando, disseminando, supervisionando e capacitando as respectivas atividades fins executadas pelos Escor.

O Regimento Interno da RFB não contempla aos Escor e ao Nucor uma formal e orgânica subdivisão em razão da matéria com que se trabalha. Não obstante, à margem de previsão regimental, intrassistema, a Portaria Coger nº 36, de 16 de abril de 2015, em seus arts. 1º a 3º, determinou a distribuição do quadro de pessoal de cada Escor em quatro grupos, em função da atividade desenvolvida: grupo de atividades correccionais (formado pelos

integrantes de comissões processantes); grupo de investigação disciplinar (formado pelos servidores que conduzem os procedimentos investigativos); grupo de assessoramento (formado pelos pareceristas que integram o assessoramento jurídico do Chefe); e grupo de atividades auxiliares (formado pelos servidores responsáveis pelo expediente administrativo). Estes grupos, a critério da chefia de cada Escor, podem ter um coordenador e os grupos de investigação disciplinar e de atividades correcionais se subdividirão em equipas (equipas de investigação, no caso do grupo de investigação disciplinar; e comissões processantes, no caso do grupo de atividades correcionais).

*Portaria Coger nº 36, de 2015 - Art. 1º Deverão ser constituídos Grupos e Equipas de Trabalho, no âmbito dos Escritórios de Corregedoria, com finalidade de organizar administrativamente os processos de trabalho existentes e executar as tarefas específicas de cada atividade, conforme a seguir:*

*I - Grupo de Atividades Correcionais, com a tarefa de conduzir os processos administrativos disciplinares instaurados.*

*II - Grupo de Investigação Disciplinar, com a tarefa de conduzir as investigações disciplinares determinadas pela chefia do Escritório.*

*III - Grupo de Assessoramento, com a tarefa de elaborar análises e pareceres em relação aos assuntos que devam ser submetidos à apreciação do Chefe do Escritório.*

*IV - Grupo de Atividades Auxiliares.*

*Art. 2º A composição dos Grupos e Equipas de Trabalho será compatível com o efetivo disponível e com o volume de atividades de cada Escritório, sendo que cada Grupo de trabalho poderá ter um coordenador responsável por sua condução.*

*Art. 3º As Equipas pertencentes aos Grupos de Atividades Correcionais e de Investigação Disciplinar deverão ter identificação única e padronizada, a fim de possibilitar individualização nos sistemas de trabalho e gerenciais.*

Com isto, na prática, as chefias dos Escor mantêm grupos de servidores com perfil investigativo, grupo de servidores com perfil processual e grupo de servidores com perfil jurídico, para, respectivamente, atuarem nas execuções dos procedimentos prévios de investigação disciplinar ou nas execuções das atividades correcionais e de assessoramento, como se fossem projeções regionais informais da Divid e da Diaco.

Conforme mencionado em **2.2.2.2.1**, para abordar as competências na sequência com que conceitualmente deveriam ser exercitadas no âmbito de atuação da Codis, se poderia cogitar, em teoria e para mero efeito didático, de uma forma consecutiva e sequenciada para a investigação disciplinar e atividades correcionais.

Naquele tópico, já se abordou que, ao se imaginar uma escala ideal no sentido da atividade mais afastada para a mais próxima da matéria punitiva - com relação tanto a seu momento de aplicação quanto à afinidade conceitual -, se tem primeiramente a prevenção ao desvio de conduta, seguida da utilização das atividades investigativas e, por fim, a vinculada aplicação repressiva do processo disciplinar, sendo que a investigação disciplinar estaria mais próxima do processo do que da prevenção e que a atividade investigativa antecede e instrui as atividades correcionais.

Embora se saiba que, na prática, estas duas áreas de atuação técnica da Coger sejam exercitadas diuturna e simultaneamente pelas respectivas Divisões previstas no Regimento Interno da RFB, aqui, didaticamente, convém apresentá-las na sequência com que teoricamente deveriam ser empregadas. Isto é possível porque, conceitualmente, ao se tomar um determinado caso isolado, até é verdade que se pode conceber uma linha consecutiva e sequenciada de atuação, tanto entre a Divid e a Diaco, no desempenho das competências, funções e atividades típicas de unidade central, quanto entre os grupos de investigação disciplinar e de atividades correcionais, no âmbito dos Escor.

Organicamente, a Divid, ou concretamente, a atividade de investigação disciplinar se incumbem de procedimentos prévios ao processo disciplinar, ou seja, das atividades relacionadas às investigações no sentido mais lato do termo, desde que voltadas para fins disciplinares (neste conjunto de atividades, destacam-se as investigações patrimoniais e as sindicâncias patrimoniais, bem como as sindicâncias investigativas e as investigações preliminares). Por sua vez, organicamente, a Diaco, ou concretamente, as atividades correcionais se dedicam à matéria disciplinar, correcional e punitiva propriamente dita e tem parte de sua atuação decorrente de provocações recebidas daquela outra Divisão e é justamente a esta matéria a que mais se dedicará atenção no presente texto.

Relembre-se que mais do que diferenciar as atuações das duas Divisões técnicas da Coger, aqui se quer diferenciar as duas linhas de atividade e que ambas linhas de atuação são exercidas de formas distintas na unidade central (onde excepcionalmente são executadas) e nos Escor (onde, ao contrário, a menos de casos específicos, são precipuamente executadas). A Diaco, por exemplo, em particular, além de suas competências típicas de unidade central para todo o sistema, executa as atividades correcionais (e também de assessoramento) especificamente nos casos excepcionais em que o Corregedor figura como autoridade instauradora.

Uma vez que a matéria correcional será o precípua foco de interesse de todo o presente texto, aqui, neste tópico específico, não se concentrará atenção à matéria de interesse da Diaco, mas sim se dedicará algum esforço às investigações disciplinares excepcionalmente conduzidas pela Divid ou comumente conduzidas pelos Escor e apenas supervisionadas pela Divid. E este maior esforço também se justifica ao se repisar que, embora a atividade investigativa anteceda a aplicação do Direito Administrativo Disciplinar, tem-se que as investigações disciplinares, em termos teórico-conceituais, já se aproximam mais do processo disciplinar que a atuação de prevenção - mas sem com ele se confundir.

De imediato, é de se abordar que, historicamente, em ordens regimentais ultrapassadas, cabia à Coger a chamada “auditoria correcional” e competia às Coordenações de matéria específica (Coordenações-Gerais de Tecnologia da Informação; de Tributação; de Fiscalização; de Administração Aduaneira; e de Administração Tributária - de Arrecadação e Cobrança, atualmente - Cotec, Cosit, Cofis, Coana e Corat - atual Codac) a chamada auditoria interna de aplicação de normas e procedimentos, por meio de suas Divisões de Auditoria de Procedimentos (Diaup).

Naquele contexto regimental mais antigo, enquanto a auditoria interna de aplicação de normas e procedimentos e de gestão de riscos era - e ainda é - definida como atividade permanente de controle e orientação, de natureza técnico-procedimental, abarcando o exame dos procedimentos operacionais, das rotinas de trabalho e das atualizações dos registros nos sistemas informatizados, para verificar sua consistência, propriedade e obediência às normas, com vistas ao aperfeiçoamento do controle e das normas aplicáveis a procedimentos e rotinas de trabalho e ao mapeamento dos riscos, a auditoria voltada para fim correcional também era uma atividade de controle, só que empregada já sob o foco disciplinar, visando à busca de indícios de irregularidades funcionais, tendo se fundamentado e se executado, naquela época, basicamente apenas no Sistema Arco (Auditoria e Controle de Sistemas, atualmente já descontinuado), conforme definiam as Portarias SRF nº 883, de 16 de julho de 2002, nº 1.205, de 18 de outubro de 2002, e nº 195, de 2 de março de 2004.

Avançando na cronologia, em uma ordem regimental mais recente, a partir de 2007, aquela diluída competência para a auditoria interna sobre aplicação de normas e procedimentos e de gestão ficou limitada a uma Coordenação-Geral específica, de Auditoria Interna (Audit), a qual incumbe auditar as áreas de atendimento, controle de crédito, aduaneira, fiscalização, tecnologia e administração e ainda coordenar a gestão de riscos. Além disto, por uma questão de cautela terminológica, se, por um lado, o texto regimental vigente até 2014 inovava ao dispor para a Coger e os Escor a competência para a expressão inédita e

mais específica “investigação disciplinar”, por outro lado, ainda mantinha para o sistema correcional a competência para o termo mais genérico “auditoria”. Por fim, a alteração regimental promovida pela Portaria MF nº 499, de 11 de dezembro de 2014, de forma mais coerente com a coexistência da Audit, o Regimento Interno da RFB passou a prever competência para o sistema correcional executar “investigação disciplinar”, tendo se excluído o termo “auditoria” da positividade normativa das competências regimentais do sistema correcional.

Não obstante a apresentação deste relato histórico, primeiramente deve se assentar, com relação ao âmbito interno da RFB, que a expressão “investigação disciplinar”, atualmente disposta na competência regimental, contém e absorve a antiga auditoria correcional (tão somente agora compreendida sob nova denominação), de forma a não se configurarem nem perda e nem conflito ou superposição de competência com a Audit no que diz respeito à sua auditoria interna procedimental. Embora o Regimento Interno atual da RFB não atribua expressamente “auditoria” ao sistema correcional, para o bem da interpretação sistemática da norma regimental, faz-se necessário que a competência para o que assim se denomina quando aplicado para fins disciplinares seja efetivamente exercitada pela Coger, sem prejuízo das competências exclusivas da Audit.

Neste rumo, independentemente de peculiares definições de âmbito interno e regimental na RFB, o procedimento investigativo em gênero, naquela sua parcela que tangencia o senso comum acerca do termo “auditoria”, pode ser resgatado no espectro normativo que atualmente integra a CGU, mais especificamente da Secretaria Federal de Controle Interno da CGU (CGU/SFC), por meio da definição formal adotada na Instrução Normativa SFC nº 1, de 6 de abril de 2001, como uma das técnicas de controle.

*Instrução Normativa SFC nº 1, de 2001 - 1. A auditoria é o conjunto de técnicas que visa avaliar a gestão pública, pelos processos e resultados gerenciais, e a aplicação de recursos públicos por entidades de direito público e privado, mediante a confrontação entre uma situação encontrada com um determinado critério técnico, operacional ou legal. Trata-se de uma importante técnica de controle do Estado na busca da melhor alocação de seus recursos, não só atuando para corrigir os desperdícios, a improbidade, a negligência e a omissão e, principalmente, antecipando-se a essas ocorrências, buscando garantir os resultados pretendidos, além de destacar os impactos e benefícios sociais advindos.*

*2. A auditoria tem por objetivo primordial o de garantir resultados operacionais na gerência da coisa pública. Essa auditoria é exercida nos meandros da máquina pública em todas as unidades e entidades públicas federais, observando os aspectos relevantes relacionados à avaliação dos programas de governo e da gestão pública.*

*4. A finalidade básica da auditoria é comprovar a legalidade e legitimidade dos atos e fatos administrativos e avaliar os resultados alcançados, quanto aos aspectos de eficiência, eficácia e economicidade da gestão orçamentária, financeira, patrimonial, operacional, contábil e finalística das unidades e das entidades da administração pública, em todas as suas esferas de governo e níveis de poder, bem como a aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado, quando legalmente autorizadas nesse sentido.*

As investigações disciplinares se consubstanciam em ritos de natureza investigativa. Diz-se que um procedimento possui natureza investigativa quando é conduzido e processado internamente, sob provocação ou de ofício, da seguinte forma: sigiloso (é protegido por cláusula de sigilo, a favor da Administração, visando a preservar a elucidação dos fatos e a proteger o interesse público, em oposição à regra geral da publicidade com que devem ser praticados atos administrativos, o que equivale a dizer que dispensa a formalidade de ato publicado de designação de servidor ou de equipe incumbidos de realizar os trabalhos); discricionário (é realizado pela Administração, a critério unilateral seu, não contando com

definição legal ou normativa da instrumentalização, do rito, da sequência e da forma dos atos cabíveis, à margem da regra geral de atender ao princípio do devido processo legal); e inquisitorial (não possui a figura de acusado a quem se obrigue fornecer a prerrogativa de exercer contraditório, em razão de não ter fim punitivo em si mesmo).

Neste escopo, por ora, apenas para melhor ilustrar o que se aduz, basta listar os diferentes ritos que podem ser empregados na genérica competência regimental de proceder a investigações disciplinares: investigação preliminar, sindicância investigativa, sindicância patrimonial e investigação patrimonial, cujas definições e descrições procedimentais serão aprofundadas em **2.5.3.2**. Antecipe-se ainda que, a partir de 2005, a Administração Pública federal passou a centrar esforços na investigação de incompatibilidade patrimonial ostentada pelos servidores em comparação a seus rendimentos. Como reflexo desta tendência, a preocupação com a evolução patrimonial do quadro de servidores repercutiu na RFB. Este tema e os procedimentos simultânea ou sucessivamente empregados para este fim na instituição (sindicância patrimonial, auditoria patrimonial e investigação patrimonial) serão ainda mais detalhadamente abordados em **4.7.4.4.4**.

Voltando ao patamar introdutório e superficial desta abordagem, é de se reconhecer que, em geral, a menos de tópicos cujo fim seja especificamente aprofundar a análise de tais assuntos, se usará, ao longo deste texto, por mera economia de redação, a expressão “investigação disciplinar” ou “atividades investigativas” para referência a qualquer espécie das investigações sigilosas, discricionárias e inquisitoriais que antecedem o processo disciplinar.

E, para os objetivos deste texto, mais relevante é tentar definir investigação disciplinar em gênero em comparação com a matéria ético-preventiva, que a antecede, e com a matéria disciplinar, que a sucede, situando-a em meio àquelas duas outras atividades.

Enquanto o emprego das ferramentas éticas e preventivas se dá por meio de programas e estratégias anteriores e inibidores do desvio de conduta e que, uma vez bem sucedidos, evitarão o ilícito e conseqüentemente o processo disciplinar, a investigação disciplinar, a exemplo do processo, atua sobre os fatos ocorridos e já trazem em si aspectos investigativos materializados em um mínimo de natureza procedimental. Embora ambas atividades possam ser tidas como profiláticas, a primeira o é em essência, no sentido de anteceder mesmo o ilícito por depurar a conduta do servidor, enquanto a segunda tem seu caráter profilático mais associado à percepção de risco por parte do servidor de ser descoberto, causando um efeito inibidor sobre o potencial infrator.

Avançando, é de se dizer que o procedimento prévio de investigação disciplinar deve ser entendido como uma atividade profilática, preventiva e até educadora, sem rito determinado, caracterizada pela agilidade, a ser instaurada rotineiramente a ponto de estabelecer na Administração a cultura de que os atos de qualquer agente público podem ser verificados, sem que necessariamente se cogite de caráter disciplinar. Este procedimento tanto pode ser deflagrado de ofício e sistematicamente quanto pode se dar em função de pontual percepção, por parte da Administração ou por notícia externa, da existência de setores, atividades ou grupos de risco, mediante monitoramentos. Mesmo que se investiguem atos funcionais de um ou de mais de um servidor, não há nestes procedimentos a figura do acusado e, por conseguinte, não se trata de rito contraditório. Desta forma, embora guardando menor distância que a atividade ético-preventiva, a investigação disciplinar também não se confunde com a instância disciplinar, que é pontualmente instaurada para obter efeito correccional sobre um fato irregular específico cometido por alguém, a ser detidamente analisado, demandando, portanto, apuração contraditória.

Não obstante, as atividades investigativas e de correção podem se interligar, visto ser comum que, de uma investigação disciplinar, decorra o processo disciplinar. Mas há ressalvas para a participação de integrantes de equipe de investigação disciplinar no processo disciplinar consecutivo, conforme se verá em **2.5.3.2** e reiterado em **3.4.3**. Ainda assim,

investigação disciplinar não faz parte do escopo deste texto.

Por um lado, esta atividade de investigação disciplinar, com supervisão a cargo da Divid e execução a cargo do respectivo grupo em cada Escor, pode detectar meros equívocos ou interpretação imperfeita na aplicação de normas ou procedimentos da unidade, mas sem aspecto irregular, quando apenas se recomendará ao titular da unidade a adequação da rotina. Todavia, tendo a investigação disciplinar detectado indício de irregularidade em seu trabalho, consubstancia-se representação para que a autoridade competente (Chefe de Escor ou Corregedor, exercendo competência típica de Diaco) avalie a procedência ou não de se instaurar processo disciplinar, conforme se verá em 2.5.2 e 4.2.1.

Mencione-se ainda o protagonismo que a Coger, destacadamente por meio da Divid, passou a experimentar nas já aludidas operações conjuntas com demais órgãos de controle da Administração Pública federal. Neste campo de crescente atuação, a Divid exerce destacadas competências e iniciativas, seja nas atividades típicas de unidade central, seja na execução. Para tal fim, possui competência delegada para emitir os atos de comunicação com os demais órgãos parceiros, conforme dispõe a Portaria Coger nº 66, de 30 de setembro de 2016, em seu art. 1º.

*Portaria Coger nº 66, de 2016 - Art. 1º Delegar competência ao Chefe da Divisão de Investigação Disciplinar para, no âmbito de suas competências, expedir ofícios necessários ao planejamento e execução de ações conjuntas com outros órgãos da Administração Federal.*

Quanto às demais subdivisões orgânicas da Coger, merecem destaque as competências do Serviço de Acompanhamento Judicial e Controle Sejud), que, juntamente com a Divid e a Diaco, subordina-se à Codis. De acordo com o art. 22 do Regimento Interno da RFB, compete ao Sejud planejar, desenvolver, organizar, dirigir e controlar as atividades relacionadas ao acompanhamento judicial no âmbito da Coger e acompanhar, no âmbito judicial, as atividades de interesse da Coger. Tais competências são importantes porque, em razão da matéria jurídica em que atua, é indispensável que a Coger se mantenha atualizada com os entendimentos da fonte jurisprudencial e também porque, sobretudo em casos que possam importar em pena expulsiva (tais como penas de demissão ou de cassação de aposentadoria), não raro o servidor busca a prestação jurisdicional, ingressando com ação judicial junto ao Poder Judiciário.

Nestes casos, faz-se relevante que a autoridade instauradora do processo disciplinar (condição que, em geral, recai sobre o Chefe do Escor e, excepcionalmente, sobre o Corregedor), ao ser notificado pela autoridade judicial ou ao ter tido ciência de qualquer outra forma da existência da ação judicial, de imediato, protocolize um processo administrativo, instruído com cópias dos documentos recebidos do Poder Judiciário e com outros documentos a que porventura tenha acesso e que considere relevante para a instrução, registro e documentalização do acompanhamento da ação, bem como comunique o fato ao Sejud, a fim de que este possa prestar o necessário apoio nesta tarefa.

Em razão de suas competências regimentais, o Sejud se incumbem de atualizar e de disponibilizar no sistema correcional os entendimentos jurisprudenciais sobre matéria disciplinar e acompanha, de forma coordenada com a Advocacia-Geral da União (AGU), as ações judiciais que guerreiam os processos disciplinares da Coger e dos Escor, as ações civis indenizatórias de dano ao erário, as ações civis de improbidade administrativa, as ações penais e ainda estes mesmos provimentos judiciais ou outros que acarretem a decretação da perda do cargo à margem da instância disciplinar.

Complemente-se ainda que atuação do Sejud permite inferir o grau de qualidade técnica e jurídica dos trabalhos correcionais da Coger e dos Escor, mediante o acompanhamento do índice de reversões judiciais de penas expulsivas a servidores da RFB.

Por fim, na área de apoio administrativo da atividade correcional, a Coger conta com o

Serviço de Atividades Auxiliares (Seaux), a que compete a execução das atividades financeiras e orçamentárias referentes a deslocamentos de servidores e também, no que cabível (já que os Escor contam, nas respectivas Regiões Fiscais - RF, com apoio das Divisões de Gestão de Pessoas e de Programação e Logística das Superintendências Regionais da Receita Federal do Brasil - SRRF/Digep e SRRF/Dipol), ao controle das atividades referentes a pessoal, patrimônio e serviços gerais.

Cumpre ainda mencionar que, sob aspecto formal positivado, permanece no atual Regimento Interno da RFB a Divisão de Controle da Atividade Correcional Dicac), com competências descritas no seu art. 23. A norma regimental vigente confere a esta subunidade correcional competência para controlar as informações referentes à atividade correcional, por meio de estatísticas anuais; assessorar o Corregedor no planejamento sistêmico; e coordenar os trabalhos de indicadores de gestão, para fins de avaliação de resultados, culminando na elaboração dos Relatórios de Desempenho anuais.

Ainda segundo o atual Regimento Interno da RFB, esta subunidade exerce o controle administrativo de toda a atividade correcional, acompanhando desde o resultado das investigações disciplinares e das notícias de supostas irregularidades (representações ou denúncias) que chegam ao sistema, provendo estatísticas do resultado dos juízos de admissibilidade, controlando o andamento dos trabalhos a cargo das comissões disciplinares (mantendo a base de dados de processos em andamento e rol de acusados e indiciamentos) e acompanhando e tabelando os resultados das apenações. Decerto, esta atuação está fortemente associada à alimentação das bases de dados de sistemas gerenciais de controle interno e externo, muitas vezes a cargo das comissões disciplinares ou das autoridades instauradoras, pois tais informações são empregadas como ferramentas de busca do aprimoramento da atuação do sistema e de avaliação para fim de planejamento. Subordinada à Dicac, a Seção de Capacitação de Desenvolvimento Sacad) é competente para as atividades de capacitação e de desenvolvimento de pessoal.

Mas, é de se reconhecer que, na prática, desde a edição da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (a chamada Lei Anticorrupção), que dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, aquelas competências de controle gerencial vêm sendo exercidas de forma individual, em um âmbito similar a um assessoramento pessoal do Corregedor, e à margem do organograma. Isto porque enquanto não se tem a formal alteração regimental, decidiu-se, gerencialmente, reservar a estrutura orgânica da Dicac para antecipar e preparar a organização de uma nova Divisão, que terá a competência de atuar naquela nova área de responsabilização de pessoas jurídicas, conforme se introduzirá a seguir, em **2.2.2.3**.

Não obstante a formal apresentação das competências regimentais, é de se mencionar que, por força da Portaria RFB nº 268, de 6 de março de 2012, em seu art. 7º C, o Corregedor, além da competência advocatória, possui, por delegação, competência para transferir competências entre as subunidades (entre suas Coordenação, Divisões, Serviços, Seção, Escor e Nucor), para transferir atribuições dos respectivos chefes e também para estabelecer jurisdição de Escor de forma concorrente em todo território nacional.

*Portaria RFB nº 268, de 2012 - Art. 7º C. Delegar competência ao Corregedor para, no âmbito da Corregedoria, transferir competências entre unidades e subunidades, e atribuições entre dirigentes, bem como estabelecer jurisdição de forma concorrente em todo território nacional. (Incluído pela Portaria RFB nº 1.360, de 16 de julho de 2014)*

Tais competências restam refletidas no § 2º do art. 4º da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014.

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 4º  
§ 2º O Corregedor poderá, a qualquer tempo: (Redação dada pela Portaria Coger nº 36, de 12 de setembro de 2014)*

*I - avocar a instauração ou tramitação de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar, sem que isso implique revogação parcial ou total da competência dos Chefes de Escor; (Redação dada pela Portaria Coger nº 36, de 2014)*

*II - transferir competências entre unidades e subunidades, e atribuições entre dirigentes, bem como estabelecer jurisdição de forma concorrente em todo território nacional. (Incluído pela Portaria Coger nº 36, de 2014)*

### **2.2.2.2.3 - A Competência da Corregedoria para Atuar na Responsabilização de Pessoas Jurídicas por Atos contra a Administração Pública e Síntese do Processo Administrativo de Responsabilização**

No contexto de crescente repúdio social às práticas de corrupção (no sentido mais lato possível do termo) envolvendo organizações da iniciativa privada e agentes públicos e em decorrência de projeto de lei de iniciativa do próprio Poder Executivo federal (e, mais especificamente, do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU), o ordenamento jurídico foi inovado com a publicação da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, chamada de Lei Anticorrupção. Pode-se mencionar também a harmonia com a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003, e com a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de 17 de dezembro de 1997, promulgadas no Brasil pelos respectivos Decretos nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, e nº 3.678 de 30 de novembro de 2000, e admitidas, portanto, no ordenamento nacional com força de lei.

Pode-se dizer que, de certa forma, após imemorial inércia legislativa, enfim, este diploma legal veio suprir histórica lacuna no poder punitivo estatal. Associada à consabida necessidade, na imensa maioria dos casos, de acerto mútuo entre entes privado e público para se concretizarem as nefastas intenções ilícitas de ambos, sempre se teve, de um lado, o poder punitivo estatal sobre seus próprios agentes, consubstanciado no regime e no processo disciplinares, com possibilidade até de aplicação de gravosa pena máxima expulsiva, nos casos de maior ofensividade da conduta; todavia, de outro lado, a pessoa jurídica ativa na conduta (ou seja, o ente “corruptor”, em sentido amplo) sempre foi brindada, até a publicação da citada Lei, com o vácuo legislativo facilitador de sua impunidade em via administrativa (já que o ordenamento pátrio não prevê a incidência do Direito Penal sobre pessoas jurídicas).

Assim, a Lei nº 12.846, de 2013, no seus arts. 1º e 2º, estabeleceu a responsabilidade de rara natureza objetiva, em instâncias administrativa e civil, contra pessoas jurídicas atuantes livre iniciativa (sejam sociedades empresárias ou simples, sejam fundações ou associações, nacionais ou estrangeiras com qualquer espécie de representação no País, abarcando, desta forma, a mais relevante parcela do que o art. 44 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC) reconhece como pessoas jurídicas de direito privado, sendo de inegável destaque a incidência sobre as sociedades empresárias), em decorrência de atos lesivos à Administração praticados em seu interesse ou benefício, prevendo sanções que afetam diretamente o patrimônio daqueles entes corruptores e adeptos de estratégias à margem da boa ética empresarial.

*Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.*

*Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de*

*direito, ainda que temporariamente.*

*Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.*

Segundo a manifestação da CGU, por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 17, de 11 de setembro de 2017, também as empresas individuais de responsabilidade limitada (Eireli) são atingidas por este ordenamento.

*Enunciado CGU/CCC nº 17, de 2017: “Aplicação da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 à empresa individual de responsabilidade limitada - Eireli. A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) está sujeita à responsabilização administrativa prevista na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.”*

De se destacar a previsão legal de responsabilização administrativa independentemente de comprovação de ânimo subjetivo (ou seja, de atuação com culpa ou com dolo) de parte de quem quer que seja, bastando, para a configuração do ato lesivo, a mera concretização fática da hipótese legal. Não há que se condicionar a nova incidência legal à busca de elementos indicadores de intencionalidade e consciência e nem mesmo de dever de cautela na conduta de qualquer partícipe. A responsabilização administrativa da pessoa jurídica se impõe com a mera comprovação de prática de ato proibido na Lei nº 12.846, de 2013, sendo suficiente a comprovação da relação denexo causal entre a conduta empresarial e o resultado ilícito pretendido (e não necessariamente obtido, conforme se antecipa que o inciso II do art. 7º da mesma Lei permite interpretar) que afronta bem jurídico que aquele diploma legal tutela. No contexto legal precedente, o ordenamento voltava-se apenas para a responsabilização das pessoas físicas ativas na prática da corrupção, seja quando agiam individualmente, seja quando agiam como administradores de pessoas jurídicas, como, por exemplo, disciplinam o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP) e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa), sempre dependentes da comprovação do seu estado anímico subjetivo (de culpa ou de dolo) - para as pessoas jurídicas, restavam apenas repercussões associadas à proibição de contratar com a Administração Pública. De outro giro, arma-se o Estado, a partir deste novo paradigma, com o ferramental jurídico para atingir predominantemente o bem jurídico talvez de maior relevância da atividade empresarial, que é seu próprio patrimônio - e de forma objetiva e direta.

Tanto é assim que, conforme o art. 3º da Lei nº 12.846, de 2013, esta espécie objetiva de responsabilidade administrativa (punitiva sobre a pessoa jurídica) e civil (reparadora de prejuízo ao erário, sobre seu patrimônio) não se confunde com a eventual responsabilização penal individual de seus dirigentes (na medida das respectivas culpabilidades), não se superpondo a esta esfera de Direito e não a prejudicando. Até porque esta esfera punitiva sobre a pessoa, de forma diametralmente oposta à inovação trazida pela citada Lei, sobre a entidade privada, requer a comprovação de dolo ou ao menos de culpa. Em outras palavras, opera aqui o consagrado princípio da independência das instâncias.

*Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.*

*§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.*

*§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.*

Materialmente, o *caput* e os incisos I a V do art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, elencam as condutas que caracterizam lesão à Administração Pública, como um grande gênero, desdobrado ainda no *caput* em três grandes espécies de atos que atentem contra o patrimônio

público, de atos que infrinjam princípios da Administração Pública (em clara harmonia com a Lei nº 8.429, de 1992) e de atos contra os compromissos internacionais formados pelo Brasil (atraindo novamente a atenção às três já mencionadas Convenções das quais o País é signatário).

*Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:*

*I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;*

*II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;*

*III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;*

*IV - no tocante a licitações e contratos:*

*a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;*

*b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;*

*c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;*

*d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;*

*e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;*

*f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou*

*g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;*

*V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.*

Aproximando a aplicação material da Lei para o foco específico da Secretaria da Receita Federal (RFB), quando este órgão, em suas competências legais e regimentais for vítima da ação lesiva de pessoas jurídicas (sobretudo na relação Fisco x contribuinte), os incisos I e II do seu art. 5º guardam destacada proximidade com as condutas ensejadoras de processo disciplinar, despontando como hipóteses legais bastante plausíveis de instauração da responsabilização administrativa em tela. Na sequência, o inciso III do mesmo dispositivo também pode ser fonte comum desta espécie de responsabilização sempre que utilizado com o intuito de aperfeiçoar o ato corruptivo, seja ocultando a identidade do agente corruptor, ou ainda, de seu beneficiário (o agente corrompido). Já o inciso IV do mesmo art. 5º, atinente a licitações e contratos, embora tenha recebido diferenciada dedicação do legislador ao ter sido desdobrado em sete alíneas detalhadas, não é hipótese comum de ocorrência no âmbito da RFB, em nenhuma instância administrativa interna. Por fim, o inciso V se confunde com a situação previamente conhecida e positivada como embaraço à fiscalização, sendo certo que, para tal caso, o Fisco dispõe de instrumentos mais específicos de inibição e de punição desta conduta de parte do contribuinte, não se afigurando como uma hipótese comum de responsabilização de pessoa jurídica.

Reitera-se a abrangência do alcance legal: além de a responsabilidade se satisfazer com a mera conduta objetiva proibida na Lei nº 12.846, de 2013, têm-se definições amplas das ilicitudes nos incisos do art. 5º e compreende-se que sua natureza se assemelha aos ilícitos

de consumação antecipada, ou seja, que se concretizam antes mesmo ou ainda que nem sequer se obtenha o resultado delituoso (a vantagem pretendida pelo autor, a que se referem o inciso II do art. 7º da mesma Lei e o art. 20 do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, norma regulamentadora da mencionada Lei).

A ciência de suposto ato lesivo à Administração Pública, ocorrida de ofício por esforços internos próprios ou por provocação externa, impõe à autoridade administrativa competente o dever de iniciativa, não sendo tolerada a inércia ou omissão. *A priori*, a ciência da possível ocorrência material de ilícito desta natureza impõe à autoridade competente a instauração da instrumentalidade prevista na Lei nº 12.846, de 2013, qual seja, o chamado processo administrativo de responsabilização de pessoa jurídica de direito privado (ou, de forma sintética, processo administrativo de responsabilização - PAR).

Mais especificamente, o *caput* e o § 1º do art. 8º da Lei nº 12.846, de 2013, estabelecem que, *a priori*, as competências para instauração e para julgamento do PAR recaem sobre o titular do órgão ou da entidade em que tenha se dado o fato irregular, ressalvando possibilidade de delegação. E, de forma mais ampla, conforme o § 2º do comando legal acima, residualmente compete à CGU, de forma concorrente, instaurar e julgar PAR por ato lesivo ocorrido em qualquer órgão público federal, bem como, de forma exclusiva, avocar processos em curso, para avaliar sua regularidade ou para corrigir seu andamento. O § 1º do art. 13 do Decreto nº 8.420, de 2015, estabelece as condições para que a CGU exerça tais competências e obriga os órgãos a encaminharem documentos e informações solicitados. Mencione-se que, a CGU conta com a Coordenação-Geral de Responsabilização de Entes Privados da CGU (CGU/CRG/Corep em seu organograma, subordinada à Corregedoria-Geral da União da CGU (CGU/CRG).

*Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.*

*§ 1º A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação.*

*§ 2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.*

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 13. A Controladoria-Geral da União possui, no âmbito do Poder Executivo federal, competência:*

*I - concorrente para instaurar e julgar PAR; e*

*II - exclusiva para avocar os processos instaurados para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível.*

*§ 1º A Controladoria-Geral da União poderá exercer, a qualquer tempo, a competência prevista no caput, se presentes quaisquer das seguintes circunstâncias:*

*I - caracterização de omissão da autoridade originariamente competente;*

*II - inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem;*

*III - complexidade, repercussão e relevância da matéria;*

*IV - valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade atingida; ou*

*V - apuração que envolva atos e fatos relacionados a mais de um órgão ou entidade da administração pública federal.*

*§ 2º Ficam os órgãos e entidades da administração pública obrigados a encaminhar à Controladoria-Geral da União todos os documentos e*

*informações que lhes forem solicitados, incluídos os autos originais dos processos que eventualmente estejam em curso.*

Na mais detalhada regulamentação instrumental, operada pela CGU por meio da Portaria CGU nº 910, de 7 de abril de 2015, nos §§ 2º e 3º do seu art. 3º, ficou estabelecido que o órgão lesado pode solicitar a atuação concorrente da CGU nas hipóteses dos quatro últimos incisos acima reproduzidos do § 1º do art. 13 do Decreto nº 8.420, de 2015, e que incumbe ao Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União a competência advocatória.

*Portaria CGU nº 910, de 2015 - Art. 3º*

*§ 2º A competência concorrente de que trata o inciso I do caput poderá ser exercida pela CGU a pedido do órgão ou entidade lesada, nas hipóteses previstas nos incisos II a V do § 1º.*

*§ 3º A competência exclusiva para avocar PAR prevista no inciso II do caput será exercida pelo Ministro de Estado Chefe da CGU.*

Abre-se neste ponto um breve parêntese explicativo acerca da forma de redação do presente tópico, sobretudo quanto à reprodução das normas. Aqui, embora se tenha exaurido, até onde cabível, todas as reproduções dos dispositivos da Lei nº 12.846, de 2013, e do Decreto nº 8.420, de 2015, naquilo que ambos se aplicam e interessam de forma vinculante à Coger (e não dos dispositivos que obrigam apenas a CGU), mesmo quando estes basicamente apenas reproduzem aqueles, poupou-se a reprodução dos dispositivos da Portaria CGU nº 910, de 2015, quando nada inovam em relação às duas normas antecedentes; apenas se mencionam e se reproduzem dispositivos desta Portaria CGU quando desdobram um grau de detalhamento mais aprofundado que aqueles já expostos naquela Lei e naquele Decreto.

Retomando a exposição normativa, eis que o Decreto nº 8.420, de 2015, em seu art. 3º, esclareceu a questão da competência instauradora ministerial em caso de órgão da Administração direta federal.

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 3º A competência para a instauração e para o julgamento do PAR é da autoridade máxima da entidade em face da qual foi praticado o ato lesivo, ou, em caso de órgão da administração direta, do seu Ministro de Estado.*

*Parágrafo único. A competência de que trata o caput será exercida de ofício ou mediante provocação e poderá ser delegada, sendo vedada a subdelegação.*

Assim, no foco de maior interesse, em primeira leitura, qualquer ato lesivo decorrente de atuação de pessoa jurídica em todas as áreas de atuação fiscal (independentemente do macroprocesso de trabalho da RFB) imporia ao Ministro de Estado da Fazenda as competências instauradora e julgadora do PAR.

Todavia, este titular da Pasta, por meio da Portaria MF nº 167, de 24 de março de 2015, delegou competências para instauração e para apuração de responsabilidade de pessoa jurídica mediante PAR, no âmbito da RFB, para o Corregedor e para os Chefes de Escritório de Corregedoria (Escor), de acordo com suas jurisdições regimentais; para o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN); e, residualmente no restante do âmbito do Ministério da Fazenda (MF), para o Corregedor-Geral do MF. Destaque-se que a competência julgadora não foi delegada, restando, em todos os casos, na alçada ministerial.

*Portaria MF nº 167, de 2015 - Art. 1º Delegar a instauração de processo e apuração da responsabilidade de pessoa jurídica de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito deste Ministério da Fazenda, ao sistema correicional já instaurado, competindo:*

*I - à Corregedora-Geral do Ministério da Fazenda, no âmbito de todo o Ministério da Fazenda, exceto os ocorridos no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;*

*II - à Procuradora-Geral da Fazenda Nacional, no âmbito da Procuradoria-*

*Geral da Fazenda Nacional;  
 III - ao Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil e aos Chefes de Escritórios da Corregedoria da Receita Federal, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos do regimento interno do órgão.  
 Art. 2º A competência para julgamento dos processos administrativos de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica permanece com o Ministro de Estado da Fazenda.*

Daí, em decorrência de tal incumbência delegada à Corregedoria (Coger) e aos Escor, em complemento ao já aduzido em **2.2.2.2.2**, antes mesmo de o Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, vier a ser atualizado e passe a contemplar uma Divisão específica para tal tema no âmbito da Coger, gerencialmente, concentraram-se, pessoalmente na figura informal de um assessor pessoal do Corregedor, as competências de natureza de controle gerencial formalmente a cargo da Divisão de Controle da Atividade Correcional Dicac - descritas no art. 23 da norma regimental atual) e deixou-se então a estrutura orgânica da Divisão disponível para dar início aos trabalhos de implantação desta nova área de atuação correcional, qual seja, da responsabilização administrativa de pessoas jurídicas mediante PAR, sob molde da Lei nº 12.846, de 2013.

Não obstante o acima exposto, conforme esclarece o art. 4º do Decreto nº 8.420, de 2015, a ciência de suposto ato lesivo, de imediato faz inaugurar o que se denomina fase de admissibilidade, que pode conter ou não procedimentos investigativos e analíticos antes da decisão da autoridade instauradora (ou seja, como elementos de instrução da emanção do seu juízo de admissibilidade). Ademais, ainda de acordo com o mesmo comando normativo, a rigor, esta ciência não necessariamente obriga a imediata instauração de PAR, como o rito punitivo assegurador de garantias de ampla defesa e de contraditório, por parte da autoridade instauradora. Sempre há se de estabelecer uma prévia fase de admissibilidade, que, em duas situações extremadas, pode-se resumir em simples parecer analítico seguido da decisão da autoridade (a que se dá o nome de juízo de admissibilidade, arquivando o feito ou instaurando o PAR) ou se reduzir tão somente à decisão motivada, dispensando-se o parecer; ou em que, na situação mais frequente, é cabível e necessária uma procedimentalização investigativa para instruir a análise qualitativa do conteúdo da notícia ou provocação.

Se a notícia é totalmente desprovida de indícios de irregularidade, procede-se ao arquivamento do feito; se, ao contrário, traz desde o início claros indícios da conduta lesiva, instaura-se de imediato o PAR. Em tais situações de previsível e cristalina solução, em que se demonstre viável que se proceda de forma mais imediata ao preparo da emanção do juízo de admissibilidade, pode a ocorrência ser informalmente distribuída e despachada a um único servidor, dispensando-se portaria de designação para rito investigativo. Por fim, na situação intermediária e mais comum, enriquece-se a fase de admissibilidade, com instauração de procedimento especificamente previsto no inciso I do art. 4º do Decreto nº 8.420, de 2013, de investigação preliminar, com o fim de levantar os indícios de materialidade e de autoria do ato lesivo. A investigação preliminar, sem fim punitivo e portanto sem ter de assegurar garantias de ampla defesa e de contraditório, é conduzida por equipe investigativa, formalmente designada, composta de dois ou mais servidores detentores de cargo efetivo (e não necessariamente estáveis), em prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, culminando em peça propositiva à autoridade, acerca da confirmação ou não dos indícios da irregularidade.

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 4º A autoridade competente para instauração do PAR, ao tomar ciência da possível ocorrência de ato lesivo à administração pública federal, em sede de juízo de admissibilidade e mediante despacho fundamentado, decidirá:*

*I - pela abertura de investigação preliminar;*

*II - pela instauração de PAR; ou*

*III - pelo arquivamento da matéria.*

*§ 1º A investigação de que trata o inciso I do caput terá caráter sigiloso e não*

*punitivo e será destinada à apuração de indícios de autoria e materialidade de atos lesivos à administração pública federal.*

*§ 2º A investigação preliminar será conduzida por comissão composta por dois ou mais servidores efetivos.*

*§ 4º O prazo para conclusão da investigação preliminar não excederá sessenta dias e poderá ser prorrogado por igual período, mediante solicitação justificada do presidente da comissão à autoridade instauradora.*

*§ 5º Ao final da investigação preliminar, serão enviadas à autoridade competente as peças de informação obtidas, acompanhadas de relatório conclusivo acerca da existência de indícios de autoria e materialidade de atos lesivos à administração pública federal, para decisão sobre a instauração do PAR.*

A Portaria CGU nº 910, de 2015, ratificou, no § 2º do art. 2º, que, diante de notícia de suposto ato lesivo mas sem indícios suficientes para imediata instauração de PAR, pode ser instaurado o procedimento de investigação preliminar. O tema obteve maior detalhamento ainda no art. 9º da mesma norma, abordando inclusive a possibilidade de a notícia de ato lesivo à Administração ser anônima, o que obriga a instauração de investigação preliminar. Este comando normativo ratificou o dispositivo do mencionado Decreto, de que a investigação preliminar é instaurada mediante despacho da autoridade instauradora, designando a comissão de dois servidores efetivos e o seu presidente, incumbida de, no prazo de sessenta dias (prorrogáveis por igual período) apresentar relatório propondo a instauração de PAR ou arquivamento do feito, caso identifique ou não a existência de indícios de materialidade e de autoria do ato lesivo por parte de pessoa jurídica. Encaminhados os autos à autoridade instauradora, a esta cabe acatar a proposta ou, entendendo não satisfatória a instrução processual, determinar novas diligências.

*Portaria CGU nº 910, de 2015 - Art. 2º*

*§ 2º Na ausência de indícios de autoria e materialidade suficientes para subsidiar a instauração de PAR, poderá ser instaurada investigação preliminar, de caráter sigiloso e não punitivo, conforme disposto nos §§ 1º a 5º do art. 4º do Decreto nº 8.420, de 2015.*

*Art. 9º A investigação preliminar constitui procedimento de caráter preparatório que visa a coletar indícios de autoria e materialidade para verificar o cabimento da instauração de PAR.*

*§ 1º A investigação preliminar será dispensável caso presentes indícios de autoria e materialidade suficientes à instauração do PAR.*

*§ 2º No caso de denúncia não identificada que contenha elementos mínimos de autoria e materialidade será instaurada, de ofício, investigação preliminar para verificar a verossimilhança dos fatos denunciados.*

*§ 3º A investigação preliminar será conduzida por comissão composta por, no mínimo, dois servidores efetivos, que exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, podendo utilizar-se de todos os meios probatórios admitidos em lei para a elucidação dos fatos.*

*§ 4º O processo de investigação preliminar será instaurado por meio de despacho que indicará, dentre os membros da comissão, aquele que exercerá a função de presidente.*

*§ 5º O prazo para conclusão da investigação preliminar não excederá sessenta dias e poderá ser prorrogado por igual período, mediante solicitação justificada do presidente da comissão à autoridade instauradora.*

*§ 6º A comissão de investigação preliminar deverá elaborar relatório conclusivo quanto à existência ou não de indícios de autoria e materialidade relacionados à responsabilização administrativa de pessoa jurídica pela prática de atos lesivos à administração pública, devendo recomendar a instauração de PAR ou o arquivamento da matéria, conforme o caso.*

*§ 7º Encerrados os trabalhos da comissão de investigação preliminar, o processo será remetido à autoridade instauradora, que poderá determinar a realização de novas diligências, o arquivamento da matéria ou a instauração*

*de PAR.*

Havendo indícios do ato lesivo à Administração, seja mediante satisfativa notícia ou provocação, seja em decorrência de investigação interna realizada de ofício, a autoridade competente instaura o PAR, por meio da designação, em portaria, de comissão composta por dois servidores estáveis, indicando o presidente, conforme determina o *caput* do art. 10 da Lei nº 12.846, de 2013. A Portaria CGU nº 910, de 2015, no seu art. 10, detalha ainda mais o ato deflagrador, estabelecendo que a designação se dá por portaria publicada no Diário Oficial da União (DOU), contendo nome, cargo e matrícula dos dois membros e indicando o presidente - remetendo à atenção com os incidentes de impedimento e de suspeição, à luz dos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regula a processualística no âmbito da Administração Pública federal) -, e o prazo para conclusão, com remissão apenas ao nº do processo onde se encontram autuados os fatos, sem descrição dos indícios da materialidade e da autoria.

*Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 10. O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis.*

*Portaria CGU nº 910, de 2015 - Art. 10. No ato de instauração do PAR, a autoridade competente designará comissão composta por dois ou mais servidores estáveis.*

*§ 1º A instauração do PAR dar-se-á por meio de portaria publicada no Diário Oficial da União, que conterá:*

*I - o nome, o cargo e a matrícula dos membros integrantes da comissão;*

*II - a indicação do membro que presidirá a comissão;*

*III - o número do processo administrativo onde estão narrados os fatos a serem apurados; e*

*IV - o prazo para conclusão do processo.*

*§ 2º Os integrantes da comissão do PAR deverão observar as hipóteses de impedimento e suspeição previstas nos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e o dever previsto no art. 4º da Lei nº 12.813, de 2013.*

A partir da instauração, todas as informações referentes ao PAR deverão ser registradas em sistema de gerenciamento eletrônico mantido pela CGU, conforme determina o art. 49 do Decreto nº 8.420, de 2015.

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 49. As informações referentes ao PAR instaurado no âmbito dos órgãos e entidades do Poder Executivo federal serão registradas no sistema de gerenciamento eletrônico de processos administrativos sancionadores mantido pela Controladoria-Geral da União, conforme ato do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União.*

Uma vez designada, a comissão dispõe do prazo de 180 dias, a contar da data de publicação da portaria instauradora e prorrogável por igual período, para concluir seus trabalhos, conforme estabelecem os §§ 3º e 4º do art. 10 da Lei nº 12.846, de 2013. O art. 6º e o *caput* e o § 1º do art. 9º, ambos do Decreto nº 8.420, de 2015, reiteram o prazo e que estes trabalhos apuratórios devem ser conduzidos pelo colegiado de forma autônoma e independente em relação à autoridade instauradora no que concerne às suas convicções, com atenção ao sigilo necessário ao interesse público do esclarecimento fático e à preservação da imagem da pessoa jurídica e com absoluto respeito às máximas constitucionais da ampla defesa e do contraditório, inafastáveis e essenciais em qualquer espécie de rito de natureza punitiva, como é o caso do PAR.

*Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 10.*

*§ 3º A comissão deverá concluir o processo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que a instituir e, ao final, apresentar relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas.*

*§ 4º O prazo previsto no § 3º poderá ser prorrogado, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora.*

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 6º A comissão a que se refere o art. 5º exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo, sempre que necessário à elucidação do fato e à preservação da imagem dos envolvidos, ou quando exigido pelo interesse da administração pública, garantido o direito à ampla defesa e ao contraditório.*

*Art. 9º O prazo para a conclusão do PAR não excederá cento e oitenta dias, admitida prorrogação por meio de solicitação do presidente da comissão à autoridade instauradora, que decidirá de forma fundamentada.*

*§ 1º O prazo previsto no caput será contado da data de publicação do ato de instauração do PAR.*

Nos termos do *caput* e do § 1º do art. 26, ambos da Lei nº 12.846, de 2013, do art. 8º do Decreto nº 8.420, de 2015, e do art. 13 da Portaria CGU nº 910, de 2015, após se instalar em sua sala de trabalho e estudar os autos, deve a comissão notificar a pessoa jurídica da instauração do PAR, informando os fatos ilícitos sob apuração, a fim de que possa não só acompanhar os atos instrutórios mas também solicitar no prazo de dez dias as provas que pretende produzir, ter acesso aos autos exclusivamente na repartição e obter cópias porventura requeridas, por intermédio de quem possua tal poder no estatuto ou contrato social, como representante legal ou procurador, ou de quem administre seus bens.

*Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 26. A pessoa jurídica será representada no processo administrativo na forma do seu estatuto ou contrato social.*

*§ 1º As sociedades sem personalidade jurídica serão representadas pela pessoa a quem couber a administração de seus bens.*

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 8º A pessoa jurídica poderá acompanhar o PAR por meio de seus representantes legais ou procuradores, sendo-lhes assegurado amplo acesso aos autos.*

*Parágrafo único. É vedada a retirada dos autos da repartição pública, sendo autorizada a obtenção de cópias mediante requerimento.*

*Portaria CGU nº 910, de 2015 - Art. 13. Instalada a comissão, será a pessoa jurídica notificada da abertura do PAR para acompanhar todos os atos instrutórios e para, no prazo de dez dias, especificar as provas que pretende produzir. (Redação dada pela Portaria CGU nº 1.381, de 23 de junho de 2017)*

*§ 1º A pessoa jurídica poderá acompanhar o PAR por meio de seus representantes legais ou procuradores, sendo-lhes assegurado amplo acesso aos autos.*

*§ 2º É vedada a retirada dos autos da repartição pública, sendo autorizada a obtenção de cópias mediante requerimento.*

*§ 3º Na notificação prévia, a Comissão informará à pessoa jurídica dos fatos ilícitos apurados. (Incluído pela Portaria CGU nº 1.381, de 2017)*

Acrescentem-se os mandamentos do *caput* e do § 1º do art. 7º do Decreto nº 8.420, de 2015, destacando a extensa liberalidade para uso dos mais diversos meios para concretização dos atos de comunicação no curso do PAR, entre a comissão e a pessoa jurídica e demais intervenientes, sendo expressamente aceitos o correio eletrônico, a via postal e, por fim, até por meio de edital no Diário Oficial da União (DOU), em jornal de grande circulação no Estado em que se sedia o ente privado e no sítio eletrônico do órgão condutor do PAR.

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 7º As intimações serão feitas por meio eletrônico, via postal ou por qualquer outro meio que assegure a certeza de ciência da pessoa jurídica acusada, cujo prazo para apresentação de defesa será contado a partir da data da cientificação oficial, observado o disposto no Capítulo XVI da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.*

*§ 1º Caso não tenha êxito a intimação de que trata o caput, será feita nova intimação por meio de edital publicado na imprensa oficial, em jornal de grande circulação no Estado da federação em que a pessoa jurídica tenha sede,*

*e no sítio eletrônico do órgão ou entidade pública responsável pela apuração do PAR, contando-se o prazo para apresentação da defesa a partir da última data de publicação do edital.*

Ademais, no desempenho da tarefa para que foi designada, a comissão também tem liberdade ampla de utilização de todos os meios probatórios regularmente aceitos em Direito, inclusive podendo se valer do atual estágio tecnológico para realizar reuniões, deliberações e atos de coleta de prova por meio de videoconferências ou por meio de quaisquer outros recursos de transmissão de sinais de áudio e vídeo em tempo real, desde que atente sempre para as garantias constitucionais de ampla defesa e de contraditório, conforme preceitua o art. 14 da Portaria CGU nº 910, de 2015.

*Portaria CGU nº 910, de 2015 - Art. 14. A comissão procederá à instrução do PAR podendo utilizar-se de todos os meios probatórios admitidos em lei, bem como realizar quaisquer diligências necessárias à elucidação dos fatos.*

*Parágrafo único. Os atos processuais poderão ser realizados por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa. (Redação dada pela Portaria CGU nº 1.381, de 2017)*

Em atendimento ao art. 15A da Portaria CGU nº 910, de 2015, depois de coletadas todas as provas de interesse da comissão, a pessoa jurídica deve ser intimada para apresentar, caso queira, em cinco dias, os derradeiros elementos formadores de convicção, antes que se encerre a instrução processual.

*Portaria CGU nº 910, de 2015 - Art. 15-A. Não havendo mais provas a serem produzidas de interesse da comissão, a pessoa jurídica será intimada para que, no prazo de cinco dias, especifique eventuais outras provas que pretenda produzir antes do encerramento da fase de instrução. (Incluído pela Portaria CGU nº 1.381, de 2017)*

Conforme o art. 11 da Lei nº 12.846, de 2013, e o *caput* do art. 5º do Decreto nº 8.420, de 2015, após juntar, a pedido ou *ex officio*, todas as provas porventura relevantes e não autuadas na fase investigativa de admissibilidade e por fim esgotar a instrução processual, estando convicta da caracterização do ato lesivo à Administração Pública, a comissão deve intimar a pessoa jurídica, para, no prazo de trinta dias contados a partir da entrega deste ato de comunicação, apresentar peça escrita de defesa e indicar os atos de instrução que deseja. Para oferecer efetiva amplitude de defesa, sem obstáculos ou prejuízos às garantias constitucionais, deve a comissão, em termo de indicição, descrever o enquadramento legal do ato de que acusa a pessoa jurídica e indicar as provas em que se baseia sua convicção preliminar, conforme estabelece o *caput* do art. 16 da Portaria CGU nº 910, de 2015.

*Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 11. No processo administrativo para apuração de responsabilidade, será concedido à pessoa jurídica prazo de 30 (trinta) dias para defesa, contados a partir da intimação.*

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 5º No ato de instauração do PAR, a autoridade designará comissão, composta por dois ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará a pessoa jurídica para, no prazo de trinta dias, apresentar defesa escrita e especificar eventuais provas que pretende produzir.*

*Portaria CGU nº 910, de 2015 - Art. 16. Tipificado o ato lesivo, por meio da peça de indicição, com a especificação dos fatos e das respectivas provas, a comissão intimará a pessoa jurídica para, no prazo de trinta dias, apresentar defesa escrita. (Redação dada pela Portaria CGU nº 1.381, de 2017)*

Se a própria comissão, de ofício, junta novas provas ou se defere o pedido de realização de atos de instrução probatória solicitados pela defesa, deve intimar a pessoa jurídica a fim de que, se quiser, se manifeste, em alegações finais, no prazo de dez dias, acerca destes novos elementos. De outro lado, é conferido o poder ao colegiado de indeferir

pedidos de provas impertinentes, protelatórias e desnecessárias, além, obviamente, de provas tidas como ilícitas; também podem ser recusados os pedidos apresentados após o decurso do prazo regulamentar de dez dias. Estes comandos se encontram nos §§ 2º e 3º do art. 5º do Decreto nº 8.420, de 2015.

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 5º*

*§ 2º Na hipótese de deferimento de pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão, a pessoa jurídica poderá apresentar alegações finais no prazo de dez dias, contado da data do deferimento ou da intimação de juntada das provas pela comissão.*

*§ 3º Serão recusadas, mediante decisão fundamentada, provas propostas pela pessoa jurídica que sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas.*

Importante destacar que, no rito do PAR, não cabe declaração de revelia e provocação de defesa dativa. Em outras palavras, caso a pessoa jurídica não apresente peça de defesa, a comissão passa diretamente para a elaboração de seu relatório com base unicamente na instrução probatória coletada e juntada aos autos, nos termos positivados pelo parágrafo único do art. 17 da Portaria CGU nº 910, de 2015.

*Portaria CGU nº 910, de 2015 - Art. 17.*

*Parágrafo único. Transcorrido o prazo de defesa de que trata o caput do art. 16 sem que a pessoa jurídica tenha se manifestado, a comissão procederá à elaboração do relatório final com base exclusivamente nas provas produzidas e juntadas no PAR.*

Se, de um lado, o procedimento irriga-se pelas indispensáveis garantias constitucionais a favor da defesa, de outro, o salutar jogo de pesos e de contrapesos com que caminha e em que se equilibra o Direito concede à comissão poderes de diligenciar em favor da suspensão cautelar dos atos sob apuração, de solicitar a atuação de especialistas - pessoais ou institucionais - na matéria em apreço e a interveniência da Advocacia-Geral da União (AGU) ou da PGFN, de acordo com cada caso, para requerer medidas de proteção dos trabalhos, tais como obtenção de mandados de busca e apreensão, conforme os §§ 1º e 2º do art. 10 da Lei nº 12.846, de 2013, e o § 2º do art. 9º do Decreto nº 8.420, de 2015.

*Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 10.*

*§ 1º O ente público, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, a pedido da comissão a que se refere o caput, poderá requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão.*

*§ 2º A comissão poderá, cautelarmente, propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou processo objeto da investigação.*

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 9º*

*§ 2º A comissão, para o devido e regular exercício de suas funções, poderá:*

*I - propor à autoridade instauradora a suspensão cautelar dos efeitos do ato ou do processo objeto da investigação;*

*II - solicitar a atuação de especialistas com notório conhecimento, de órgãos e entidades públicos ou de outras organizações, para auxiliar na análise da matéria sob exame; e*

*III - solicitar ao órgão de representação judicial ou equivalente dos órgãos ou entidades lesados que requeira as medidas necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão, no País ou no exterior.*

É interessante destacar a diferenciada valorização que o ordenamento conferiu à existência de programa preventivo de integridade na pessoa jurídica (também chamado doutrinariamente de prática de “*compliance*”), tendo em vista o expresso comando do § 4º do art. 5º do Decreto nº 8.420, de 2015, como um obrigatório parâmetro de dosimetria a ser ponderado pela comissão ao final de seu trabalho, conforme define o inciso VIII do art. 7º da

Lei nº 12.846, de 2013. O ordenamento do tema conferiu um inequívoco incentivo à adoção deste tipo de programa preventivo de integridade organizacional.

*Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:*

*VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;*

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 5º*

*§ 4º Caso a pessoa jurídica apresente em sua defesa informações e documentos referentes à existência e ao funcionamento de programa de integridade, a comissão processante deverá examiná-lo segundo os parâmetros indicados no Capítulo IV, para a dosimetria das sanções a serem aplicadas.*

Nesta linha, atendendo ao comando do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013, o Decreto nº 8.420, de 2015, em seus arts. 41 e 42, regulamentou os parâmetros de avaliação do instituto do programa de integridade. O mencionado art. 41 define o programa de integridade como o conjunto de mecanismos e de procedimentos internos voltados à preservação da integridade e do ambiente ético, abrangendo posturas preventivas dos atos lesivos, incentivo a denúncias e emprego de auditorias. Mas a norma não contempla um modelo único de programa de integridade; ao contrário, concebe a possibilidade de este conjunto de medidas e de posturas internas variar caso a caso, dependendo da área de mercado de atuação, de suas características e dos seus riscos, da estrutura organizacional e hierárquica, do porte, da quantidade de empregados e do grau de interação com a Administração Pública da pessoa jurídica. Já o mencionado art. 42 lista extenso e exaustivo rol de parâmetros de avaliação do programa de integridade, de desnecessária reprodução no presente.

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.*

*Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.*

*Art. 42.*

*§ 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como:*

Diante da relevância deste programa de integridade para o tema da responsabilização administrativa de pessoa jurídica, a CGU emitiu ainda a Portaria CGU nº 909, de 7 de abril de 2015, detalhando ainda mais os critérios de sua avaliação, para fins tanto de dosimetria punitiva quanto de apreciação de proposta e de celebração de acordo de leniência.

No decorrer do presente tópico, ao se abordarem as sanções legais, se retornará, com o devido detalhamento, à exposição dos parâmetros de dosimetria, elencados no art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013.

Ao final dos seus trabalhos, a comissão elaborará seu relatório conclusivo, dirigido à autoridade instauradora, com proposta de arquivamento ou de responsabilização e, neste último caso, da sanção a ser aplicada, amparada e motivada na apreciação dos parâmetros de dosimetria, conforme leitura conjunta do art. 12 da Lei nº 12.846, de 2013, e do § 3º do art. 9º do Decreto nº 8.420, de 2015. Ainda de acordo com o art. 15 da citada lei, também incumbe à

comissão comunicar o desfecho dos trabalhos ao Ministério Público Federal (MPF).

*Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 12. O processo administrativo, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade instauradora, na forma do art. 10, para julgamento.*

*Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos*

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 9º*

*§ 3º Concluídos os trabalhos de apuração e análise, a comissão elaborará relatório a respeito dos fatos apurados e da eventual responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, no qual sugerirá, de forma motivada, as sanções a serem aplicadas, a dosimetria da multa ou o arquivamento do processo.*

Concluído o relatório, a Portaria CGU nº 910, de 2015, em seu art. 18, determina que o processo seja remetido para a autoridade instauradora e que esta intime a pessoa jurídica para que, caso queira, se manifeste nos autos, no prazo de dez dias.

*Portaria CGU nº 910, de 2015 - Art. 18. Concluído o relatório final, o PAR será remetido à autoridade competente, a qual intimará a pessoa jurídica para, querendo, manifestar-se no prazo máximo de dez dias. (Redação dada pela Portaria CGU nº 1.381, de 2017)*

Caso a comissão vislumbre a configuração de ilícitos de outras instâncias jurídicas, tais como penal e civil, deve provocar, por intermédio da autoridade instauradora, a remessa de cópia de seu relatório para o MPF e para a AGU, nos termos do § 5º do art. 9º do Decreto nº 8.420, de 2015.

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 9º*

*§ 5º Caso seja verificada a ocorrência de eventuais ilícitos a serem apurados em outras instâncias, o relatório da comissão será encaminhado, pela autoridade julgadora:*

*I - ao Ministério Público;*

*II - à Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados, no caso de órgãos da administração pública direta, autarquias e fundações públicas federais; ou*

Após a apreciação de aspectos formais, não havendo nulidade processual e estando satisfatoriamente instruído, o processo é encaminhado à autoridade julgadora, que sempre é o Ministro de Estado da Fazenda, independentemente de quem instaurou e da proposta da comissão. Relembre-se que, no âmbito específico do MF, a Portaria MF nº 167, de 2015, não delegou a competência julgadora, restando na alçada ministerial (embora o Corregedor e os Chefes de Escor sejam competentes para instaurar o PAR, não o são para julgá-lo). Conforme os §§ 4º e 6º do art. 9º e o art. 10, ambos do Decreto nº 8.420, de 2015, o julgamento ministerial sempre deve ser antecedido por Parecer da PGFN; não se vincula à proposta apresentada pela comissão, podendo contrariar seu relatório, desde que motivadamente; e deve ser publicado no DOU e no sítio eletrônico da RFB.

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 9º*

*§ 4º O relatório final do PAR será encaminhado à autoridade competente para julgamento, o qual será precedido de manifestação jurídica, elaborada pelo órgão de assistência jurídica competente.*

*§ 6º Na hipótese de decisão contrária ao relatório da comissão, esta deverá ser fundamentada com base nas provas produzidas no PAR.*

*Art. 10. A decisão administrativa proferida pela autoridade julgadora ao final do PAR será publicada no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico do órgão ou entidade público responsável pela instauração do PAR.*

Embora, a rigor já devam ser mencionadas pela comissão desde o seu relatório, didaticamente, convém neste ponto abordar as penas previstas, visto irrigarem fortemente o

ato de julgamento. O art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013, prevê as sanções para as pessoas jurídicas incursas nos enquadramentos listados no já reproduzido art. 5º da mesma Lei.

As penas legalmente previstas são multa e publicação extraordinária da sentença condenatória, que podem ser aplicadas, após a já mencionada manifestação jurídica da PGFN (no caso específico do MF), isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, sem prejuízo da reparação civil do dano causado, nos termos conjuntos do *caput*, incisos I e II, §§ 1º a 3º do art. 6º e do *caput* do art. 13, ambos da Lei nº 12.846, de 2013.

*Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:*

*I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e*

*II - publicação extraordinária da decisão condenatória.*

*§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.*

*§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.*

*§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.*

*Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.*

Conforme o inciso I e o § 4º do art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013, a multa varia de 0,1% a 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica no exercício anterior à instauração do PAR e jamais pode ser inferior à vantagem auferida com a conduta ilícita, se quantificável; e, alternativamente, pode variar em termos absolutos de R\$ 6.000,00 a R\$ 60.000.000,00 se for inviável aferir o faturamento bruto; por fim, a ausência de comprovação de recolhimento integral da multa no prazo de trinta dias contados da publicação da decisão obriga a inscrição do crédito em dívida ativa da Fazenda Nacional, nos termos do parágrafo único do art. 13 da mencionada Lei e do *caput* e do § 2º do art. 25 do Decreto nº 8.420, de 2015. Conforme estabelece o § 4º do art. 23 da Portaria CGU nº 910, de 2015, compete à pessoa jurídica apresentar ao órgão processante o comprovante do pagamento integral da multa.

*Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 6º*

*§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).*

*Art. 13.*

*Parágrafo único. Concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.*

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 25. A multa aplicada ao final do PAR será integralmente recolhida pela pessoa jurídica sancionada no prazo de trinta dias, observado o disposto nos §§ 1º e 3º do art. 11.*

*§ 1º Feito o recolhimento, a pessoa jurídica sancionada apresentará ao órgão ou entidade que aplicou a sanção documento que ateste o pagamento integral do valor da multa imposta.*

*§ 2º Decorrido o prazo previsto no caput sem que a multa tenha sido recolhida ou não tendo ocorrido a comprovação de seu pagamento integral, o órgão ou entidade que a aplicou encaminhará o débito para inscrição em Dívida Ativa da União ou das autarquias e fundações públicas federais.*

*Portaria CGU nº 910, de 2015 - Art. 23.*

*§ 4º Feito o recolhimento da multa, na forma prevista na decisão, a pessoa jurídica sancionada apresentará documento que ateste seu pagamento integral.*

Esclareça-se que, ao contrário da leitura generalista dos dispositivos do inciso I e do § 4º do art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013, na regulamentação detalhada operada pelo Decreto nº 8.420, de 2015, a comissão e a autoridade julgadora não dispõem, para uma construção intelectual e valorativa única, de toda ampla faixa legal de percentagem do faturamento bruto ou de valores absolutos para propor e para aplicar a multa. Em outras palavras, não se valora o *quantum*, dentre o amplo espectro de 0,1% a 20% do faturamento bruto, em uma aferição macro e em uma análise única global; não se ponderam de forma conjunta e agregada todos os parâmetros de dosimetria para se atingir, de um só passo, o valor final dentre aquela ampla faixa. O gradiente a se percorrer desde o patamar mínimo até o patamar máximo é preenchido de forma gradual, escalonada e fragmentada, de acordo com valorações de seis fatores, que também variam em menos elásticas faixas percentuais do faturamento bruto, a se somarem. Estes fatores variam nas respectivas faixas percentuais se houver ou não continuidade da prática lesiva, conivência dos administradores com a ilicitude, interrupção de fornecimento de serviço ou de obra e reincidência genérica de qualquer conduta vedada em menos de cinco anos e, se for o caso, variam também dependendo da situação econômica do infrator e do valor do contrato formado com a RFB, conforme o art. 17 do Decreto nº 8.420, de 2015. Mas, de outro lado, o percentual total sofre reduções parciais se a infração não se consumir, se houver ressarcimento do dano e se houver confissão espontânea antes da deflagração do PAR e ainda dependendo se houver grau de colaboração da pessoa jurídica e, sobretudo, se houver programa de integridade interno, nos termos do art. 18 do mesmo Decreto.

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 17. O cálculo da multa se inicia com a soma dos valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:*

*I - um por cento a dois e meio por cento havendo continuidade dos atos lesivos no tempo;*

*II - um por cento a dois e meio por cento para tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica;*

*III - um por cento a quatro por cento no caso de interrupção no fornecimento de serviço público ou na execução de obra contratada;*

*IV - um por cento para a situação econômica do infrator com base na apresentação de índice de Solvência Geral - SG e de Liquidez Geral - LG superiores a um e de lucro líquido no último exercício anterior ao da ocorrência do ato lesivo;*

*V - cinco por cento no caso de reincidência, assim definida a ocorrência de nova infração, idêntica ou não à anterior, tipificada como ato lesivo pelo art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, em menos de cinco anos, contados da publicação do julgamento da infração anterior; e*

*VI - no caso de os contratos mantidos ou pretendidos com o órgão ou entidade lesado, serão considerados, na data da prática do ato lesivo, os seguintes percentuais:*

*a) um por cento em contratos acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);*

*b) dois por cento em contratos acima de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);*

*c) três por cento em contratos acima de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais);*

*d) quatro por cento em contratos acima de R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais); e*

*e) cinco por cento em contratos acima de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).*

*Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os*

*valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:*

*I - um por cento no caso de não consumação da infração;*

*II - um e meio por cento no caso de comprovação de ressarcimento pela pessoa jurídica dos danos a que tenha dado causa;*

*III - um por cento a um e meio por cento para o grau de colaboração da pessoa jurídica com a investigação ou a apuração do ato lesivo, independentemente do acordo de leniência;*

*IV - dois por cento no caso de comunicação espontânea pela pessoa jurídica antes da instauração do PAR acerca da ocorrência do ato lesivo; e*

*V - um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.*

*Art. 19. Na ausência de todos os fatores previstos nos art. 17 e art. 18 ou de resultado das operações de soma e subtração ser igual ou menor a zero, o valor da multa corresponderá, conforme o caso, a:*

*I - um décimo por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos; ou*

*II - R\$ 6.000,00 (seis mil reais), na hipótese do art. 22.*

*Art. 20.*

*§ 1º Em qualquer hipótese, o valor final da multa terá como limite:*

*I - mínimo, o maior valor entre o da vantagem auferida e o previsto no art. 19;*

*e*

*II - máximo, o menor valor entre:*

*a) vinte por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos; ou*

*b) três vezes o valor da vantagem pretendida ou auferida.*

*§ 2º O valor da vantagem auferida ou pretendida equivale aos ganhos obtidos ou pretendidos pela pessoa jurídica que não ocorreriam sem a prática do ato lesivo, somado, quando for o caso, ao valor correspondente a qualquer vantagem indevida prometida ou dada a agente público ou a terceiros a ele relacionados.*

Conforme já mencionado acima, a exposição das penas nesta passagem do texto se dá apenas por construção didática, visto que toda a construção intelectual acerca deste tema já deve ser operada pela comissão, em seu relatório, que deve apresentar quantificação de todos os fatores de ponderação do valor da multa e estimativa da vantagem desejada pelo infrator, nos termos do *caput* do art. 20 do Decreto nº 8.420, de 2015.

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 20. A existência e quantificação dos fatores previstos nos art. 17 e art. 18, deverá ser apurada no PAR e evidenciada no relatório final da comissão, o qual também conterá a estimativa, sempre que possível, dos valores da vantagem auferida e da pretendida.*

Diga-se ainda que a Instrução Normativa CGU nº 1, de 7 de abril de 2015, estabeleceu a metodologia para apuração do faturamento bruto para fins de cálculo da multa, a ser acrescido do comando do art. 22 do Decreto nº 8.420, de 2015.

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 22. Caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica no ano anterior ao da instauração ao PAR, os percentuais dos fatores indicados nos art. 17 e art. 18 incidirão:*

*I - sobre o valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, excluídos os tributos, no ano em que ocorreu o ato lesivo, no caso de a pessoa jurídica não ter tido faturamento no ano anterior ao da instauração ao PAR;*

*II - sobre o montante total de recursos recebidos pela pessoa jurídica sem fins lucrativos no ano em que ocorreu o ato lesivo; ou*

*III - nas demais hipóteses, sobre o faturamento anual estimável da pessoa jurídica, levando em consideração quaisquer informações sobre a sua situação*

*econômica ou o estado de seus negócios, tais como patrimônio, capital social, número de empregados, contratos, dentre outras.*

*Parágrafo único. Nas hipóteses previstas no caput, o valor da multa será limitado entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).*

Interessante pontuar que, de acordo com o art. 24 da Lei nº 12.846, de 2013, os recursos obtidos da aplicação da multa se destinam, preferencialmente, ao próprio órgão lesado pela conduta infracional da pessoa jurídica.

*Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 24. A multa e o perdimento de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento nesta Lei serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas.*

Já a publicação extraordinária da decisão condenatória, especificada no § 5º do art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013, e também no art. 24 do Decreto nº 8.420, de 2015, pode ser feita em meios de comunicação específicos da área da infração e da atuação da pessoa jurídica (ou, alternativamente, em veículo de circulação nacional), junto com edital afixado no estabelecimento ou no local de atuação e no sítio eletrônico da condenada, por trinta dias.

*Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 6º*

*§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.*

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 24. A pessoa jurídica sancionada administrativamente pela prática de atos lesivos contra a administração pública, nos termos da Lei nº 12.846, de 2013, publicará a decisão administrativa sancionadora na forma de extrato de sentença, cumulativamente:*

*I - em meio de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional;*

*II - em edital afixado no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, em localidade que permita a visibilidade pelo público, pelo prazo mínimo de trinta dias; e*

*III - em seu sítio eletrônico, pelo prazo de trinta dias e em destaque na página principal do referido sítio.*

*Parágrafo único. A publicação a que se refere o caput será feita a expensas da pessoa jurídica sancionada.*

Ainda acerca da publicidade dada à conduta corruptora de parte do ente privado, a Lei nº 12.846, de 2013, em seus arts. 22 e 23, estabeleceu a criação do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), como banco de dados de todas as sanções aplicadas no tema em apreço e também com informações acerca de celebração de acordo de leniência celebrado, inclusive de seu eventual descumprimento; e impôs ainda a alimentação de tais informações no já existente Cadastro Nacionais de Empresa Inidôneas (Ceis, que consolida a relação das empresas e pessoas físicas que sofreram sanções das quais decorra como efeito restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública), ambos mantidos pela CGU.

*Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 22. Fica criado no âmbito do Poder Executivo federal o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei.*

*§ 1º Os órgãos e entidades referidos no caput deverão informar e manter atualizados, no Cnep, os dados relativos às sanções por eles aplicadas.*

*§ 2º O Cnep conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das sanções aplicadas:*

*I - razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ;*

*II - tipo de sanção; e*

*III - data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso.*

*§ 3º As autoridades competentes, para celebrarem acordos de leniência previstos nesta Lei, também deverão prestar e manter atualizadas no Cnep, após a efetivação do respectivo acordo, as informações acerca do acordo de leniência celebrado, salvo se esse procedimento vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo.*

*§ 4º Caso a pessoa jurídica não cumpra os termos do acordo de leniência, além das informações previstas no § 3º, deverá ser incluída no Cnep referência ao respectivo descumprimento.*

*§ 5º Os registros das sanções e acordos de leniência serão excluídos depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora.*

*Art. 23. Os órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo deverão informar e manter atualizados, para fins de publicidade, no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, de caráter público, instituído no âmbito do Poder Executivo federal, os dados relativos às sanções por eles aplicadas, nos termos do disposto nos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.*

Os registros de informações no Cnep e no Ceis devem ser feitos no ambiente do Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP, gerido e mantido pela CGU, nos termos da Instrução Normativa CGU nº 2, de 7 de abril de 2015.

Por sua vez, o art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013, elenca uma lista de parâmetros de dosimetria, que informarão se a pena cabível é apenas da publicação extraordinária ou de multa ou de ambas e, no caso de multa, qual o seu valor, dentre o espectro permitido, remetendo regulamentação de seus parâmetros a decreto. Dentre tais parâmetros, destaca-se a existência ou não de programa de integridade.

*Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:*

*I - a gravidade da infração;*

*II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;*

*III - a consumação ou não da infração;*

*IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;*

*V - o efeito negativo produzido pela infração;*

*VI - a situação econômica do infrator;*

*VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;*

*VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;*

*IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e*

*Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.*

A Lei, em seu art. 14, prevê o relevante poder de a Administração desconsiderar a personalidade jurídica quando se detectar sua utilização com fim de facilitar, encobrir ou dissimular as irregularidades cometidas ou de criar confusão acerca do patrimônio da pessoa

jurídica e de seus administradores, aos quais passa-se a estender os efeitos das sanções.

*Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.*

Percebe-se que a normatização do PAR ainda é muito esparsa e lacunosa, sendo certo que sua efetiva aplicação terá de se valer de integrações com dispositivos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; da Lei nº 9.784, de 1999; do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP); da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), da base principiológica reitora da Administração e da processualística pública punitiva (penal e administrativa) e da normatização infralegal da instância disciplinar, no que couber.

Cumpre informar que a Lei nº 12.846, de 2013, no art. 16, destacadamente no *caput* e nos seus incisos e nos §§ 1º a 10, elenca a possibilidade de, no âmbito do Poder Executivo federal a CGU, por meio do seu Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pelos atos lesivos à Administração Pública e que seja a primeira a manifestar seu interesse em colaborar com os trabalhos no sentido não só do esclarecimento de sua própria participação no ilícito mas também de identificar demais envolvidos, de fornecer provas das ilicitudes perpetradas e de cessar seu envolvimento na ilicitude. Sem prejuízo da integral reparação do dano causado, a celebração do acordo afasta a sanção de publicação extraordinária da condenação e pode reduzir em até dois terços o valor da multa aplicada.

*Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:*

*I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e*  
*II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.*

*§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:*

*I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;*

*II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;*

*III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.*

*§ 2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável*

*§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.*

*§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo*

*§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.*

*§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.*

*§ 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.*

*§ 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.*

*§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.*

Regulamentando o tema em relação à Lei, o Decreto nº 8.420, de 2015, no § 3º do art. 31 e no art. 32, prevê a possibilidade de, diante de proposta de acordo de leniência, a CGU requisitar os autos do PAR em curso no órgão e estabelece o prazo de 180 dias contado da apresentação da proposta para conclusão do acordo, cabendo prorrogação.

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 31.*

*§ 3º Uma vez proposto o acordo de leniência, a Controladoria-Geral da União poderá requisitar os autos de processos administrativos em curso em outros órgãos ou entidades da administração pública federal relacionados aos fatos objeto do acordo.*

*Art. 32. A negociação a respeito da proposta do acordo de leniência deverá ser concluída no prazo de cento e oitenta dias, contado da data de apresentação da proposta.*

*Parágrafo único. A critério da Controladoria-Geral da União, poderá ser prorrogado o prazo estabelecido no caput, caso presentes circunstâncias que o exijam.*

O ordenamento infralegal acerca de acordo de leniência foi alterado com a edição da Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278, de 15 de dezembro de 2016, que revogou os comandos referentes ao tema constantes da Portaria CGU nº 910, de 2105, acrescentando, como principal inovação a participação da Advocacia-Geral da União (AGU). Da leitura do *caput* do art. 3º, do *caput* e do inciso I e do art. 7º, todos da Portaria Interministerial acima, esta participação da AGU se estende desde a indicação de agentes de seu quadro para comporem com servidores da CGU a comissão responsável pela condução do acordo até o compartilhamento da competência de decisão sobre a celebração, que passa a ser conjunta do Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União e do Advogado-Geral da União.

Cabe, ao final desta explanação, reproduzir o pertinente comando positivado no art. 40 da Portaria CGU nº 910, de 2015, que reflete a impessoalidade e a imparcialidade com que se deve buscar a verdade material nesta sede de persecução administrativa, devendo os agentes atuantes em todo procedimento, desde a investigação até o julgamento, manterem-se imunes a influências externas.

*Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 40. A decisão acerca da instauração, condução e encerramento da investigação preliminar, do PAR e do acordo de leniência não poderá, nos termos do artigo 5 da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto no 3.678, de 30 de novembro de 2000, ser influenciada:*

*I - por considerações de interesse econômico nacional;*

*II - pelo efeito potencial nas relações do Brasil com outros estados estrangeiros; ou*

*III - pela identidade de pessoas físicas ou jurídicas envolvidas.*

Informe-se ainda que, de acordo com o § 9º do art. 16 e com o *caput* e com o parágrafo único do art. 25, ambos da Lei nº 12.846, de 2013, a prescrição da punibilidade da pessoa jurídica em face de atos lesivos à Administração Pública se opera em cinco anos do conhecimento da infração (ou na data da cessação em caso de conduta continuada ou

permanente), sendo interrompida a contagem com a instauração do PAR ou com a celebração de acordo de leniência.

*Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 16.*

*§ A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.*

*Art. 25. Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.*

*Parágrafo único. Na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.*

Após o julgamento, cabe à pessoa jurídica cumprir a decisão em quarenta dias ou interpor pedido de reconsideração, no prazo de dez dias, ambos contados da data de publicação do ato punitivo. Uma vez interposto o pedido de reconsideração, ao qual se atribui efeito suspensivo, a autoridade julgadora tem prazo de trinta dias para apreciar a peça e, no caso de a decisão ser mantida, a pessoa jurídica tem restituído o prazo de trinta dias para cumprir as sanções, a contar da decisão do pedido de reconsideração, sob pena de inscrição em dívida ativa, conforme o art. 11 do Decreto nº 8.420, de 2015.

*Decreto nº 8.420, de 2015 - Art. 11. Da decisão administrativa sancionadora cabe pedido de reconsideração com efeito suspensivo, no prazo de dez dias, contado da data de publicação da decisão.*

*§ 1º A pessoa jurídica contra a qual foram impostas sanções no PAR e que não apresentar pedido de reconsideração deverá cumpri-las no prazo de trinta dias, contado do fim do prazo para interposição do pedido de reconsideração.*

*§ 2º A autoridade julgadora terá o prazo de trinta dias para decidir sobre a matéria alegada no pedido de reconsideração e publicar nova decisão.*

*§ 3º Mantida a decisão administrativa sancionadora, será concedido à pessoa jurídica novo prazo de trinta dias para cumprimento das sanções que lhe foram impostas, contado da data de publicação da nova decisão.*

Apenas superficialmente mencione-se (por não ser tema de aprofundado interesse no presente) que, além da específica forma de responsabilidade administrativa e da obrigação de reparar o dano causado pela conduta lesiva, a Lei nº 12.846, de 2013, em seus arts. 18 a 20, também menciona a possibilidade de responsabilização judicial, com possibilidade de decretação judicial de indisponibilidade ou até de perda de bens, proibição de recebimento de subsídios oficiais, suspensão ou interdição parcial de suas atividades e até a dissolução compulsória da pessoa jurídica (em hipóteses similares àquelas que sustentam a desconsideração da personalidade jurídica pela Administração, quando é empregada para promover a conduta delituosa ou para ocultar interesses ilícitos ou identidade dos beneficiários). Ademais, os arts. 29 e 30 da citada Lei assegura a independência desta responsabilização administrativa em relação ao processamento de infração à ordem econômica e às repercussões decorrentes de atos de improbidade e de ilícitos relativos a licitações e contratos.

## **2.3 - DEVERES DE REPRESENTAR E DE APURAR IRREGULARIDADES NA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL**

### **2.3.1 - A Especificidade dos Deveres Internos de Representar, de Encaminhar a Representação e de Apurar as Irregularidades**

Feita a descrição do sistema especializado na matéria correcional, pode-se, então,

apresentar as especificidades do atendimento aos deveres de representar e de apurar as supostas infrações disciplinares na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). Diferentemente e indo além da apresentação introdutória de tais deveres estatutários em **2.1.1**, quando se o fez à luz generalista da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, delimita-se agora o foco para apreciar como o seu cumprimento se encontra disciplinado na Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Fazenda (MF), na Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, e na Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, que dispõem sobre a apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos da Pasta como um todo e especificamente da RFB. Isto equivale a dizer que estas normas regulamentam infralegalmente as previsões gerais dos incisos VI e XII e do parágrafo único do art. 116 e do *caput* do art. 143, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, que já foram abordadas no tópico introdutório supracitado.

Em outras palavras, retoma-se a discussão, no ponto em que didaticamente foi interrompida (para que se descrevesse organicamente o sistema correcional da RFB), acerca das peculiaridades da forma de cumprimento dos deveres funcionais de representar e de apurar as supostas irregularidades especificamente no órgão, em comparação aos regramentos generalistas legais vigentes na Administração Pública federal como um todo.

Isto porque embora cada vez mais o sistema correcional invista nas suas próprias demandas e investigações disciplinares internas, muito da sua atuação ainda decorre das provocações externas à Corregedoria (Coger) e aos Escritórios de Corregedoria (Escor). Em outras palavras, ainda prevalecem como origem da maior parte das provocações ao sistema as notícias recebidas, sobretudo da lavra de agentes públicos, sejam de unidades da própria RFB, sejam de órgãos externos, acerca de fatos supostamente irregulares.

E, dentre estas notícias de fato conhecido, destaca-se a representação funcional, elaborada por servidores e autoridades no âmbito da própria RFB, daí porque se inicia e se concentra a presente análise na regulamentação interna deste instituto, o que equivale à análise do dever de representar internamente, justamente a que se propõe o título deste tópico.

Embora a norma infralegal mais genérica dentre as acima citadas, qual seja, a Portaria MF nº 492, de 2013, em seu art. 9º, conceda ao servidor que tem ciência de suposta irregularidade cometida no âmbito do Ministério da Fazenda (MF) a alternativa de formular representação na via hierárquica ao titular de sua unidade ou diretamente à autoridade correcional, nas regulamentações mais específicas, no *caput* do art. 5º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, e no *caput* do art. 7º da Portaria Coger nº 14, de 2014, tanto no âmbito de toda a Pasta quanto no âmbito específico da RFB, prevalece o comando de que o servidor que, em razão de suas atribuições legais, tem ciência do cometimento de suposta irregularidade por parte de algum outro servidor ou autoridade do órgão, em ato também exclusivamente associado ao exercício do cargo deste (mesmo que indiretamente), deve representar, por escrito, por intermédio do seu chefe imediato, ao titular da sua unidade regional ou local em que é lotado (ou em que tem exercício, caso a unidade de exercício seja distinta da de lotação).

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 9º O servidor que tiver ciência de irregularidade no Ministério da Fazenda deverá, imediatamente, representar, por escrito, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal:*

*I - ao titular da unidade do órgão, que deverá remeter a representação à respectiva corregedoria; ou*

*II - diretamente à respectiva corregedoria.*

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 5º O servidor que tiver ciência de irregularidade no serviço público deverá, imediatamente, representar, por escrito, ao titular da unidade, ou, no caso de representação contra o titular da unidade, remetê-la diretamente à unidade correcional competente, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 7º O servidor que tiver ciência de irregularidade no serviço público deverá, imediatamente, representar, por escrito, ao titular da unidade, ou, no caso de representação contra o titular da unidade, remetê-la diretamente ao Chefe do Escor, no âmbito da respectiva Região Fiscal, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.*

E a regra se aplica indistintamente no caso específico de o representante ser servidor lotado no próprio sistema correcional: sua representação deve ser dirigida a seu chefe imediato, qual seja, o Chefe do Escor, na hipótese mais comum de o representante ser de Escor, ou ao Chefe de Divisão e deste para o Corregedor, no caso de o servidor ser Coger.

Verifica-se que, até este ponto, no foco institucional do presente interesse, o rito interno da RFB se coaduna com o regramento geral, previsto no parágrafo único do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990.

Demarcando o ponto em que o procedimento interno específico se diferencia do rito genérico previsto na mencionada Lei, a esta autoridade fiscal (ou administrativa), por sua vez, cabe tão somente encaminhar a representação que lhe foi remetida por servidor subordinado para o Chefe do Escor na Região Fiscal (RF) que jurisdiciona o representado, a quem, em princípio, competirá o juízo de admissibilidade e, se for o caso, a instauração do apuratório disciplinar, determinada pelo *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990 (conforme se descreverá em **2.5.2** e **4.2.1**). Óbvio que quando o conhecimento do fato supostamente ilícito se origina na própria autoridade fiscal (ou administrativa), titular de unidade regional ou local, a este agente público, como um servidor em sentido lato, cabem ambos mandamentos acima, de formular a representação e de encaminhá-la àquele Chefe do Escor, nos termos do § 1º do art 5º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, e do § 1º do art. 7º da Portaria Coger nº 14, de 2014.

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 5º*

*§ 1º O titular da unidade ou do órgão deve encaminhar a representação recebida ou, sendo quem primeiramente teve conhecimento da irregularidade, representar diretamente à unidade correcional competente.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 7º*

*§ 1º O titular da unidade deve encaminhar a representação recebida ou, sendo quem primeiramente teve conhecimento da irregularidade, representar diretamente ao Escor, no âmbito da respectiva Região Fiscal.*

Ou seja, a RFB se enquadra na exceção apresentada em **2.1.2**, já que, no órgão, o dever de apurar ilícitos disciplinares - a que se associa a competência para receber representações - não é exercido por autoridade fiscal ou administrativa ligada hierarquicamente ao representado, mas sim é concentrado exclusivamente na Coger ou em seus Escor, à luz dos Decretos nº 2.331, de 1º de outubro de 1997, e nº 9.003, de 13 de março de 2017, e das normas regimentais que preservam a respectiva Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil (SRRF) e as unidades fiscais ou administrativas tanto de lotação (ou de exercício) do representado quanto aquela em que ocorreu o fato (caso sejam diferentes) do dever legal de instaurar rito disciplinar. Conforme o Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, os titulares das unidades fiscais ou administrativas estranhas ao sistema correcional, sejam de projeção regional, sejam de projeção local (Superintendentes, Delegados, Inspetores-Chefes e Agentes da Receita Federal do Brasil), tratando-se de matéria disciplinar (o que não se confunde com suas competências gerenciais e administrativas), não têm competência para apreciar representações que lhes são encaminhadas e nem mesmo para processar as apurações decorrentes de fatos de que eles próprios têm conhecimento (sem prejuízo de poderem realizar alguma instrução pertinente), devendo canalizar para o Escor da jurisdição do representado todas as notícias de supostos ilícitos disciplinares.

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 18. À Corregedoria - Coger compete: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2*

*de outubro de 2013)*

*II - gerenciar e executar as atividades de investigação disciplinar e demais atividades de correição; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 11 de dezembro de 2014)*

*Art. 24. Aos Escritórios de Corregedoria - Escor compete, no âmbito de sua jurisdição, as atividades previstas para a Coger.*

*Art. 285. Ao Corregedor incumbe: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2013)*

*I - instaurar ou avocar a instauração de procedimentos correicionais; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*Art. 287. Ao Chefe de Escor incumbe, no âmbito de sua competência:*

*I - instaurar e determinar a realização de procedimentos correicionais relativos aos atos e fatos praticados por servidores lotados ou em exercício nas Unidades Descentralizadas e nas Unidades Centrais localizadas na respectiva região fiscal; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

Diferentemente da regra geral estabelecida pela Lei nº 8.112, de 1990, na RFB, a exemplo dos órgãos que elaboram o tratamento concedido à matéria disciplinar, estabelecendo sistemas orgânicos especializados no tema (com o que a atenção principiológica à eficiência e ao interesse público anularia qualquer crítica de suposta ilegalidade de que se pudesse cogitar), o dever de apurar não se exerce em proximidade com o representado e, conseqüentemente, com o local de ocorrência da suposta ilicitude.

Além de concentrar o poder disciplinar no sistema especializado, tem-se ainda que, dentro desta estrutura, o regramento interno da RFB operou a descentralização das atividades correicionais, já que a Portaria Coger nº 14, de 2014, na leitura conjunta do *caput* e do § 1º do seu art. 3º e dos já reproduzidos *caput* e § 1º do art. 7º, esclarecendo a lacuna do regramento regimental, define que a regra geral é que as representações sejam encaminhadas ao respectivo Escor na RF da unidade de lotação (ou em que tem exercício, caso a unidade de exercício seja distinta da de lotação) do representado, pois, em princípio, estabelece que a competência para exarar o juízo de admissibilidade e, por conseguinte, também o poder para arquivar o feito ou para instaurar a devida apuração recaem sobre o Chefe do Escor que, ao tempo da emissão do mencionado juízo, possui aquela jurisdição. Em outras palavras, a norma interna esclarece que o envio de representação para o Corregedor é de ser tido como hipótese excepcional, já que sua competência instauradora é infralegalmente residual e que, se a unidade onde a suposta ilicitude foi cometida não coincide com a unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do representado ao tempo da emissão do juízo de admissibilidade, aquele local de acontecimento dos fatos resta irrelevante para a definição de a quem se dirige a representação (sobretudo se estiver em outra RF). Destaque-se que o tema da competência emanadora de juízo de admissibilidade e, por conseguinte, instauradora na RFB, embora se faça relevante ser abordado aqui em termos genéricos, será objeto de detalhada apresentação em 2.5.2 e em 4.2.1.

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 3º Ressalvado o disposto no artigo seguinte, a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar compete ao Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor) que jurisdicione a unidade de lotação ou exercício do servidor no momento da decisão.*

*§ 1º Quando o objeto da apuração envolver servidores lotados ou em exercício em mais de uma Região Fiscal e a situação não recomendar o desmembramento das apurações, o Corregedor determinará qual Escor será responsável pela realização dos procedimentos investigativos e pela decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar.*

Em síntese, na RFB, a regra é de o dever de representar ser exercido na via hierárquica do representante (como também é a regra geral da Lei nº 8.112, de 1990), até o titular de sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) e de os deveres de analisar a representação e

de apurar as supostas irregularidades, se for o caso, mediante instauração da instância disciplinar, recaírem sobre o Chefe do Escor da jurisdição da unidade de lotação do servidor representado (ou da jurisdição da sua unidade de exercício, se diferentes tais jurisdições), ao tempo da decisão de instaurar ou de arquivar o feito. Mas pode haver situações excepcionais para o exercício desta competência, que serão abordadas em **3.2.2.1** e em **3.2.2.2**.

Ressalte-se que, embora o presente tópico tenha concentrado sua argumentação em torno especificamente da representação funcional, a instrumentalização aqui mencionada também se aplica, no que cabível, às demais formas de notícia de irregularidade que se apresentam à Administração e que, em termos gerais, podem receber a conceituação de denúncias, conforme melhor se abordará em **2.4.2**.

Sob a ótica do representante, isto é o que por ora pode interessar: tendo ciência de suposta irregularidade funcional, cabe-lhe apenas encaminhar a representação em sua própria via hierárquica a partir de seu chefe imediato, até o titular da sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente). Já para todos os agentes intermediários na cadeia hierárquica, até o titular da unidade, cabe-lhes apenas dar o devido prosseguimento à peça original, a fim de fazê-la chegar, sem procrastinação e obstrução, à competente projeção regional do sistema correcional. A partir daí, esta própria estrutura especializada se incumbirá de dar a leitura jurídica adequada a quem cabe apreciar a representação e decidir o juízo de admissibilidade.

Neste rumo, com o fim de atender ao disposto nos incisos VI e XII e no parágrafo único do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, e à regulamentação imposta pelo *caput* do art. 7º da Portaria Coger nº 14, de 2014, quando o servidor representa diretamente à Coger, em regra, esta unidade central remete a provocação para o Escor da correspondente jurisdição apuratória, recomendando ainda que seja dada ciência da representação ao chefe imediato do representante - sem prejuízo de, em algum caso específico, a seu exclusivo critério ou nas restritas hipóteses que o ordenamento interno vincula, refletindo o princípio da hierarquia, consagrado no art. 15 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regula a processualística no âmbito da Administração Pública federal), o Corregedor avocar a competência.

À vista dos naturais constrangimento e desconforto e até mesmo da possibilidade de obstrução de provas e de medidas de retaliação, o *caput* do art. 5º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, e o *caput* do art. 7º da Portaria Coger nº 14, de 2014, já reproduzidos acima, disciplinam a situação específica de quando o representado é o titular da unidade, excepcionando a regra geral e autorizando expressamente a remessa da representação, por parte do representante, diretamente ao Chefe do respectivo Escor da jurisdição de sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente). Ademais, conforme já mencionado em **2.1.3**, na hipótese de o representado ser uma autoridade intermediária e hierarquicamente superior ao representante na sua própria unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) mas sem ser o titular da unidade, a própria redação atualizada do inciso VI do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, passou a refletir a inadequação da manutenção do comando geral (de a representação dever ser encaminhada na via hierárquica de quem a formula, a partir de seu chefe imediato) e se harmoniza com a realidade fática, para permitir que o representante encaminhe sua peça para outra autoridade - que se recomenda, em princípio, que seja o titular da unidade ou qualquer outra, ainda em linha hierárquica, iniciada a partir da autoridade imediatamente acima daquela representada.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 116. São deveres do servidor:*

*VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração (Redação dada pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011);*

### **2.3.2 - A Necessária Cautela no Cumprimento dos Deveres de Representar,**

## de Encaminhar a Representação e de Apurar as Irregularidades

Não obstante figurar como mandamento a que se vinculam todos os agentes públicos, nada impede destacar que os servidores de maneira geral devem ter discernimento para não contaminarem o específico, reservado e residual dever legal de representar por saber de irregularidade funcional cometida no âmbito da Administração com seus meros entendimentos individuais acerca de forma de condução das atividades administrativas que não configuram irregularidades e muito menos para a satisfação de interesses meramente pessoais.

Ainda que o servidor, lícita e validamente, tenha um determinado entendimento pessoal acerca de algum tema de trabalho ou de atuação pública e que reste divergente do entendimento que outro servidor ou autoridade pratique ou manifeste para aquele mesmo assunto, isto não necessariamente faz cair sobre o primeiro agente o dever de representar e muito menos deve motivá-lo a tanto, pois o contexto aqui traçado não é sinônimo de ter conhecimento de suposta irregularidade funcional. Destacadamente no campo de atuação funcional inerente à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), que é essencialmente jurídico, subjetivo e inexato, a mera divergência de entendimentos e de interpretações, mais do que não perfazer necessariamente irregularidade de parte do agente destoante, soa até mesmo como natural e compreensível.

Também não deve provocar a conduta comissiva do servidor, no sentido de formular representação funcional invocando o dever legal em tela, a percepção de pequenos atos cotidianos da convivência a que são submetidos os agentes localizados em uma mesma unidade. Há de se ter um temperamento e de se adotar uma flexibilização dos valores e hábitos individuais, a fim de não confundir, como se irregularidades funcionais fossem, as discordâncias ou até mesmo os desconfortos decorrentes da mera forma comportamental de outrem. Ainda que aquele sujeito à crítica seja um agente público inserido no ambiente da repartição e em meio ao horário de sua jornada, não é possível dissociar, fragmentar e isolar os seus aspectos e as suas características pessoais e inerentes à sua natureza humana (sabidamente multifacetada e pulverizada de forma indescritível por infinitas nuances individuais) daquela sua condição momentânea de ser, naquele momento e naquele local, simultaneamente um servidor sujeito a regras estatutárias. Em outras palavras, é de se ter tolerância com as diferenças comportamentais, culturais, posturais, ideológicas e sociais de cada um e não dar-lhes indevido caráter infracional a ponto de se sentir na obrigação de representar. Pequenos deslizes e divergências, frente à convenção de cada um acerca do que é esperado em termos de relação interpessoal, laboral e social a que são obrigados os servidores pela forçada e involuntária convivência no ambiente de trabalho, não impõem o dever de representar.

Menos ainda se pode cogitar da nefasta intenção de um servidor em se utilizar do grave e constrangedor instrumento da representação com o único fim de atormentar, desequilibrar, incomodar outro servidor ou autoridade por quem nutre uma relação de antipatia. É preciso alertar a este servidor impulsivo que a representação pode vir a se configurar no ato inaugural e deflagrador de uma severa e onerosa instância processual, cujo emprego se delimita às estritas previsões legais de busca do reequilíbrio interno após um infrator ter cometido ato irregular, e que em nada se confunde com satisfação de suas aleivosias e leviandades.

Neste ponto, o mais conflituoso é reconhecer que, afora casos extremados de graves deslealdade institucional e imoralidade administrativa, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, não previu, de forma imediata e clara, possível repercussão disciplinar contra este representante que move a máquina pública e tenta atingir um outro servidor desafeto apenas para satisfação de interesses pessoais, conforme já se detalhou em **2.1.3**. Aqui, talvez, nem caiba crítica ao legislador, pois é aceitável presumir que a omissão tenha sido intencional e não por mero descuido. É viável interpretar que a Lei, já presumindo que o ato de representar

traz sempre em si uma parcela natural e salutar de refração interna, não tenha mesmo desejado deixar possibilidade de a iniciativa de representar, por parte daquele que cogita de saber de alguma irregularidade, pudesse voltar-se ou ser usada contra si mesmo. Por mais frustrante que possa ser para aquele que foi objeto de uma representação infundada, é possível enxergar esta inteligência não desestimuladora na omissão legal.

Da mesma forma, as autoridades regionais ou locais, os titulares de unidades fiscais ou administrativas, desprovidas de competência correccional, devem atentar para não confundir o mandamento do § 1º do art. 7º da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, de encaminhar ao respectivo Escritório de Corregedoria (Escor) notícias de supostas irregularidades com a sua ampla competência regimental, que as incumbe de uma imensa gama de atos de supervisão técnica e de gerência e de administração de pessoal. Estas suas competências de exercício cotidiano não devem ser substituídas e antecipadas pela residual competência disciplinar, de aplicação muito específica.

Não raro, chegam ao gabinete da autoridade reclames e queixumes sobre as questões mencionadas nos parágrafos acima, acerca de meras divergências entre subordinados, sejam técnicas sobre temas de trabalho, sejam de posturas comportamentais. É de se incentivar que o gestor regional ou local tenha o claro discernimento de que a obrigação funcional de encaminhar peças ao Escor refere-se à parcela não cotidiana de notícias que tratem da excepcional e da residual possibilidade de cometimento de infração estatutária, o que requer ao menos indícios de materialidade de conduta irregular. Os fatos que podem encontrar solução dentro da ampla gama de estratégia de resolução de conflitos interpessoais - sejam de viés comportamental, sejam de discordância técnica - devem ser absorvidos por este gestor regional ou local.

Esta autoridade deve ser capaz, por si só, apesar das reconhecidas lacunas de infraestrutura e de recursos materiais e de pessoal, de dar a solução técnica ou gerencial que o caso não disciplinar reclama, seja resolvendo ou encaminhando a questão fiscal para instância competente, seja atuando como gestor de pessoas na decisão da melhor alocação de sua força de trabalho, seja ainda na simbiose das duas atuações, impondo a seu quadro de subordinados parâmetros mínimos de comprometimento e de comportamento, de presença e de dedicação. Não cabe a este gestor simploriamente suprimir etapa e se omitir de suas tarefas e responsabilidades técnico-gerenciais - por mais árduas e pouco aparelhadas que se reconheça - e repassar de forma imediata e precipitada a questão, que é de sua alçada, para a constrangedora apreciação correccional.

Adotando aqui um discurso até extremamente pragmático, realista e extralegal, chegue-se ao ponto de se estimular que esta autoridade regional ou local chame para si a responsabilidade de dirimir e solucionar conflitos pontuais, fazendo-se valer do fato presumível de ser ele bom conhecedor da técnica da matéria-fim, das peculiaridades e dos costumes locais e das características pessoais de seu grupo de subordinados. Obtém-se defesa na base principiológica reitora para a autoridade fiscal ou administrativa que, ao receber uma peça, da lavra de subordinado, em que se relata fato inserido em sua competência fiscal ou ou fato atinente às suas competências de gestor de pessoal ou ainda fato completamente dissociado do exercício do cargo do representado, assuma a postura de não remeter a provocação inócua ao respectivo Escor e que busque dar a devida solução interna, seja técnica, seja gerencial. Conforme se aduzirá em **3.2.3.3**, as sutilezas dos aspectos comportamentais humanos e as matérias atinentes à gestão de pessoas e à matéria-fim fiscal, como regra geral, salvo casos excepcionais de contornos peculiares de gravidade, não comportam materialidade infracional e não devem suscitar provocações ao sistema correccional.

Para isto, ainda que a peça tenha sido intitulada como “representação” por seu autor, diante da relevância a se atribuir à economia de ação e à não vulgarização da intervenção correccional, no sentido lato desde o primeiro tratamento a ser dado a uma peça daquela

espécie, é justificável e defensável que a autoridade fiscal ou administrativa se encoraje a fazer uma superficial apreciação de conteúdo antes de, de forma automática e acrítica, encaminhá-la ao sistema correcional. Embora não seja obrigatório, também não é vedado que esta autoridade proceda a mínimas averiguações e arguições daquilo com que lhe provoca o representante, levando em conta o conhecimento que possui sobre a técnica e sobre culturas e pessoas, talvez melhor que o próprio Chefe do Escor. Na sequência, a autoridade regional ou local pode encaminhar a peça ao Escor fazendo-se acompanhar de diligências ou de manifestações propositivas. Na situação mais extrema, diante de inequívoca ausência de indícios de materialidade de infração disciplinar, sendo indubitavelmente o fato representado inserido em qualquer outra instância jurídica ou social, pode esta autoridade, a despeito do título do documento e da base legal invocada, dar o tratamento gerencial definitivo que merece, sem remeter ao Escor.

Ademais, neste terreno de fronteiras reconhecidamente frágeis em que se caminha por ora, pode-se até cogitar da hipótese de, diante de notícia de intenção de algum subordinado em provocar a autoridade regional ou local com representação sobre fato em que equivocadamente o representante enxerga possibilidade de repercussão disciplinar e que nem sequer solução de outras instâncias merece, pode este titular, no limite do bom Direito e do respeito às convicções alheias tentar convencer do total despropósito e do inequívoco fracasso daquela iniciativa, demovendo-o de lavrar a inadequada provocação ao sistema correcional. Com extrema e máxima cautela de lidar com o risco de parecer obstruir o direito de representar e de tentar ocultar ou proteger suposta ilicitude de outrem, pode o mesmo tipo de positiva e construtiva persuasão ser tentada até mesmo com a peça já lavrada e encaminhada ao gabinete, antes da remessa ao sistema correcional.

Sem jamais se cogitar de incentivo à omissão e muito menos à impunidade, este conjunto de ações a cargo da autoridade regional ou local, exercitado de forma contínua e coerente, desemboca na percepção de uma linha uniforme de atuação e, por fim, gera o positivo efeito de desestimular iniciativas de servidores no sentido de formularem representações inócuas, irrazoáveis, inadequadas e despropositadas, que oneram material e imaterialmente a Administração, causando desvio de força de trabalho e impactando o equilíbrio interno da unidade. Mais que isto, não só na coerência das atitudes, mas até mesmo na exposição do discurso, cabe ao titular de unidade fiscal ou administrativa desestimular o emprego indevido do constrangedor instrumento da representação.

Obviamente, as posturas econômicas que aqui se defendem dizem respeito, quanto ao representante, à iniciativa de formular a representação e em encaminhá-la ao titular da unidade local ou regional; quanto a esta autoridade, o não envio ao Escor condiciona-se à total certeza de solução não disciplinar para o caso e preferencialmente contando com a aquiescência do representante. De outro lado, uma vez recebida uma representação formalizada, por escrito, por mais inócua que lhe pareça, não tendo surtido efeito a tentativa de persuadir o representante, falece competência a qualquer servidor ou autoridade, desprovidos de competência disciplinar, para decidir sobre seu mérito e sobretudo para arquivá-la, devendo obrigatoriamente remeter ao Chefe do respectivo Escor. Do contrário, em contexto de incerteza e de insegurança e diante de um representante refratário, convém se preservar a não se expor a risco, dando-se o devido encaminhamento ao Escor (sem prejuízo de juntar uma manifestação opinativa), pois aquele autor pode vir a formular uma segunda representação, agora contra quem não deu o prosseguimento à sua primeira peça.

Por fim, tendo sido vencidos todos os salutares graus de refração e de economia de ação acima descritos, tendo chegado a representação à autoridade correcional, a esta cabe exercitar seu poder-dever com extremado bom senso, conforme por reiteradas vezes se reforçará, sobretudo ao longo de todo o extenso e detalhado tópico em que se abordará a relevante decisão de arquivar o feito ou de instaurar o processo disciplinar, a que se denomina juízo de admissibilidade, em **2.5**. O dever de instaurar o processo disciplinar, à vista da notícia de suposta irregularidade, é cumprido sem precipitação ou impulsividade, sem jamais

confundir o oneroso e residual rito disciplinar com o foro para o levantamento de procedência mínima da representação. Embora à margem da determinação legal, o dever de determinar a apuração é postergado, sendo antecedido, de forma cautelosa e conservadora, por todo um procedimento investigativo o mais exaustivo possível, na busca não só da materialidade representada mas também da autoria, sem as quais não se instaura. Mais que isto, em qualquer momento de sua aplicação, jamais se deve perder de vista que a matéria correcional deve ser compreendida com reserva e com cautela, de emprego residual (o que não significa omissão, negligência ou condescendência), mas tão somente nas hipóteses e propósitos elencados na lei.

Em suma, não se deve vulgarizar os institutos da representação e do processo disciplinar, pois ambos não se coadunam com o emprego banalizado, seja para questões eivadas de vieses de pessoalidade, seja para pequenas questões técnico-gerenciais sem aspecto disciplinar. Ademais, a síntese de tudo o que foi exposto acima, com inegável extensão de interpretações, é que, se, de um lado, inequivocamente operam os deveres de qualquer agente público representar, de as autoridades intermediárias encaminharem a representação até chegar ao respectivo Escor e de seu Chefe determinar a apuração disciplinar, por outro lado não é menos verdade que toda construção hipotética e fria na lei comporta e se aperfeiçoa com o dinamismo de uma salutar leitura ponderada pelo bom senso.

E tudo o que acima foi exposto também se aplica à autoridade regional ou local e ao Chefe de Escor no que diz respeito ao tratamento cauteloso diante de denúncia recebida de particular.

## **2.4 - AS FORMAS DE NOTICIAR IRREGULARIDADES À ADMINISTRAÇÃO**

Muitas são as formas pelas quais a Administração toma conhecimento de supostas irregularidades, variando desde provocações recebidas de agentes públicos ou privados, passando por notícias de mídia e até por resultados de trabalhos investigativos internos.

Como desencadeadores deste último tipo de atuação disciplinar, sob enfoque restritivo, apontam-se, como exemplos, os resultados de alguns dos procedimentos investigativos mencionados em 2.2.2.2.2, por meio dos quais o sistema correcional, internamente, vislumbra e busca identificar a configuração de ilicitudes, de forma autônoma e independente de provocação recebida de agente estranho. Neste escopo, é mais provável que o sistema correcional instrumentalize suas iniciativas próprias de agir à margem de notícias externas por meio, precipuamente, do procedimento sistemático de acompanhamento da evolução patrimonial dos servidores, sem prejuízo de poder ser também por meio de investigação preliminar e, ainda em menor escala, por meio de sindicância investigativa.

No primeiro grupo, de desencadeadores externos de atuação correcional, desponta a representação funcional, cujo dever de elaboração e instrumentalidade de seu cumprimento já foram mencionados em 2.1.1 e em 2.3.1 e cuja forma de se redigir se descreverá em 2.4.1. Este tipo de notícia, que se sintetiza como a peça escrita por um servidor relatando o conhecimento de cometimento de suposta irregularidade, é apenas uma das espécies de se fazer chegar à Administração tal provocação de agir - e ainda pode ser tida como a mais comum e frequente dentre todas as formas de provocação, internas e externas, de atuação correcional.

No âmbito específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), apesar dos crescentes incentivos, investimento e dedicação a favor das atividades investigativas de ofício, o fato de a representação ainda figurar como a mais comum forma de provocação da atuação correcional merece atenção. De um lado, é natural que o corpo funcional se retraia diante de uma atuação reconhecidamente de natureza punitiva e que não a queira ver ser empregada de forma banalizada, exagerada, precipitada e invasiva e menos ainda quer ele mesmo fomentar

esta atuação irrazoável. Mas, de outro lado, detectar que é o próprio conjunto de servidores que mais provoca e chama a atuação do sistema correcional é um inequívoco indicador do grau de amadurecimento institucional e sobretudo da credibilidade da matéria em si e em especial da Corregedoria (Coger) e dos Escritórios de Corregedoria (Escor).

Acrescente-se que, embora tenham sido mencionados três parágrafos acima como possíveis deflagradoras da atuação de ofício do sistema correcional, é mais provável cogitar de que a investigação preliminar e sobretudo a sindicância investigativa sejam iniciadas ou instauradas em decorrência de notícias acerca de casos concretos, notícias estas que já podem ser uma representação, ou ainda se pode cogitar de que seus respectivos informações disciplinar e relatório se consubstanciem em representações à autoridade instauradora, quando a notícia inicial era incipiente demais. Já sindicância patrimonial, por sua própria definição, em geral, é instaurada em decorrência de representação acerca de um caso concreto.

Ademais, podem também ser somadas ao rol das notícias deflagradoras da atuação correcional as representações oficiadas por outros órgãos ou entidades públicos (Poder Judiciário, Ministério Público Federal - MPF, Departamento de Polícia Federal - DPF, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU, Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda - Coger-MF, Comissão de Ética Pública da Presidência da República - CEP-PR, Comissões de Ética Pública Setorial do MF e Seccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil - CEPS-MF e CEPS-RFB, etc); as denúncias apresentadas por contribuintes e por particulares em geral, pessoalmente ou por intermédio da Ouvidoria-Geral da União da CGU (CGU/OGU), da Ouvidoria do MF ou da Ouvidoria da RFB; as notícias veiculadas na mídia e até as denúncias anônimas.

Diante deste amplo espectro de origem, a notícia da suposta irregularidade pode chegar à autoridade instauradora não só com diferentes graus de detalhamento e de refinamento mas também já protocolizada ou não como um processo administrativo. Se a peça inicial chega à autoridade instauradora ainda não protocolizada, deve-se determinar a protocolização no Sistema de Comunicação e Protocolo (Comprot) antes da fase de admissibilidade. De uma forma ou de outra, protocolizado o processo administrativo *lato sensu*, este se transformará especificamente em processo disciplinar, se for o caso, somente quando for designada a comissão processante.

### 2.4.1 - Representação

Formalmente, a expressão “representação funcional” (ou, simplesmente, “representação”), conforme introduzido em 2.1.1, refere-se à peça escrita formulada por servidor, como cumprimento de dever legal de informar à Administração o seu conhecimento, advindo das suas atribuições funcionais, de suposta irregularidade, de qualquer natureza (estatutária ou não), cometida por qualquer agente público (ou até particular) ou de suposto ato ilegal, omissivo ou com abuso de poder, cometido por autoridade. Abstraindo do foco de interesse a representação em face de conduta cometida por particular, o sentido mais estrito de representação se condiciona ao relato de conduta funcional tida como ilícita e que guarde algum grau de correlação (ao menos indireta) com o cargo que o representado ocupa.

O dever de representar encontra previsão vinculante nos incisos VI e XII e no parágrafo único do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com leitura complementar em 4.7.2.6 e em 4.7.2.12, cujo enfoque é a responsabilização decorrente do seu descumprimento. Em espécie, este dever de representar também abarca a formalização da peça escrita, por parte da própria autoridade superior, de conhecimento de suposta ilicitude cometida por subordinado, em razão do direto exercício do poder hierárquico.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 116. São deveres do servidor:*

*VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de*

*envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração (Redação dada pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011); XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder. Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.*

No âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), com as especificidades de cumprimento do dever legal de representar já abordadas em **2.3.1**, a representação deve ser formulada na via hierárquica do representante, a partir de seu chefe imediato, até o titular de unidade de lotação (ou de exercício), a quem incumbe encaminhar ao Chefe do Escritório de Corregedoria (Escor) da respectiva Região Fiscal (RF); ou, simplesmente, caso seja formalizada pelo próprio titular da unidade, cabe-lhe remeter diretamente ao Chefe do Escor. A exceção se faz quando o representante cogita de alguma autoridade da via hierárquica estar direta ou indiretamente envolvida com os fatos noticiados, podendo, nesta hipótese, dirigir sua peça à autoridade hierarquicamente superior ao seu foco de desconfiança ou até mesmo diretamente ao Chefe do Escor.

Se, nos dois tópicos antecedentes já mencionados acima, se descreveu materialmente o dever de representar e a forma de cumpri-lo, sob ótica do representante, desde sua vinculação genérica em lei até suas peculiaridades específicas na RFB, o que se busca descrever no presente tópico, evitando-se superposição ou repetição, são os critérios de conhecimento da representação, sob ótica da autoridade correccional. Em outras palavras, busca-se agora apresentar as informações mínimas que devem constar da peça em si da representação, de acordo com exigências normativas.

A Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correccional no âmbito do Ministério da Fazenda (MF), a Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, e a Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, que dispõem sobre a apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos da Pasta como um todo e especificamente da RFB, estabelecem (respectivamente, nos §§ 1º e 2º do art. 9º; nos §§ 2º a 4º do art. 5º; e nos §§ 2º a 4º do art. 7º) os mesmos requisitos de validade para a representação: identificação do representante e do representado bem como a indicação precisa da suposta irregularidade (associada ao exercício do cargo), dos indícios ou das provas já disponíveis e das eventuais testemunhas.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 9º*

*§ 1º A representação funcional de que trata este artigo deverá:*

*I - conter a identificação do representante e indícios suficientes que permitam a identificação do representado, além de indicação do fato que, por ação ou omissão do representado, em razão do cargo, constitui ilegalidade, omissão ou abuso de poder;*

*II - vir acompanhada das provas ou indícios de que o representante dispuser ou da indicação dos indícios ou provas de que apenas tenha conhecimento; e*

*III - indicar as testemunhas, se houver.*

*§ 2º Quando for genérica ou não indicar nexo de causalidade entre o fato e as atribuições do cargo do representado, a representação poderá ser devolvida ao representante para que este preste os esclarecimentos adicionais indispensáveis para subsidiar o exame e a decisão da autoridade competente quanto à instauração de procedimento correccional.*

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 5º*

*§ 2º A representação funcional de que trata este artigo deverá:*

*I - conter a identificação do representante e do representado e a indicação precisa do fato que, por ação ou omissão do representado, em razão do cargo, constitui ilegalidade, omissão ou abuso de poder;*

*II - vir acompanhada das provas ou indícios de que o representante dispuser ou da indicação dos indícios ou provas de que apenas tenha conhecimento; e*

*III - indicar as testemunhas, se houver.*

*§ 3º Quando a representação for genérica ou não indicar nexo de causalidade entre o fato e as atribuições do cargo do representado, deverá ser devolvida ao representante para que preste os esclarecimentos adicionais indispensáveis para subsidiar o exame e a decisão da autoridade competente quanto à instauração de procedimento disciplinar.*

*§ 4º Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a representação será arquivada por falta de objeto.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 7º*

*§ 2º A representação funcional de que trata este artigo deverá:*

*I - conter a identificação do representante e do representado e a indicação precisa do fato que, por ação ou omissão do representado, em razão do cargo, constitui ilegalidade, omissão ou abuso de poder;*

*II - vir acompanhada das provas ou indícios de que o representante dispuser ou da indicação dos indícios ou provas de que apenas tenha conhecimento; e*

*III - indicar as testemunhas, se houver.*

*§ 3º Quando a representação for genérica ou não indicar nexo de causalidade entre o fato e as atribuições do cargo do representado, deverá ser devolvida ao representante para que preste os esclarecimentos adicionais indispensáveis para subsidiar o exame e a decisão da autoridade competente quanto à instauração de procedimento disciplinar.*

*§ 4º Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a representação será arquivada por falta de objeto.*

Em princípio, estes seriam os conectivos mínimos ou critérios para ao menos se dar início à fase de admissibilidade a redundar no exame a cargo do Chefe de Escor, em que se manifesta a decisão de arquivar o feito ou de instaurar a via administrativa disciplinar, e também, quando é o caso, para posteriormente propiciar ao representado conhecimento preciso das acusações que inicialmente lhe foram dirigidas e que deram ensejo ao processo disciplinar, como forma de lhe assegurar a mais ampla defesa.

Embora a leitura imediata da literalidade da mencionada normatização indicasse tais requisitos para que a representação se mostrasse hábil para justificar a instauração do processo disciplinar, com a evolução da aplicação do Direito Disciplinar, poupando-se de banalizar sua ação, elabora-se a construção de que tais elementos, por si sós, ainda insuficientes para a deflagração de uma residual instância punitiva, migram para serem tomados como requisitos essenciais ao simples conhecimento da notícia. A ausência de subsídios tão básicos e elementares, antes de causar a não instauração do processo disciplinar, já pode redundar no imediato arquivamento da peça sem desencadear a fase de admissibilidade, como se, em um estágio antecedente, nem sequer se desse o conhecimento da representação. No grau de elaboração atual, a presença de tais elementos não é suficiente para instaurar processo disciplinar. Neste sentido, apesar se portar como norma infralegal mais genérica que aquelas três Portarias acima mencionadas, soa mais harmônica a literalidade da Portaria CGU nº 335, de 30 de maio de 2006, no § 1º do seu art. 6º, que, de certa forma, rebaixa a existência daqueles mesmos parâmetros à condição para deflagração do rito investigativo preliminar.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 6º*

*§ 1º A investigação preliminar será realizada de ofício ou com base em denúncia ou representação recebida que deverá ser fundamentada, contendo a narrativa dos fatos em linguagem clara e objetiva, com todas as suas circunstâncias, a individualização do servidor público envolvido, acompanhada de indício concernente à irregularidade ou ilegalidade imputada.*

Mas, por outro lado, compensando a exigência de elementos mínimos para validade de uma representação, ainda sob viés teórico, é possível afirmar que bastaria àquela peça se reportar tão somente a fatos, descrevendo os indícios de materialidade e de autoria, abstraindo-se de precipitadamente tentar enquadrar o caso nas capitulações legais de infrações e muito menos de cogitar da penalidade.

Não obstante tudo o que acima se expôs, observando-se a finalidade da norma (e não apenas seu texto), pode-se deflagrar a fase de admissibilidade ainda que falte algum dos requisitos formais acima, quando houver, por outro lado, a indicação precisa do fato e das respectivas provas.

Mas o que de forma alguma se releva é a apresentação apenas verbal da ciência de irregularidade. Pela própria descrição dos conectivos mínimos nas normas acima, depreende-se sua condição inequívoca e inexoravelmente escrita. O relato verbal, diante da autoridade competente, de cometimento de irregularidade disciplinar deve sempre ser reduzido a termo, pois é elemento formal essencial que a peça materialize-se em documento por escrito.

## 2.4.2 - Denúncia

Já o termo “denúncia” pode comportar dois sentidos. O primeiro, mais abrangente, teria o valor em gênero de todas as notícias de irregularidades, englobando a espécie das representações (como, a rigor, parece ser o emprego adotado na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, destacadamente no *caput* do seu art. 144). O segundo sentido, mais estrito, diferenciado da representação, refere-se exclusivamente à peça apresentada por particular, noticiando à Administração o suposto cometimento de irregularidade por servidor, associada ao exercício do cargo ocupado por este agente público denunciado. Apenas por uma questão didática, de deixar claro a origem da notícia de irregularidade a que se fará referência neste texto, aqui se empregará o termo “denúncia” com o segundo enfoque, mais restrito, não abrangente mas sim complementar em relação às representações, como as notícias de irregularidades trazidas por particulares.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 144. As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade.*

Quanto à formalidade, na regra geral da Administração Pública federal, conforme o já mencionado *caput* do art. 144 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, exige-se apenas que as denúncias sejam identificadas e apresentadas por escrito, de forma que a notícia apresentada verbalmente deve ser reduzida a termo pela autoridade competente.

Ainda que a positivação acerca dos critérios mínimos de conhecimento de uma denúncia se resumam àqueles mesmos previstos apenas na regra geral para representações, qual seja, na leitura conjunta dos §§ 1º e 2º do art. 6º da Portaria CGU nº 335, de 30 de maio de 2006, pode-se estender - até porque são praticamente os mesmos - não só a lista de parâmetros elencados nos §§ 1º e 2º do art. 9º da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Fazenda (MF), nos §§ 2º a 4º do art. 5º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, e nos §§ 2º a 4º do art. 7º da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, que dispõem sobre a apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos âmbito da Pasta como um todo e especificamente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), já reproduzidos em 2.4.1, como também a forma de compreendê-los e de empregá-los.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 6º*

*§ 1º A investigação preliminar será realizada de ofício ou com base em denúncia ou representação recebida que deverá ser fundamentada, contendo a narrativa dos fatos em linguagem clara e objetiva, com todas as suas circunstâncias, a individualização do servidor público envolvido, acompanhada de indício concernente à irregularidade ou ilegalidade imputada.*

*§ 2º A denúncia que não observar os requisitos e formalidades prescritas no parágrafo anterior será arquivada de plano, salvo se as circunstâncias sugerirem a apuração de ofício.*

Assim, de forma similar, aqueles parâmetros exigidos no *caput* do art. 144 da Lei nº

8.112, de 1990, somados aos parâmetros das três normas mais próximas (Portarias MF, Coger-MF e Coger) e aos da norma mais genérica (Portaria CGU) - quais sejam, a descrição clara, objetiva e circunstanciada da suposta irregularidade, a identificação do denunciado e do denunciante e a apresentação das provas, inclusive testemunhais, e dos indícios - devem ser tomados em conjunto não como requisitos deflagradores de imediata instauração de processo disciplinar, mas sim como conectivos mínimos para o conhecimento da denúncia.

Também analogamente ao exposto para representação, não se exige que a denúncia enquadre o fato e muito menos proponha pena ao denunciado e também pode se aceitar a deflagração de trabalhos investigativos em decorrência de uma denúncia que não contenha todos os elementos, à vista de fatos relevantes denunciados.

Pelo exposto, para o enfoque aqui adotado para o instituto da denúncia, no que cabível, adotam-se os mesmos entendimentos já emanados em 2.3.1 e em 2.4.1, em que se abordaram a competência para receber representações e seus requisitos *a priori* básicos de sua aceitabilidade, no âmbito da RFB, uma vez que, conforme se aduzirá em 2.5, os procedimentos para emissão de juízo de admissibilidade são praticamente idênticos para provocações oriundas tanto de servidores quanto de particulares.

### **2.4.3 - Protocolização das Notícias de Supostas Irregularidades e Especificidades Orgânicas e Instrumentais com o Emprego do Processo Digital no Sistema e-Processo**

Não é praxe do sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) trabalhar com representações ou denúncias soltas, com expedientes à margem de autuação. Sendo as representações, em sintéticas palavras, as notícias de supostas irregularidades oriundas do próprio setor público (no sentido elástico da expressão, abarcando desde unidades da própria RFB até outros órgãos do Poder Executivo federal até mesmo outros Poderes ou outros entes federados), podem ser entregues diretamente ao sistema correcional ou ser encaminhados por unidade ou órgão de origem em documento solto, como memorandos ou ofícios, ou encartados em processos administrativos já protocolizados na origem no Sistema Comunicação e Protocolo (Comprot). E similares possibilidades se aplicam às denúncias, que, em sintéticas palavras, são as notícias de supostas irregularidades da lavra de particulares, podendo ser entregues diretamente ao sistema correcional em documento solto ou ser encaminhadas por unidade ou órgão de origem encabeçadas por memorandos ou ofícios ou encartadas em processos administrativos já protocolizados na origem no sistema Comprot.

Caso já não cheguem autuadas, a regra é as notícias de supostas irregularidades que dão entrada na Corregedoria (Coger) ou nos Escritórios de Corregedoria (Escor) bem como os resultados dos trabalhos investigativos internos serem formalmente protocolizados, a mando do Corregedor ou do Chefe do Escor, em processos administrativos - em gênero, pois a espécie disciplinar apenas virá à tona diante de indícios de materialidade e de autoria que justifiquem a admissibilidade positiva da ocorrência e a designação de comissão disciplinar -, no sistema Comprot. A protocolização a que aqui se refere é o primeiro e inaugural registro de um expediente, assumindo a forma de um processo administrativo *lato sensu*, no sistema Comprot, o que lhe atribui um número de cadastramento (nº de cadastro), pelo qual é possível acompanhar a tramitação processual (data, origem e destino de suas movimentações) e que confere àquele expediente (representação, denúncia ou qualquer outra forma de notícia de suposta irregularidade) um maior formalismo e uma segurança quanto a extravio.

Conforme se discorrerá em 2.5.6.2.2, o que se costuma e se recomenda de imediato protocolizar resume-se apenas à peça inicial, ou seja, a notícia em si da irregularidade, para que a fase de admissibilidade se inicie com processo autuado. Isto não se confunde com a imediata autuação de todos os elementos de pesquisa que virão a ser produzidos na fase de admissibilidade. A admissibilidade em si é uma fase que pode comportar diversas linhas

investigativas, a serem seletivamente autuadas apenas ao final, em apreciação discricionária e inquisitorial, a cargo do servidor incumbido da análise, acerca dos elementos que se revelaram relevantes.

Por ora, o que importa é situar historicamente que, desde sua criação, com a edição do Decreto nº 2.331, em 1º de outubro de 1997, o sistema correcional vinha lidando exclusivamente com processos administrativos físicos, assim denominados aqueles que possuem suporte documental em papel.

Não obstante, o contexto jurídico da instrumentalização processual passou por uma crescente evolução no período de uma década situada entre 2005 e 2015, na busca do atendimento ao princípio constitucional da eficiência, não só no âmbito administrativo mas também nas instâncias judiciais, revelando-se uma verdadeira mudança de paradigma em termos de suporte documental, do processo físico para o processo digital. À vista da relevância de tal repercussão, convém esboçar um resgate histórico desta evolução.

Preambularmente, se informe que, em 2001, a Administração instituiu, por meio da Medida Provisória (MP) nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), com o fim de “*garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras*”. O art. 10 desta MP, em harmonia com a lei civil, considera que os documentos eletrônicos não perdem sua natureza de documentos públicos ou particulares e que as declarações deles constantes, quando produzidos mediante certificação digital, são presumidas verdadeiras em relação aos signatários.

Como seria de se esperar em vista do menor rigor formal, o reflexo prático da criação desta condição jurídica começou a se fazer sentir primeiramente em instância processual administrativa e mais especificamente na instrumentalidade do processo administrativo fiscal (PAF). A inovação inaugurada pelo art. 113 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, alterando os arts. 2º e 23 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que, com *status* normativo de lei, regula o PAF, passou a permitir a prática de atos processuais por meio eletrônico. Na sequência, em atendimento àqueles comandos legais, a RFB, por meio da Portaria SRF nº 259, de 13 de março de 2006, destacadamente nos §§ 1º e 2º do art. 1º e nos arts. 2º, 3º e 7º, trouxe ao ordenamento interno o primeiro disciplinamento para a prática de atos e termos processuais eletronicamente, cogitando de documentos já produzidos de forma totalmente eletrônica (chamados documentos nato-digitais) e de documentos produzidos originalmente em papel e posteriormente convertidos, por processo de digitalização (também conhecido como escaneamento) para formato digital, ambos em arquivo com extensão “*portable document format*” - pdf (chamados documentos digitalizados), lançando então as condições para o desenvolvimento e para o início do emprego do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo). Introduz-se aqui a definição em gênero de documentos digitais, desdobrados nas espécies de documentos nato-digitais e de documentos digitalizados. Ainda no que tange ao PAF, menciona-se que, quando da fusão dos Fiscos federais, a Lei nº 12.457, de 16 de março de 2007, no parágrafo único do seu art. 45, previu que a RFB disponibilizasse o recebimento de petições e de requerimentos digitalizados. Por fim, a Portaria MF nº 527, de 9 de novembro de 2010, fortemente inspirada na supracitada Portaria SRF nº 259, de 2006, disciplinou “*a prática de atos e termos processuais em forma eletrônica, bem como a digitalização e armazenamento de documentos digitais no âmbito do Ministério da Fazenda*” (MF), com destaque para o § 1º do art. 1º.

*Portaria SRF nº 259, de 2006 - Art. 1º*

*§ 1º Os atos e termos processuais praticados de forma eletrônica, bem como os documentos apresentados em papel, digitalizados pela RFB, compõem o processo eletrônico (e-processo). (Redação dada pela Portaria RFB nº 574, de 10 de fevereiro de 2009)*

*§ 2º Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos*

*digitais com garantia da origem e de seu signatário serão considerados originais para todos os efeitos legais. (Redação dada pela Portaria RFB nº 574, de 2009)*

*Art. 2º A impugnação, o recurso e os demais atos e termos processuais produzidos eletronicamente deverão ser assinados mediante utilização de certificado digital emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) e serão enviados à RFB por meio do Centro Virtual de Atendimento ao Contribuinte (e-CAC), disponível na Internet, no endereço <http://www.receita.fazenda.gov.br>. (Redação dada pela Portaria RFB nº 574, de 2009)*

*Art. 3º A impugnação, o recurso e os documentos que os instruem serão protocolados de forma eletrônica, considerando-se como data de protocolo a data e hora de recebimento dos dados pelo e-CAC.*

*Art. 7º A RFB poderá digitalizar os documentos em papel constantes de processo convertendo-o em e-processo. (Redação dada pela Portaria RFB nº 574, de 2009)*

*§ 1º Os documentos digitalizados e juntados aos autos pela RFB têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada, fundamentada e comprovada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização. (Redação dada pela Portaria RFB nº 574, de 2009)*

*§ 2º Os originais dos documentos digitalizados serão arquivados em papel, quando configurar prova em processo de Representação Fiscal para Fins Penais, ou devolvidos ao sujeito passivo, mediante recibo.*

*Portaria MF nº 527, de 2010 - Art. 1º*

*§ 1º A elaboração de documento digital, o processo de digitalização de documentos originais constantes de suporte analógico e o processo de armazenamento dos documentos digitalizados correspondentes deverão ser realizados de forma a manter a integridade, a autenticidade, a interoperabilidade e, quando necessário, a confidencialidade do documento digitalizado, com o emprego de certificado digital emitido no âmbito da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), nos termos da Medida Provisória nº 2.200-2, de 2001.*

Indo além do foco específico do processo administrativo, iniciativas de similar natureza, permitindo a produção, a comunicação, a transmissão e a validação de atos processuais e a tramitação e o arquivamento de processos por meio eletrônico, também foram adotadas até na instância judicial, tida como naturalmente mais conservadora e formalista, conforme instituiu a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, já desde seu art. 1º (e veio a ser refletida, de forma mais específica, no art. 193 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil - CPC), inclusive com dispositivos perfeitamente aproveitáveis como balizamentos de emprego da nova ferramenta tecnológica na processualística administrativa. De se destacar a definição de assinatura eletrônica como a assinatura digital baseada em certificação digital, constante da alínea “a” do inciso III do § 2º do art. 1º da Lei nº 11.419, de 2006, em harmonia com os já mencionados comandos da MP nº 2.200-2, de 2001.

*Lei nº 11.419, de 2006 - Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.*

*§ 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.*

*§ 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se:*

*I - meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais;*

*II - transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores;*

*III - assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do*

*signatário:*

*a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica;*

*CPC - Art. 193. Os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei.*

Aplicável ao processo em geral, tanto administrativo quanto judicial, a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, deu, no parágrafo único do art. 1º, a definição legal para digitalização (escaneamento) como a conversão fiel da imagem de um documento em um código digital e, ao mesmo tempo em que ratificou a permissão de uso desta ferramenta, estabeleceu a exigência de que a digitalização seja realizada sob critérios de integridade, autenticidade e confiabilidade do documento gerado em meio digital, em seus arts. 3º e 6º.

*Lei nº 12.682, de 2012 - Art. 1º A digitalização, o armazenamento em meio eletrônico, óptico ou equivalente e a reprodução de documentos públicos e privados serão regulados pelo disposto nesta Lei.*

*Parágrafo único. Entende-se por digitalização a conversão da fiel imagem de um documento para código digital.*

*Art. 3º O processo de digitalização deverá ser realizado de forma a manter a integridade, a autenticidade e, se necessário, a confidencialidade do documento digital, com o emprego de certificado digital emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil.*

*Parágrafo único. Os meios de armazenamento dos documentos digitais deverão protegê-los de acesso, uso, alteração, reprodução e destruição não autorizados.*

*Art. 6º Os registros públicos originais, ainda que digitalizados, deverão ser preservados de acordo com o disposto na legislação pertinente.*

Novamente, avanços foram introduzidos no Decreto regulador do PAF, desta feita pela Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013. O art. 24 da citada Lei alterou ainda mais o art. 2º do Decreto nº 70.235, de 1972, e introduziu-lhe novos arts. 64-A e 64-B, estendendo a permissão para que atos e termos processuais possam ser formalizados, tramitados, comunicados e transmitidos em formato digital e ratificando que aqueles elementos podem ser nato-digitais ou digitalizados, atribuindo aos documentos digitalizados o mesmo valor dos seus respectivos originais, desde que atendidos os requisitos de certificação digital exigidos pela MP nº 2.200-2, de 2001, e nos termos da Lei nº 12.682, de 2012.

Foi então neste ambiente de crescente emprego das ferramentas tecnológicas que, a partir do ano de 2006, se idealizou, na RFB, e se desenvolveu o sistema e-Processo, sintetizado como um sistema informatizado que cria um ambiente eletrônico (ou seja, de existência apenas virtual, sem suporte documental físico em papel), no qual os agentes processuais (usuários) podem realizar atos administrativos na mesma sequência procedimental em que se conduz um processo administrativo convencional, com as mesmas garantias constitucionais e legais de rito e de direitos do administrado.

Pode-se, então, neste ponto, apresentar a definição de processo digital, em contraposição ao processo físico (já definido como aquele que possui suporte documental em papel). Ao longo do presente texto, em que se reflete o ambiente informatizado da RFB e especificamente de seu sistema correicional, a expressão “processo digital” é empregada como referência ao processo com suporte documental em meio digital e formalizado no sistema e-Processo. Apenas para diferenciar e evitar indevido emprego como sinônimos, apresenta-se ainda uma terceira definição, fora do interesse do presente texto, de processo eletrônico, em que as informações tramitam exclusivamente por meio de sistemas informatizados ou por bases de dados, sem possuírem suporte documental, nem físico nem sequer digital, ou seja, este fluxo de informações não constitui um processo administrativo.

O sistema e-Processo concilia duas grandes capacidades: primeiramente, executa o

gerenciamento eletrônico de documentos, tratando das imagens geradas a partir dos mais diversos elementos com suporte documental em papel, e também operacionaliza o fluxo de trabalho, integrando aquelas imagens geradas dos documentos ao andamento procedimental em que atuam os diferentes usuários. E o espectro destas capacidades não se limita ao órgão de origem, visto ser o sistema uma plataforma que interliga e sequencia as atuações não só da RFB (em geral, o órgão em que se origina o processo administrativo) mas também da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) e alcança os respectivos bancos de dados, além de interagir com diversos outros sistemas informatizados de controle e de cobrança de créditos tributários (sem substituí-los), sendo certo que os dois primeiros órgãos têm atuação nos processos disciplinares, reservando-se para o terceiro órgão atuação apenas de foco fiscal, fora do interesse do presente texto.

Sendo assim, o sistema consiste em uma ferramenta eletrônica que permite desde a formalização e a prática de atos processuais até a tramitação e o gerenciamento não só dos documentos mas também dos procedimentos e dos processos administrativos como um todo, em meio digital. Inequivocamente, tais potencialidades contribuem para a celeridade processual, simplificam a feitura de atos meramente mecânicos, formais e repetitivos no andamento processual, automatizam a geração de cópia e a tramitação entre unidades e órgãos usuários e aumentam a segurança institucional (muito além da segurança já mencionada com a mera protocolização e com o conseqüente recebimento de nº de cadastramento no sistema Comprot), pois facilitam a transparência não apenas no sentido de propiciar acesso remoto, virtual e seguro aos usuários internos (servidores dos órgãos da Administração tributária) e externos (contribuinte e seu representante legal) mas também por deixar registros das atuações, com que se agiliza a responsabilização por tentativas de adulteração ou qualquer forma de fraude processual.

À vista do histórico acima resgatado, é imprescindível desde já reconhecer que o sistema e-Processo foi desenvolvido com o fim precípua de atender à processualística fiscal. Como tal, toda sua arquitetura submete-se aos princípios e normas que regem aquela instância, na qual, não obstante ser regra dos atos da Administração, a publicidade deve ser harmonizada com o rol de direitos e garantias fundamentais individuais estampados em diversos incisos do art. 5º da Constituição Federal (CF). Assim, ao mesmo tempo em que o contribuinte tem garantias de acesso e de ampla defesa em contraposição à exigência de crédito tributário, tem preservadas sua intimidade e sua privacidade face a terceiros, dentre o quais, obviamente, não se incluem os próprios agentes do Fisco. Em outras palavras, o sistema permite que o contribuinte (ou seu representante legal) consulte os processos fiscais de seu interesse, através do Centro Virtual de Contribuintes (e-CAC), pela internet, reiterando a transparência da atuação estatal, fortemente refletida na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, mas sem abrir mão de todo rito de segurança estabelecido desde a edição da MP nº 2.200-2, de 2001 (que exige e assegura a identificação, através de certificação digital, no padrão ICP-Brasil, não só de usuário externo interessado mas até mesmo de usuários internos, neste caso gravada em seus *tokens*), por meio do que se garante o atendimento dos ditames do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN), mantendo sob cláusula de sigilo fiscal os dados que revelam a situação econômica ou financeira da pessoa física ou jurídica (tais como propriedade de qualquer tipo de bens e riqueza em geral e o estado de seus negócios ou atividades).

Pode-se dizer, então, que o sistema e-Processo parte do padrão de aplicar sigilo sobre processos fiscais em meio digital a qualquer outro usuário externo diferente do próprio contribuinte e de seu representante legal. Onde, a partir deste ponto, se mencionar que a regra geral é o acesso liberado a processos fiscais digitais, está-se, na verdade, mencionando a inexistência de sigilo para os usuários internos do próprio Fisco.

Não obstante esta origem do sistema e-Processo, os demais procedimentos instrumentalizados em outros macroprocessos e processos de trabalho da RFB também passaram, cada vez mais, a utilizar a inovação tecnológica, como por fim veio a ocorrer com a

sua corregedoria.

A propósito, a título de informação, as medidas adotadas no âmbito da instância fiscal, seja especificamente na RFB, por meio da Portaria SRF nº 259, de 2006, seja na processualística fiscal como um todo até as fases de julgamento e de recursos, por meio de atualizações no Decreto nº 70.235, de 1972, em muito se anteciparam ao comando que veio ao ordenamento com o Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015, que disciplina o uso de meio eletrônico para o processo administrativo *lato sensu* no âmbito de toda a Administração Pública federal. Não obstante, este Decreto formalizou definições relevantes para o tema, com destaque para os arts. 2º e 7º a 10, no *caput* e nos §§ 1º e 2º do art. 11, no *caput* e nos §§ 1º e 2º do art. 12 e no § 2º do art. 22.

*Decreto nº 8.539, de 2015 - Art. 2º Para o disposto neste Decreto, consideram-se as seguintes definições:*

*I - documento - unidade de registro de informações, independentemente do formato, do suporte ou da natureza;*

*II - documento digital - informação registrada, codificada em dígitos binários, acessível e interpretável por meio de sistema computacional, podendo ser:*

*a) documento nato-digital - documento criado originariamente em meio eletrônico; ou*

*b) documento digitalizado - documento obtido a partir da conversão de um documento não digital, gerando uma fiel representação em código digital; e*

*III - processo administrativo eletrônico - aquele em que os atos processuais são registrados e disponibilizados em meio eletrônico.*

*Art. 7º Os atos processuais em meio eletrônico consideram-se realizados no dia e na hora do recebimento pelo sistema informatizado de gestão de processo administrativo eletrônico do órgão ou da entidade, o qual deverá fornecer recibo eletrônico de protocolo que os identifique.*

*§ 1º Quando o ato processual tiver que ser praticado em determinado prazo, por meio eletrônico, serão considerados tempestivos os efetivados, salvo disposição em contrário, até as vinte e três horas e cinquenta e nove minutos do último dia do prazo, no horário oficial de Brasília.*

*§ 2º Na hipótese prevista no § 1º, se o sistema informatizado de gestão de processo administrativo eletrônico do órgão ou entidade se tornar indisponível por motivo técnico, o prazo fica automaticamente prorrogado até as vinte e três horas e cinquenta e nove minutos do primeiro dia útil seguinte ao da resolução do problema.*

*Art. 8º O acesso à íntegra do processo para vista pessoal do interessado pode ocorrer por intermédio da disponibilização de sistema informatizado de gestão a que se refere o art. 4º ou por acesso à cópia do documento, preferencialmente, em meio eletrônico.*

*Art. 9º A classificação da informação quanto ao grau de sigilo e a possibilidade de limitação do acesso aos servidores autorizados e aos interessados no processo observarão os termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e das demais normas vigentes.*

*Art. 10. Os documentos nato-digitais e assinados eletronicamente na forma do art. 6º são considerados originais para todos os efeitos legais.*

*Art. 11. O interessado poderá enviar eletronicamente documentos digitais para juntada aos autos.*

*§ 1º O teor e a integridade dos documentos digitalizados são de responsabilidade do interessado, que responderá nos termos da legislação civil, penal e administrativa por eventuais fraudes.*

*§ 2º Os documentos digitalizados enviados pelo interessado terão valor de cópia simples.*

*Art. 12. A digitalização de documentos recebidos ou produzidos no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverá ser acompanhada da conferência da integridade do documento digitalizado.*

*§ 1º A conferência prevista no caput deverá registrar se foi apresentado documento original, cópia autenticada em cartório, cópia autenticada administrativamente ou cópia simples.*

*§ 2º Os documentos resultantes da digitalização de originais serão considerados cópia autenticada administrativamente, e os resultantes da digitalização de cópia autenticada em cartório, de cópia autenticada administrativamente ou de cópia simples terão valor de cópia simples.*

*Art. 22*

*§ 2º Os órgãos e as entidades de que tratam o caput que já utilizam processo administrativo eletrônico deverão adaptar-se ao disposto neste Decreto no prazo de três anos, contado da data de sua publicação.*

Nesta linha, foi editada a Portaria MF nº 396, de 5 de setembro de 2017, que instituiu o Sistema Eletrônico de Informações (SEI) no âmbito do MF, em cujo parágrafo único do art. 1º ratificou-se a possibilidade de os órgãos que já possuem seu próprio sistema não serem obrigados a descontinuá-lo, bastando que os integrem à norma ministerial.

*Portaria MF nº 396, de 2017 - Art. 1º Instituir o Sistema Eletrônico de Informações (SEI) como sistema informatizado oficial de gestão de documentos e processos eletrônicos do Ministério da Fazenda (MF).*

*Parágrafo único. As unidades que possuem seu próprio sistema informatizado de gestão de documentos e processos eletrônicos e optarem por sua continuidade devem integrá-lo ao SEI, conforme requisitos estabelecidos pela Coordenação-Geral de Tecnologia da Informação da Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração (COGTI/SPOA).*

Acrescente-se ainda que todo este arcabouço normativo evolutivo foi mais uma vez sedimentado com as alterações que o Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011 (que, em sintéticas palavras, regulamenta o PAF, chamado de Repaf), recebeu por meio do Decreto nº 8.853, de 22 de setembro de 2016. Desta feita, a norma regulamentar também passou a contemplar, no parágrafo único do art. 2º, no inciso III do art. 11, nos arts. 147-A, 147-B e 147-C, que os atos e termos processuais, inclusive intimações, podem ser formalizados, tramitados, comunicados e transmitidos em formato digital; que os documentos de instrução do processo podem ser nato-digitais ou digitalizados, com conversão fiel de imagem nos termos já adotados pela ICP-Brasil e de acordo com a MP nº 2.200-2, de 2001; e que as matrizes físicas dos documentos podem ser objeto de descarte.

Harmonizando-se então com este contexto normativo, institucional e tecnológico, o sistema correcional da RFB iniciou os estudos para analisar a viabilidade jurídica do emprego do sistema e-Processo nos processos disciplinares e em todos os demais procedimentos correccionais, por meio de Grupo de Trabalho designado pela Portaria Coger nº 37, de 19 de junho de 2013. Diante das primeiras avaliações positivas, no final daquele mesmo ano, decidiu-se pela realização de processo-piloto, de viés experimental, no âmbito do Escor da 5ª Região Fiscal (Escor05). Daí, três ocorrências foram formalizadas em processos com suporte documental em meio digital no início do ano seguinte e que redundaram na instauração dos dois primeiros processos disciplinares em formato digital.

Tendo-se, no curso de dois anos experimentais, amadurecida a percepção da viabilidade jurídica e tecnológica para adoção da ferramenta na processualística disciplinar, foi, enfim, editada a Ordem de Serviço Coger nº 1, de 3 de junho de 2015, que estabelece os procedimentos para utilização do e-Processo na Coger e nos Escor em seus arts. 1º a 3º, exigindo, inclusive, o disciplinamento procedimental interno por meio de manualização, conforme seu art. 4º. No contexto da necessária cautela com que deve absorver inovações, o sistema correcional se concedeu o período de cerca de uma década observando e acompanhando o amadurecimento do emprego da ferramenta tecnológica na instância fiscal. E, mesmo após ter positivado a adoção do processo digital, na prática, a mudança de paradigma do suporte documental dos procedimentos correccionais se dá de forma gradativa e não exclusiva. Passa-se por uma fase de transição, em que convivem processos físicos com

processos digitais, cujo desenlace presumível será a total supremacia da instrumentalização em meio digital. Respeitando esta dinâmica não impulsiva, a própria Ordem de Serviço, em seu art. 5º, com o fim de prevenir uma alteração impactante em todo sistema em uma única data, estabeleceu a sua entrada em vigor diferida no tempo por Escor, a saber: a partir de 05/06/15 para os Escor03, Escor04, Escor05, Escor06 e Escor10; a partir de 31/08/15 para os Escor03, Escor04, Escor05, Escor06 e Escor10; e a partir de 31/12/15 para os Escor07 e Escor08.

*Ordem de Serviço Coger nº 1, de 2015 - Art. 1º Todas as denúncias, representações e demais expedientes que tratem de irregularidade funcional recebidos pela Corregedoria ou por seus Escritórios deverão ser formalizados no sistema e-Processo.*

*§ 1º Os processos administrativos formalizados em papel até a data de entrada em vigor desta Ordem de Serviço deverão permanecer assim até a decisão quanto à instauração de processo administrativo disciplinar.*

*§ 2º Os processos administrativos em papel que forem convertidos em processos administrativos disciplinares devem ser digitalizados e, deverão receber nova numeração Comprot, quando da formalização no sistema e-Processo.*

*§ 3º Os processos administrativos em papel que forem convertidos em processos administrativos disciplinares deverão ser enviados para arquivamento na Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda jurisdicionante.*

*Art. 2º Os processos administrativos disciplinares instaurados após a entrada em vigor desta Ordem de Serviço deverão ser formalizados no sistema e-Processo.*

*Parágrafo único. Os processos administrativos disciplinares em curso permanecerão em papel.*

*Art. 4º Os procedimentos de que trata esta Ordem de Serviço serão disciplinados no Manual Coger de Utilização do e-Processo.*

Assim sendo, diante da formal adoção no sistema correcional, cabe aqui uma breve apresentação das potencialidades e das limitações do sistema e-Processo e das peculiaridades dos processos digitais em comparação com os processos físicos, partindo da sua aplicação em geral na RFB e enfocando, quando necessário, as particularidades do seu emprego na corregedoria.

Inicialmente, no que tange à formalização, segundo o *caput* do art. 1º da Ordem de Serviço Coger nº 1, de 2015, todas as denúncias, representações e demais expedientes noticiadores de irregularidade funcional que dão entrada na corregedoria após a data de vigência escalonada da norma devem ter suporte documental em meio digital e devem ser formalizados no sistema e-Processo, como processo digital, mantendo-se a mesma praxe de não se trabalhar com documentos ou ocorrências soltas, à margem de protocolização no sistema Comprot. Convém aqui ressaltar que, visando salvaguardar o trâmite do apuratório disciplinar, as demandas incidentais, como as decorrentes de ações judiciais e de pedidos extravagantes ao inquérito administrativo, deverão ser formalizadas em processos administrativos específicos, vinculados por meio de funcionalidade do sistema e-Processo à sindicância disciplinar ou ao processo administrativo disciplinar de origem.

É de se reconhecer que o sistema e-Processo até permite também o emprego do dossiê digital, assim compreendido como o conjunto de documentos consolidados em suporte digital, sem protocolização no sistema Comprot, utilizado para tramitação de expedientes, documentos ou atos que não necessitem do formalismo e da cautela de estarem autuados em processo administrativo, como é comum nas medidas preparatórias de ação fiscal. Não obstante esta possibilidade, a corregedoria não a utiliza, já que, não tendo sequer a protocolização no sistema formal, o dossiê não aufere existência, reconhecimento e visibilidade externas ao ambiente da RFB, o que viria a não atender exigências comuns, por

exemplo, em petições ou em respostas que a Coger ou os Escor costumam dirigir ao Poder Judiciário, sobretudo em questões incidentais ou cautelares.

As ocorrências com suporte documental em papel, que deram entrada no sistema correcional antes da respectiva data de vigência da citada Ordem de Serviço Coger e que aqui se presume sob a regra geral de terem sido de imediato protocolizadas no sistema Comprot e recebido seu nº de cadastro original, devem continuar sobre este meio até a emissão do juízo de admissibilidade, segundo o § 1º do seu art. 1º. Caso alguma destas ocorrências implique instauração de processo disciplinar, deve ter cadastrada nova numeração no sistema Comprot, ser digitalizada (escaneada) para que o arquivo com extensão pdf seja incluído no processo digital e formalizado no sistema e-Processo, e os autos em papel devem ser remetidos para arquivamento na Superintendência de Administração do MF (Samf), conforme os §§ 2º e 3º do mencionado comando normativo, mediante despacho que explicita que o procedimento terá prosseguimento no formato digital e com nova numeração. Caso a fase de admissibilidade se conclua pelo arquivamento, o processo físico deve ser assim arquivado, sem ser convertido para formato digital e sem nova numeração no sistema Comprot.

Na aplicação complementar do *caput* do art. 2º da Ordem de Serviço Coger nº 1, de 2015 - que determina que todos os processos disciplinares a serem instaurados após a data de vigência escalonada da norma devem ser formalizados no sistema e-Processo -, se a representação ou denúncia já deu entrada no sistema correcional em meio digital, assim também transcorrendo a fase de admissibilidade, é certo que, sob este meio, aquela ocorrência já havia sido protocolizada no sistema Comprot e já havia sido formalizada no sistema e-Processo desde a unidade de origem e o processo disciplinar eventualmente decorrente *a priori* segue sob a mesma numeração de cadastro originalmente obtida (a menos da hipótese que adiante se abordará, de a ocorrência ter sido protocolizada na unidade de origem de forma inapropriada, informando o servidor envolvido como “Interessado”).

A formalização no sistema e-Processo foi dispensada apenas para os processos disciplinares com suporte documental em papel e que já estavam em curso quando da respectiva data de vigência da norma, conforme o parágrafo único do art. 2º da citada Ordem de Serviço Coger.

Restam então três hipóteses em que se fará necessário que o Escor ou excepcionalmente a Coger proceda ao cadastramento do processo digital no sistema Comprot: nas ocorrências com suporte documental em papel recebidas de origem externa ou iniciadas no próprio sistema correcional antes da entrada em vigor da Ordem de Serviço Coger nº 1, de 2015, e concluídas com admissibilidade positiva; ou nas ocorrências com suporte documental em papel recebidas de origem externa depois da escalonada vigência da norma; ou ainda em quaisquer ocorrências iniciadas no próprio sistema correcional depois da respectiva vigência da norma.

Obviamente, o termo “cadastramento” aqui encampa um sentido amplo, abrangendo desde a protocolização no sistema Comprot, compreendida como o primeiro e inaugural registro do processo naquele sistema e recebimento de sua numeração original, como também a atribuição de um novo nº de cadastro a um processo que já havia sido protocolizado e recebido uma numeração original no sistema Comprot.

O cadastramento do nº de um processo digital no sistema Comprot é obtido empregando-se a funcionalidade “Obter o número do processo no Comprot”, do Sistema Integrado de Informações Econômico-Fiscais/Processos (Sief/Processos), marcando a opção “Digital” na espécie de processo - o que já faz surgir automaticamente no sistema e-Processo, de forma imediata ou após pequeno intervalo de tempo, o processo digital. Mas antes, é preciso fazer o pré-cadastramento do processo digital no sistema Sief/Processos, classificando-o em três níveis, quais sejam: primeiramente, em grupo; na sequência, em tipo; e, por último, em subtipo.

Mais detalhadamente, informe-se que existem três grupos pré-definidos para processos digitais no sistema Sief/Processos: “Processo Tributário”, “Processo Previdenciário” e “Processo Administrativo/Judicial”, interessando à atuação correcional apenas o último grupo. Dentro deste grupo de processo digital, deve-se selecionar o tipo “Recursos Humanos”. Por fim, no último patamar de classificação, dentro daquele tipo de processo digital, existem quatorze subtipos de interesse: “Abandono de Cargo/Demissão”, “Acumulação de Cargos”, “Auditoria - Corregedoria”, “Demissão de Servidor - Revisão”, “Denúncias - Pessoal”, “Inquérito Administrativo”, “Inquérito Administrativo - Prorrogação de Prazo”, “Processo Administrativo Disciplinar/Inquérito”, “Processo Administrativo Disciplinar”, “Processos Disciplinares - Pessoal”, “Representação/Denúncia”, “Representação/Denúncia - Sobre Pessoal”, “Sindicância/Inquérito” e “Sindicância-Processo Adm. Disciplinar”, chegando-se então a uma classificação em grupo, tipo e subtipo que se pode compreender, de certa forma, como residual e minoritária em relação à amplitude dos grupos de natureza fiscal e dos demais tipos e subtipos e ao extenso universo de processos digitais neles cabíveis.

Cabe aqui abrir um parêntese na descrição instrumental do cadastramento, retomando o histórico da evolução tecnológica, a fim de detalhar um aspecto peculiar da aplicação do sistema e-Processo pela corregedoria da RFB. Mediante padrões pré-definidos interna e nacionalmente no sistema, os processos digitais classificados naqueles quatorze subtipos acima descritos (dentre outros, como por exemplo, os já mencionados dossiês digitais pré-processuais de documentos preparatórios de ação fiscal ainda sem protocolização no sistema Comprot ou os processos digitais com tramitação sob sigredo de justiça, ambos de detalhamentos desnecessários) inserem-se no chamado módulo sigiloso, criado em 01/09/10 e de uso excepcional, que restringe a já apresentada regra geral de acesso aos autos.

Antes da criação deste módulo sigiloso, a regra geral de transparência e de publicidade do sistema e-Processo não contemplava a necessidade da matéria disciplinar, de se ter de restringir o acesso aos processos digitais não só externamente mas até mesmo para o próprio corpo funcional da RFB. Suprindo tal peculiaridade, o módulo sigiloso do sistema aplica automaticamente duas marcas de sigilo que inibem a visualização dos autos para todos os procedimentos digitais de interesse correcional. A primeira marca de sigilo inibe o acesso para o usuário estranho àqueles já mencionados três órgãos gestores do sistema (a saber, a RFB, PGFN e o Carf), ou seja, impede que o próprio interessado externo consulte os autos e peticione por meio do e-CAC, via internet. A segunda marca inibe o acesso no âmbito dos usuários internos daqueles três órgãos, ou seja, impede que, salvo um usuário a quem se atribua a condição de “deter a guarda ou a carga momentânea” dos autos ou de “estar autorizado a efetuar consultas e solicitações de juntada” no processo (nos sentidos figurados e coloquiais das expressões e paras as quais posteriormente se darão as denominações formais, respectivamente, de “responsável” e de “habilitado”), os demais servidores os consultem e os impulsionem, por meio da *intranet* institucional. Antecipe-se que as mencionadas figuras de responsável e de habilitado para o processo sigiloso surgem de forma coerente, porque a noção de sigilo não se coaduna com permissão de visualização ostensiva e liberada, fazendo com que o sistema exija a existência daqueles usuários a quem, exclusivamente, se concede acesso.

Compreenda-se, então, que o emprego do sistema e-Processo pela processualística disciplinar, mediante módulo específico, significa uma diferenciação excepcional em toda forma de se pensar e de se utilizar a nova ferramenta tecnológica, que tem a facilitação da transparência como uma de suas potencialidades. Na matéria correcional, a reserva se faz muito mais crítica, sensível e exigida, restringindo-se o acesso aos seus processos digitais apenas aos agentes das unidades de correição devidamente autorizados e ao acusado. Tal cautela se aplica tanto à fase de admissibilidade, em que o sigilo é protegido pelo inciso VIII do excepcional art. 23 daquela Lei, quanto ao processo disciplinar em si, cujo sigilo tem a proteção específica do *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Além da cristalina e inequívoca diferenciação, sob a ótica do acesso externo, no trato

de processos digitais correcionais e de processos digitais fiscais (nos quais o contribuinte interessado, na condição de usuário externo, visualiza os autos, solicita juntada de documentos e consulta solicitações e atos de comunicação fora do ambiente institucional), aquelas duas fontes legais de sigilos específicos da instância correcional impedem, sob a ótica interna, que nela se repita a amplitude de acesso propiciada na instância fiscal, já que, nesta, a existência apenas de dados protegidos por sigilo fiscal não impediria o acesso de usuários integrantes dos três órgãos gestores do sistema.

Enquanto nos processos fiscais em meio digital - e também na maioria dos processos de mero interesse funcional de servidor atinentes a temas da alçada da gestão de pessoas - a regra é a liberada acessibilidade no ambiente interno de usuários da RFB e para tal regra todo o sistema e-Processo foi aprioristicamente arquitetado, nos processos disciplinares em meio digital, a regra é a segregação do acesso a poucos usuários com perfil específico e restrito para o módulo sigiloso (perfil denominado “Epro-Processo Sigiloso”). Por estes motivos se considera que a aplicação daquela segunda marca de sigilo, voltada para usuários internos, é que, de fato, torna um processo digital sigiloso no sistema.

Fechado este parêntese e retomando a instrumentalidade, ao se informarem aqueles três níveis de classificação do processo digital no sistema Sief/Processos, faz-se um pré-cadastramento naquele sistema e os autos recebem um nº de cadastramento no sistema Comprot já no formato de numeração padrão do sistema e-Processo. Em outras palavras, automaticamente, o cadastramento de um processo digital no sistema Comprot tanto exige o seu pré-cadastramento (classificação no grupo, tipo e subtipo, com o quê já pode ser consultado na lista de processos pré-cadastrados) no sistema Sief-Processos quanto alimenta automaticamente a base de dados do sistema e-Processo.

A numeração de processo administrativo *lato sensu* no padrão do sistema Comprot tem, como regra geral, os cinco primeiros dígitos refletindo um código neste sistema associado à unidade responsável por sua protocolização, seguidos de seis dígitos com a numeração sequenciada propriamente dita, separados por barra de quatro dígitos indicadores do ano e de dois dígitos verificadores. A numeração padrão do sistema e-Processo diferencia os processos digitais convencionando o sexto e o sétimo dígitos sempre como “7” e “2”, restando então as formas xxxxx.xxxxxx/xxxx-xx para processos físicos e xxxxx.72xxxx/xxxx-xx para processos digitais.

Como cautela não só para preservar a imagem do servidor envolvido com os fatos sob investigação mas também evitar gerar indevido interesse (e conseqüente alegação de direito de acesso aos autos, caso o rumo do processo aponte para novo possível envolvido), no momento da protocolização no sistema Comprot, não se registra o nome do agente como “Interessado” - até porque, ainda que se quisesse insistir em tal impropriedade, seria inviável fazê-lo quando há mais de um acusado, pois aquele sistema não permite a inclusão de mais de um “Interessado”. Deve-se registrar como tal o Ministério da Fazenda (MF), tanto para processo físico quanto para processo digital.

Apresentados os detalhes acerca da protocolização e do nº de cadastro (cadastramento) no sistema Comprot e da formalização no sistema e-Processo, apresentam-se três primeiros conceitos importantíssimos que este último sistema utiliza e que são fundamentais para a compreensão do seu funcionamento, que são as unidades, as equipes e as atividades.

As unidades reconhecidas pelo sistema e-Processo são exatamente as células regimentais dos órgãos usuários (RFB, PGFN e Carf), detentoras do já mencionado código próprio nos cinco primeiros dígitos da numeração do sistema Comprot. No caso da RFB, dentre outras, são unidades carregadas no sistema as Superintendências Regionais, as Delegacias, as Inspetorias, as Alfândegas, as Agências da Receita Federal do Brasil (SRRF, DRF, IRF, ALF e ARF) e, destacadamente, a Coger e cada um dos dez Escor, bem como as unidades centrais, a exemplo das demais Coordenações-Gerais e as Subsecretarias. As equipes, cadastradas dentro de cada unidade, são grupos de usuários que realizam uma mesma

atividade ou as mesmas atividades, podendo uma equipe ter equipes subordinadas (subequipes). As atividades, padronizadas nacionalmente, são ações esperadas no curso processual e, sendo operações comuns do transcurso do processo, não são exclusivas de cada equipe; ao contrário, diversas equipes podem realizar uma mesma atividade. Mencione-se algumas atividades frequentemente realizadas pelas equipes da corregedoria: “Receber Processo - Triagem”, “Receber Retorno de Processo”, “Apreciar e Assinar Documento”, “Executar Julgamento / Despacho”, “Emitir Parecer / Despacho”, “Preparar Informação / Minuta” e “Preparar e Instruir Processo”. Antecipe-se que, diante do sentido abrangente das atividades, não há um grande rigor na exata delimitação de emprego de cada uma pelas equipes das unidades de correição ao longo do transcurso de um processo digital.

Por fim, como qualquer sistema informatizado, o sistema e-Processo possui um conjunto de funcionalidades, que permitem ao usuário gerenciar processos digitais e documentos, tais como, dentre outras, comuns no emprego pelas equipes da corregedoria: consultar documentos, equipes ou processos, importar documentos, emitir relatórios gerenciais, copiar documentos de outro processo, imprimir e obter cópia de documentos ou de processos, apensar processos, vincular processos, atribuir ou retirar sigilo de processos, acompanhar e arquivar processos, movimentar processos, distribuir processos, tornar processo físico, solicitar juntada de documento, juntar documento, definir assinaturas, assinar documentos, excluir documentos.

Conjugando estes dois últimos conceitos, é de se acrescentar que o sistema e-Processo permite ainda que suas atividades padronizadas recebam três diferentes configurações a partir da funcionalidade “Associar Atividades às Equipes” (que, por ser excepcional, nem foi mencionada na lista do parágrafo antecedente). De forma mais específica para as equipes da corregedoria, mencionam-se apenas duas daquelas configurações, a saber, “Permitir Distribuição na Movimentação” e “Permitir Distribuição por Qualquer Membro”, cujas ativações a favor das equipes incumbe aos titulares de unidade, ou seja, no caso, à chefia do Escor e que terão seu emprego e sua importância mencionadas adiante.

Algumas destas funcionalidades serão mencionadas e abordadas com mais detalhes ao longo deste tópico ou de **4.3.11.10** ou ainda diluidamente no curso de todo o presente texto. Mas, de imediato, duas delas merecem destaque: a movimentação e a distribuição dos autos, que não se confundem com prática de ato processual. Ambas podem ser definidas, de maneira extremamente sintética, como gêneros de funcionalidades que se empregam para deslocar processos digitais, seja entre atividades, seja entre equipes, seja entre integrantes da equipe, e se desdobram em espécies, sendo algumas aplicáveis a todos tipos de processos formalizados no sistema e-Processo enquanto outras, em sentido contrário, não são aplicáveis a processos disciplinares em meio digital e que, portanto, não merecerão atenção e aprofundamento no presente texto além da rápida menção aqui nesta passagem.

As movimentações, como um gênero de funcionalidade, são compreendidas como deslocamentos de processos digitais que implicam a alteração de pelo menos um dos dois elementos: a equipe ou a atividade. Pode-se, então, ter a movimentação que altera a equipe para realizar a mesma ou outra atividade e pode-se ter ainda a movimentação que altera a atividade a cargo de uma equipe. E, de forma meramente conceitual e didática (inexistindo tais expressões no sistema e-Processo), podem ser ramificadas em movimentações em geral, típicas dos processos digitais de acesso liberado, em que não há que se preocupar a quem (a qual usuário individualmente) exatamente se atribui o processo, e movimentações mais estritas, em processos digitais marcados pelo sigilo operado até no ambiente interno da RFB (como é o caso dos procedimentos correccionais), em que se obriga a atribuição do feito a determinado usuário, que, como já se antecipou linhas acima, se chamará de “responsável” (ou, em outras palavras, em que se obriga que a movimentação também contemple obrigatoriamente a distribuição dos autos àquele usuário específico, a que o sistema denomina especificamente de “movimentação com distribuição”).

Já no foco mais específico desta ramificação das movimentações de emprego nos processos digitais requeredores de sigilo interno, como ocorre no âmbito da Coger e dos Escor, a espécie de movimentação que altera a atividade a ser realizada pela mesma equipe pode ser tida como menos comum no emprego correccional do sistema e-Processo (em vista da já reconhecida elasticidade com que as atividades são previamente definidas), enquanto a espécie de movimentação mais frequente, que altera a equipe, somente repercute em registros de tramitação no sistema Comprot se a equipe de destino for de outra unidade (ou até mesmo entre equipes de mesma unidade que possuam códigos próprios no sistema Comprot, em unidades maiores, o que não é o caso da corregedoria). Ressalta-se que a movimentação com distribuição somente é autorizada pelo sistema e-Processo quando realizada por membro da equipe onde se encontra o processo e quando a atividade de destino do processo estiver configurada com “Permissão para Distribuição na Movimentação” (configuração no sistema a partir da funcionalidade “Associar Atividades às Equipes”). Em razão disto, todas as atividades por onde tramitarão os processos disciplinares deverão possuir a mencionada autorização. Além disto, enquanto não há outras exigências para o usuário responsável pelo processo realizar a movimentação em comento, o usuário não responsável também terá autorização para realizar a movimentação desde que possua o perfil “Epro-Processo Sigiloso” ou que uma das equipes do sistema e-Processo de que faça parte esteja habilitada para acesso aos autos.

Por sua vez, as distribuições, também como um gênero de funcionalidade, são compreendidas como deslocamentos de processos digitais dentro da mesma equipe. E, de forma meramente conceitual e didática (à margem de tais definições no sistema e-Processo), podem ser ramificadas em distribuições em geral e distribuições mais estritas, respectivamente típicas dos processos digitais de acesso liberado ou marcados pelo sigilo interno, dependendo se há dispensa ou necessidade de se atribuir o feito a determinado usuário. Há quatro espécies de distribuição no sistema e-Processo (distribuição em sentido estrito, autodistribuição, liberação e redistribuição). A escolha da terminologia na arquitetura do sistema pode não ter sido a mais feliz, pois obriga que se deixe claro que o sentido do termo “distribuição” naquela expressão “movimentação com distribuição”, que quer indicar a atribuição da “guarda ou da carga dos autos” a determinado usuário (responsável), não se confunde com esta funcionalidade “distribuição”, nem em gênero, nem em espécie.

Destas quatro espécies, apenas a redistribuição interessa no presente texto, pois as outras três não se aplicam a processos digitais requeredores de sigilo interno, como ocorre no sistema correccional. A redistribuição de um processo digital é a funcionalidade que atribui a outro integrante da equipe realizar a mesma atividade anteriormente designada, sem que o processo sequer saia da equipe e sem registro, portanto, no sistema Comprot. Na redistribuição, o processo digital está sob a “guarda” ou sob a “carga” de um integrante da equipe e este integrante redistribui os autos para outro integrante ou pode ainda este outro integrante redistribuir os autos para si próprio ou em favor de outrem, devendo neste último caso o usuário possuir o já mencionado perfil específico para processo digital sigiloso ou ter sua equipe habilitada para acesso aos autos. Ressalta-se que a redistribuição somente é autorizada pelo sistema e-Processo quando a atividade onde se encontra o processo estiver configurada com “Permissão para Distribuição por Qualquer Membro” (configuração no sistema a partir da funcionalidade “Associar Atividades às Equipes”) ou quando o usuário estiver cadastrado como supervisor da equipe onde se encontra o processo (configuração no sistema a partir da funcionalidade “Associar Membros às Equipes”). Além disso, enquanto não há outras exigências para o usuário responsável pelo processo realizar a redistribuição em comento, o usuário não responsável também terá autorização para realizar a redistribuição desde que possua o perfil “Epro-Processo Sigiloso” ou que uma das equipes do sistema e-Processo de que faça parte esteja habilitada para acesso aos autos.

A Coordenação-Geral de Arrecadação e Cobrança (Codac), como gestora do sistema e-Processo, emite notas técnicas acerca do seu emprego e uma destas manifestações, a Nota

Técnica e-Processo nº 17/2014, estabelece diretrizes para formação de nomes e siglas das equipes e das atividades e obriga que todas as unidades sempre tenham, independentemente de quaisquer outras equipes em seu cadastro, duas equipes em especial, denominadas Triag (equipe de triagem) e Gabin (gabinete).

A equipe Triag resume-se à porta de entrada na unidade, cabendo-lhe as atividades de recepção, triagem, classificação e distribuição dos processos digitais (tanto sobre a matéria-fim quanto sobre temas diversos, tais como de gestão de pessoas do seu próprio quadro) movimentados por outras unidades de origem. E, como o próprio nome indica, a equipe Gabin centraliza as atividades típicas da chefia da unidade.

No caso dos Escor, a equipe Triag recebe os processos digitais tanto da matéria correcional propriamente dita (representações ou denúncias, por exemplo) quanto de assuntos de interesse pessoal de seus servidores (pedidos de licenças ou de remoção, por exemplo) e não se confunde com o grupo de atividades auxiliares previsto na Portaria Coger nº 36, de 16 de abril de 2015. Por sua vez, a equipe Gabin é integrada pela chefia do Escor e pode ter ainda algum(ns) outro(s) servidor(es) de secretaria que atue(m) próximo ao Chefe do Escor; por meio desta equipe, a chefia do Escor exerce sua necessária atuação gerencial ou técnica nos processos digitais e também consulta qualquer outro processo digital a cargo de outras equipes, mesmo que não as integre. No sistema correcional, adotou-se a praxe, não obrigatória, de as chefias dos Escor fazerem parte de ambas as equipes. De forma similar, a Coger também possui suas equipes Triag e Gabin, com o Corregedor e o Corregedor Adjunto fazendo parte de ambas.

Satisfeitas estas pré-condições estabelecidas pela Codac, no grau de liberdade interna de cada unidade, convencionou-se que os Escor têm a seguinte estrutura mínima cadastrada no sistema e-Processo, além das equipes Triag e Gabin, refletindo a organização estabelecida pela Portaria Coger nº 36, de 2015:

- uma equipe (Gatau) para albergar os integrantes do grupo de atividades auxiliares;
- uma equipe (Gasse) para albergar os integrantes do grupo de assessoramento;
- uma equipe (Gridi) para albergar os integrantes do grupo de investigação disciplinar, sejam individualmente incumbidos de procedimentos investigativos, sejam, sob subordinação, as subequipes (EIxxx, onde xxx corresponde à Região Fiscal - RF e à numeração sequencial das equipes em cada Escor) em que se cadastram as efetivas equipes de investigação, sendo que a chefia do Escor, por intermédio da equipe Gabin, e a chefia e os supervisores das equipes de investigação da Divisão de Investigação Disciplinar (Divid), por meio da equipe Divide suas subequipes subordinadas, deve ter acesso aos processos digitais a cargo das subequipes;
- uma equipe (Graco), sem atividades específicas, apenas para albergar, sob subordinação, as subequipes (Comxxx, onde xxx corresponde à RF e à numeração sequencial das comissões em cada Escor) em que se cadastram as efetivas comissões disciplinares, sendo que a chefia do Escor, por intermédio da equipe Gabin, e a chefia e os servidores da Divisão de Análise Correcional (Diacó), por meio da equipe Diaco, devem ter acesso aos processos digitais a cargo das comissões;
- uma equipe Arqui, empregada apenas para arquivamento local provisório de processos digitais ou para arquivamento de processos digitais que contenham dados protegidos por cláusulas específicas de sigilo, após suas conclusões.

De outro giro, além das já mencionadas Triag, Gabin e Arqui, a Coger tem como principais equipes em plena atuação, refletindo seu organograma regimental atual:

- uma equipe Codis, para o Coordenador Disciplinar, sob a qual se subordinam a subequipe Diaco, para albergar os servidores localizados na Diaco; a subequipe Divid, à qual se subordinam subequipes próprias, abaixo discriminadas; e a subequipe Sejuc,

para albergar os servidores localizados no Serviço de Acompanhamento Judicial e Controle (Sejuc);

- a subequipe Divid abriga a subequipe Grupo Especial de Supervisão, para albergar supervisores das equipes de investigação; e a subequipe Grupo de Investigação Disciplinar, para albergar as equipes de investigação;
- uma equipe Diren, para albergar os servidores localizados na Divisão de Controle da Atividade Correcional (Dicac), que atualmente executam as competências atinentes a processo administrativo de responsabilização de entes privados (PAR);
- uma equipe Seaux, para albergar os servidores localizados no Serviço de Atividades Auxiliares (Seaux);
- e uma equipe Sacad, para albergar os servidores localizados na Seção de Capacitação e Desenvolvimento (Sacad).

Uma vez que a Codac exige que todas as unidades tenham a sua equipe Triag cadastrada e como o sistema e-Processo informa à unidade remetente qual a equipe de entrada na unidade de destino, todos os processos digitais movimentados para os Escor (não só as denúncias ou representações oriundas de unidades externas ao sistema correcional mas também as demais demandas sobre matérias diversas da atividade-fim) dão entrada por intermédio daquela equipe. E, no caso de ocorrências que chegam ao Escor ainda em suporte documental em papel, após a vigência da Ordem de Serviço Coger nº 1, de 2015, são convertidas para formato digital, conforme já exposto acima (e o mesmo se aplica a processos administrativos *lato sensu* acerca de matérias diversas da atividade-fim).

A fim de esgotar de plano a rápida menção sobre um tema sem relevância para o presente texto, informa-se que, por um lado, os processos digitais, sejam já recebidos em suporte documental digital, sejam aqueles que necessitaram de digitalização (escaneamento), que versam sobre matérias diversas da atividade-fim (processos de assuntos de gestão de pessoas, por exemplo) são movimentados para a equipe Gatau, para que algum integrante do grupo de atividades auxiliares dê-lhe o devido tratamento.

E, por outro lado, especificamente no tema sobre o qual vai se dedicar aprofundamento na sequência do presente tópico, os procedimentos correcionais em meio digital, sejam já recebidos pela equipe Triag em suporte documental digital, sejam aqueles que necessitaram de digitalização (escaneamento), são movimentados para a equipe Gabin, onde receberão os tratamentos iniciais a cargo do Chefe do Escor, conforme a seguir se sintetiza.

Uma vez que as representações ou as denúncias e os processos disciplinares, ao serem pré-cadastrados no sistema Sief/Processos com classificação correspondente a um dos quatorze subtipos de processos digitais de interesse do sistema correcional, não só recebem o seu nº de cadastro no sistema Comprot, mas também, neste mesmo momento, não só recebem o seu nº de cadastro no sistema Comprot, mas também, neste mesmo momento, já obtêm a marcação automática de sigilo, em razão da configuração nacional, e, por conseguinte, requerem a identificação de a quem, individualmente, devem ser atribuídos (a figura do responsável), cabe a cada Escor definir previamente no sistema e-Processo quem dentre os integrantes de sua equipe Triag deve figurar como tal, para recepcioná-los neste primeiro momento e para poder acessar os autos. A praxe é de as chefias dos Escor figurarem como responsáveis no sistema para recepção de processos digitais, daí porque integram a citada equipe.

Em consequência, se uma representação ou denúncia for movimentada para um Escor com a devida classificação e com a marcação automática de sigilo desde a unidade de origem, pode se afirmar que o remetente também atribui a responsabilidade a um usuário da equipe Triag na unidade de destino a quem concede acesso à ocorrência (em geral, o Chefe do

respectivo Escor). Em outras palavras, nas movimentações de processos digitais, o sistema informa à unidade remetente qual a equipe de entrada e quem figura como responsável para acessar processos sigilosos na unidade de destino.

Por outro lado, se uma representação ou denúncia der entrada em um Escor sem a marcação automática de sigilo - ou seja, se a ocorrência deu entrada ainda em formato não digital e foi então convertida ou, mesmo que já esteja em processo digital, se um servidor na unidade de origem a cadastrou no sistema Sief/Processos em um subtipo processual diferente daqueles quatorze de interesse da corregedoria do tipo processual “Recursos Humanos e do grupo processual “Processo Administrativo/Judicial” e a movimentou fora do módulo sigiloso -, estando em ambas hipóteses na equipe Gabin, o Chefe do Escor deve definir, manualmente, as duas marcas de sigilo para aquele processo digital.

Para abordar este incidente, neste ponto, faz-se então necessário apresentar uma segunda possibilidade de manejo de processos digitais sigilosos no sistema e-Processo.

Além da funcionalidade que permite que as marcas de sigilo sejam nacionalmente configuradas de forma automática para qualquer processo digital classificado nos quatorze subtipos de processos digitais correccionais, sendo a cláusula de sigilo uma exceção na construção como um todo do sistema e-Processo - embora, por oposição, seja a regra geral para o emprego do sistema pela corregedoria -, há ainda uma outra funcionalidade, que atribui a restritos usuários que precisem atuar em processos digitais sigilosos um perfil específico para estes processos. A posse deste perfil é um atributo pessoal do servidor, que não se altera em razão das equipes que integra ou dos processos digitais em que atua.

Obviamente, já que os processos correccionais em meio digital são sigilosos, de forma geral, os servidores dos Escor e da Coger devem ser contemplados, pelos respectivos titulares de unidades, com este perfil específico para processos digitais sigilosos. Para deixar inequívoca a diferenciação e a especificidade, enquanto pode-se dizer que a posse deste perfil para usuários da instância fiscal é exceção, por outro lado, é a regra geral para usuários do sistema correccional.

A atribuição deste perfil a um usuário permite-lhe marcar com sigilo um determinado processo digital originalmente não incluído na configuração nacional do módulo sigiloso e do qual esteja como responsável. E, já que a marcação de sigilo é exceção no âmbito do sistema e-Processo, obriga-se que, na sequência, este usuário deixe registrada a justificativa para ter tornado aqueles autos sigilosos, que ficará incluída em seu histórico (como o sistema não sugere textos padronizados para tal justificativa, cabe ao usuário descrever livremente a sua motivação, como, por exemplo, justificar que se trata de representação, de denúncia ou de processo disciplinar).

A posse deste perfil permite também ao usuário movimentar com distribuição ou redistribuir processos sigilosos que estejam com a equipe de que é integrante, ainda que não seja o seu responsável. Interessante destacar que mesmo um usuário sem o perfil específico para processo digital sigiloso, ao lhe ser distribuído um processo digital marcado com sigilo, o que lhe atribui a condição de responsável, passa a poder acessá-lo.

Após a abordagem do tema referente ao sigilo dos processos digitais, faz-se agora pertinente apresentar dois outros conceitos empregados pelo sistema e-Processo e também fundamentais para a compreensão do seu funcionamento, sobretudo quanto a processos sigilosos, quais sejam, as condições de responsável e de habilitado e as noções de responsabilidade e de habilitação em processo digital. Na verdade, são conceitos completamente associados uns aos outros, tanto que, ao se abordar o sigilo, fez-se indispensável mencionar, por inúmeras vezes, ainda que de forma diluída, a ideia de usuário responsável. Pode-se dizer que há uma circularidade complementar a relacionar todos estes conceitos, de sorte que a noção completa de cada um deles somente advém, de forma recíproca e dinâmica, após se apresentarem as noções dos demais.

Conforme já mencionado, uma vez que as ocorrências e os processos disciplinares encartados em processos digitais são demarcados no sistema e-Processo com cláusula de sigilo, que impede visualização ostensiva e liberada de seus conteúdos, requerem a definição, a cada momento, de algum usuário que figure como responsável, o que equivale a quem detinha a “guarda” ou a “carga” se ainda se cogitasse de um processo com suporte documental em papel. Tal condição é exercida, a cada momento, individualmente apenas por um único determinado usuário e não por toda equipe que ele integra, e independe de prévia habilitação.

A responsabilidade pode ser alterada em favor de outro integrante da equipe, mantida a mesma atividade a ser executada, na hipótese de redistribuição do processo digital. A responsabilidade também pode ser alterada em favor de integrante da mesma equipe (mas nada impede que seja para o mesmo integrante que já estava como responsável) em outra atividade ou em favor de integrante de outra equipe na mesma ou em outra atividade, nas duas espécies de movimentação acima descritas como movimentação com distribuição, pois o mesmo ato contempla não só a mudança de atividade e/ou de equipe do processo digital como também a definição do novo responsável dentre os integrantes que o próprio sistema lista da equipe de destino.

Quanto aos poderes do responsável, de imediato, informe-se que, no primeiro momento da tramitação de um processo digital, apenas este usuário pode ter acesso aos autos; mas, em seguida, também os usuários habilitados pelo responsável, bem como, no transcurso processual, aqueles usuários habilitados por responsáveis anteriores também podem ter acesso aos autos.

Mas, mais que o poder de consulta dos autos, sintetize-se que o responsável não sofre nenhuma restrição no impulso do processo digital. Se, além de figurar como responsável, o usuário também possuir o perfil específico para processo digital sigiloso, pode alterar a marcação de sigilo, tornando o processo sigiloso ou não sigiloso. E, tão somente por figurar como responsável, mesmo que não possua aquele perfil específico, o usuário pode alterar o conteúdo do processo (juntar ou excluir documentos); pode movimentar com distribuição ou redistribuir o processo, o que significa dizer também que pode atribuir a outro usuário (mesmo que este também não possua o perfil específico) a subsequente qualidade de novo responsável, bastando distribuir-lhe o processo, seja movimentando com distribuição, seja redistribuindo; e pode habilitar e desabilitar toda uma equipe ou outros usuários individualmente (mesmo que estes também não possuam o perfil específico), incluindo ou excluindo habilitações apenas para visualizar os autos no modo consulta.

Em que pese todo o exposto, ressalta-se que, conforme já exposto linhas acima, o sistema e-Processo somente autoriza a movimentação com distribuição, em qualquer caso, quando realizada por membro da equipe onde se encontra o processo e quando a atividade de destino do processo estiver configurada com “Permissão para Distribuição na Movimentação”, razão pela qual todas as atividades por onde tramitarão os processos disciplinares deverão possuir a mencionada autorização. Já a redistribuição somente é autorizada quando a atividade onde se encontra o processo estiver configurada com “Permissão para Distribuição por Qualquer Membro” (configuração no sistema a partir da funcionalidade “Associar Atividades às Equipes”) ou quando o usuário estiver cadastrado como supervisor da equipe onde se encontra o processo.

Merece maior atenção o poder do responsável de habilitar outros usuários no processo digital. A habilitação definida, pelo responsável, a favor de outro usuário não responsável possibilita a este apenas a consulta (acesso para visualização dos elementos processuais), a impressão e a obtenção de cópias integrais ou parciais do processo digital e a solicitação de juntada de documentos (SJD), já que somente ao responsável é conferido o poder de alterar o conteúdo de um processo digital, juntando ou excluindo documentos. Qualquer outro usuário, inclusive o acusado (aqui já antecipando questão atinente ao processo disciplinar já instaurado), que não seja o responsável, não tem poder de juntar ou de excluir documentos no

processo digital, cabendo-lhe apenas, no caso de ser ativo (e não licenciado ou afastado) fazer a SJD, cuja aceitação ou não depende do responsável. Portanto, o fato de um usuário figurar como habilitado não se confunde com ser responsável pelo processo digital. Enquanto o responsável tem amplos poderes sobre a condução do processo, o habilitado tem permissões restritas. Destacadamente, cite-se que a simples habilitação, por si só, não permite movimentar com distribuição ou redistribuir o processo, que são poderes *a priori* exclusivos do responsável.

A habilitação é um *minus* em relação à responsabilidade de um processo digital, podendo ser definida pelo responsável individualmente a favor de um ou de mais de um usuário, em função de seu(s) nº de inscrição no CPF, e este tipo de habilitação é temporária, sendo cancelada a cada mudança de responsável (novamente antecipando-se tema de processo disciplinar, informa-se que a habilitação do acusado ativo e não licenciado ou afastado é feita individualmente por meio do seu nº de inscrição no CPF), mas devendo ser refeita até a fase de julgamento. De outro lado, a habilitação pode ser definida pelo responsável a favor de toda uma equipe e este tipo de habilitação é permanente (nesta espécie de habilitação, as alterações de membros da equipe repercutem automaticamente, ou seja, integrantes posteriormente excluídos perdem acesso e integrantes futuramente incluídos obtêm acesso), somente sendo desfeita se este mesmo ou outro responsável a cancelar nas definições de habilitações. Como as duas espécies de movimentação e a redistribuição alteram o responsável por um processo digital, como consequência, aquelas funcionalidades fazem perder habilitações definidas individualmente por nº de inscrição no CPF pelo responsável anterior (mas não alteram as habilitações cadastradas por equipe). Daí, é interessante o responsável habilitar a si mesmo, por meio da habilitação da equipe de que faz parte, para que possa continuar tendo acesso aos autos mesmo após a transferência da responsabilidade do processo digital para outro usuário.

Em complemento aos já listados poderes do responsável, apresentam-se as permissões conferidas ao usuário não responsável. Primeiramente, em relação à possibilidade de consultar o processo digital, basta que este usuário esteja habilitado no processo, individualmente pelo seu nº de inscrição no CPF ou por equipe, independentemente de integrar a equipe onde se encontram os autos ou de possuir o perfil específico para processo sigiloso. Já para poder movimentar com distribuição ou redistribuir o processo digital, é necessário que aquele usuário possua o perfil específico para processo sigiloso e integre a equipe onde se encontram os autos, ainda que não esteja definida para ele nenhuma habilitação de acesso, seja individualmente pelo seu nº de inscrição no CPF, seja por equipe; ou, ainda que não possua o perfil específico para processo sigiloso, que integre a equipe onde se encontram os autos e que haja definição de habilitação para acesso a esta sua equipe. Além disto, reitere-se que a movimentação com distribuição somente é autorizada pelo sistema e-Processo, em qualquer caso, quando realizada por membro da equipe onde se encontra o processo e quando a atividade de destino do processo estiver configurada com “Permissão para Distribuição na Movimentação”, razão pela qual todas as atividades por onde tramitarão os processos disciplinares deverão possuir a mencionada autorização. Já a redistribuição somente é autorizada pelo sistema e-Processo quando a atividade onde se encontra o processo estiver configurada com “Permissão para Distribuição por Qualquer Membro” (configuração no sistema a partir da funcionalidade “Associar Atividades às Equipes”) ou quando o usuário estiver cadastrado como supervisor da equipe, (configuração no sistema a partir da funcionalidade “Associar Membros às Equipes”). Além disso, repisando, enquanto não há outras exigências para o usuário responsável pelo processo realizar a movimentação ou redistribuição em comento, o usuário não responsável também terá autorização para realizá-las desde que possua o perfil “Epro-Processo Sigiloso” ou que uma das equipes do sistema e-Processo de que faça parte esteja habilitada para acesso aos autos.

Ato contínuo, para qualquer procedimento correccional em meio digital, o Chefe do Escor deve habilitar os usuários que poderão visualizar o processo digital, além do próprio responsável atual, habilitando, então, de imediato, toda a equipe Gabin, para que todos os seus

integrantes possam ter acesso ao processo digital na íntegra do seu curso (e, caso se instaure o processo disciplinar, cabe idêntica determinação para que o Chefe do Escor habilite toda a equipe Diaco). É importante que estas habilitações sejam em nome das equipes (e não nos nº de inscrição no CPF do Chefe do Escor, do Chefe da Diaco e dos demais integrantes das duas equipes), a fim de que todos os integrantes (inclusive os futuros) possam manter o acesso ao processo digital ao longo de seu curso, pois as habilitações por CPF se perdem a cada alteração de responsável, ou seja, se perdem a cada movimentação ou redistribuição do processo digital.

Importante pontuar que os responsáveis anteriores não mantêm consigo os poderes de responsável ao longo da tramitação do processo digital. Estes poderes, acima listados, são exercidos, a cada momento, apenas pelo responsável atual. Os responsáveis anteriores não mais alteram conteúdo dos autos ou alteram marcação de sigilo ou habilitam e desabilitam usuários; apenas podem se manter habilitados caso o tenham sido por equipe e não de forma individual por seu nº de inscrição no CPF.

Esta explanação acerca de responsabilidade e de habilitação permite a assertiva de que, no processo em meio digital, o gênero usuários abrange as espécies responsável e habilitados, sendo que, nesta última, no caso específico de processo disciplinar, podem ser incluídos o Chefe do Escor, as equipes Gabin, Diaco e comissão, além do acusado ativo (e não licenciado ou afastado), e, na primeira espécie, alternam-se, a cada movimentação ou redistribuição, o Chefe do Escor e cada um dos integrantes da comissão.

Neste ponto, após enfim terem sido apresentados todos os conceitos importantes, revela-se didático e pertinente retomar de forma mais completa noções que inicialmente haviam sido apenas introduzidas acerca das principais funcionalidades para os processos digitais sigilosos, em associação dinâmica com o conceito de responsável. Primeiramente, por mero contraponto, relembre-se que, nas espécies de movimentação de processo digital não sigiloso (os processos fiscais normalmente manejados no âmbito da RFB e os processos de meros interesses pessoais de servidores), bastam as mudanças em si de equipe para equipe e/ou de atividade para atividade, por meio da já mencionada espécie de movimentação em geral, sem definição de responsável, podendo qualquer integrante da equipe de destino livremente acessar os autos movimentados.

Já no caso de processo digital de natureza disciplinar, marcado por cláusula de sigilo e por tal motivo sempre requeredor da figura de um responsável, e aqui merecedor de aprofundada atenção, convém primeiramente lembrar que a espécie de movimentação mais comum de ocorrer é que a desloca os autos de uma equipe para outra (mantendo ou não atividade, o que se torna menos relevante, diante da já comentada abrangência das atividades pré-definidas).

Para esta espécie de movimentação, amoldando-se ao já apresentado conceito de “movimentação com distribuição”, cabe ainda ao responsável na equipe de origem atribuir a um integrante da equipe de destino a qualidade de novo responsável (para isto, o sistema e-Processo automaticamente apresenta a lista de integrantes da equipe de destino). Não se movimenta o processo digital de uma equipe diretamente para o integrante de outra equipe e muito menos de um integrante de uma equipe diretamente para o integrante de outra equipe, sendo sempre necessário movimentar de equipe para equipe e, no mesmo ato, no caso de processo sigiloso, necessariamente, definir o novo responsável. Na prática, esta espécie de movimentação pode ocorrer, por exemplo, quando a equipe Gabin movimenta os autos para a equipe da comissão logo após a instauração e quando esta retorna os autos para a equipe Gabin após encerrar o inquérito administrativo, podendo ou não manter a atividade. Tanto se pode cogitar de ambas as equipes envolvidas nos dois exemplos de movimentação estarem inicialmente trabalhando com a atividade “Preparar e Instruir Processo” e assim manterem a atividade como também se pode cogitar de a equipe da comissão atuar com esta atividade enquanto a equipe Gabin atua com uma atividade mais típica da autoridade instauradora.

Diferentemente da hipótese abordada no parágrafo acima, apresentam-se a seguir as duas hipóteses de funcionalidades que permitem que se defina o novo responsável diretamente de um usuário para outro, uma vez que ambas se limitam a uma mesma equipe.

A segunda e menos comum espécie de movimentação de processo digital de natureza disciplinar é a que muda de uma atividade para outra na mesma equipe. Esta espécie de movimentação é menos comum novamente em virtude da já comentada amplitude das atividades pré-definidas, sendo possível se prolongar a tramitação do processo dentro da abrangência elástica de uma mesma atividade. Embora o processo se mantenha na mesma equipe, a mudança de atividade em autos marcados com cláusula de sigilo também impõe a distribuição para novo responsável (nem que seja com o atual responsável atribuindo para si mesmo a continuidade desta condição). Na prática, esta espécie de movimentação pode ocorrer, por exemplo, quando a comissão, no curso da atividade “Preparar e Instruir Processo”, opta (não obrigatoriamente) em adotar a conduta formalista de alterar para a atividade “Apreciar e Assinar Documento” apenas com o objetivo de assinar digitalmente determinado documento, lembrando-se que a equipe poderia fazer a assinatura do documento ainda no curso da atividade de instrução.

E, por fim, igualmente mantendo o processo digital na mesma equipe, menciona-se a redistribuição, com que se repassa a mesma atividade em curso para outro integrante, para quem também se transfere a condição de novo responsável. Na prática, a redistribuição pode ocorrer, por exemplo, quando a comissão necessita assinar digitalmente um documento, na atividade “Apreciar e Assinar Documento” e, após o responsável assinar, redistribui para outro integrante da equipe assinar ou este outro integrante redistribui os autos para si mesmo ou para outrem (desde que este integrante não responsável possua o perfil específico para processos digitais sigilosos ou que sua equipe esteja habilitada para acesso ao processo).

Seja com o sigilo marcado já desde a unidade de origem com base na configuração nacional, seja com o sigilo definido na equipe Gabin, cabe ao Chefe do Escor movimentar o processo digital para a equipe Gridi ou para a equipe Gasse, indicando o novo responsável. Em termos mais coloquiais, cabe ao Chefe de Escor movimentar o processo digital para um servidor integrante do grupo de investigação disciplinar ou para um servidor integrante do grupo de assessoramento; caso tenha movimentado para a equipe Gridi, esta, após finalizar os trabalhos investigativos, movimenta para a equipe Gabin, a fim de o Chefe de Escor movimentar para a equipe Gasse, indicando o parecerista a figurar como novo responsável, para elaboração do parecer de admissibilidade, e daí, posteriormente, o processo é devolvido para a equipe Gabin, a fim de o Chefe de Escor emitir seu juízo de admissibilidade, decidindo pela instauração do processo disciplinar ou pelo arquivamento do feito, conforme melhor se adivirá em **2.5.3.1**, e lembrando que, a cada movimentação, altera-se o responsável. Ao movimentar o processo digital sigiloso, automaticamente atribui-se ao servidor indicado na equipe de destino a qualidade de novo responsável, mas isto não afasta a habilitação a favor de toda equipe Gabin para acesso aos autos.

Mais que isto, para suprir tal dinâmica, os integrantes não só da equipe Gabin mas também das subequipes do Gridi e do Graco devem ter condições de movimentar e de redistribuir seus processos digitais mesmo quando não estiverem como responsáveis e, para tal, devem ter o perfil específico para processos digitais sigilosos e integrar a equipe onde se encontram os autos, ainda que não esteja definida para eles nenhuma habilitação de acesso, seja individualmente pelos seus nº de inscrição no CPF, seja por equipe; ou, ainda que não possuam o perfil específico para processos digitais sigilosos, tão somente integrar a equipe onde se encontram os autos, desde que haja definição de habilitação para acesso a esta sua equipe. Relembre-se que, nas redistribuições, deve também a equipe estar configurada com “Permissão para Distribuição por Qualquer Membro” ou os seus membros estarem cadastrados como supervisores. Por outro lado, respeitando a natureza sigilosa dos procedimentos correccionais, em razão da qual deve-se restringir a concessão de consulta apenas para quem efetivamente se faz necessário e justificável, tão somente ao integrante da

equipe Gasse incumbido da feitura de um parecer em determinado processo digital deve, obviamente, ser atribuída a condição de responsável e este parecerista não deve definir habilitações para toda equipe e nem mesmo individualmente para outro(s) pareceristas(s), a fim de preservar o acesso. Igual raciocínio deve ser observado para os integrantes do Gridi individualmente incumbidos de conduzir procedimentos investigativos. Por fim, repise-se que nas movimentações a atividade de destino deve estar invariavelmente configurada com “Permissão para Distribuição na Movimentação” para permitir o trâmite processual, resultando na configuração em verdade de todas as atividades por onde possa percorrer o processo.

## 2.5 - FASE E JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

### 2.5.1 - Definições de Fase e de Juízo de Admissibilidade e Base Legal de Sua Natureza Investigativa

Por um lado, o *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, obriga que a autoridade competente, ao ter ciência de suposta irregularidade, promova a imediata apuração, mediante sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar (PAD). Mas, por outro lado, o parágrafo único do art. 144 do mesmo diploma legal indica a necessidade de análise prévia da representação ou denúncia, para instruir eventual decisão de arquivamento, em caso de falta de objeto, o que significa dizer quando não houver sequer indícios de materialidade ou de autoria (aqui compreendidos respectivamente como, em termos objetivos, a configuração de fato tido na Lei como ilícito e, em termos subjetivos, a identificação do servidor a quem se atribua o cometimento ou a ocorrência do tal fato, conforme se detalhará em 3.1 e em 3.2), tanto em instância administrativa quanto penal.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.*

*Art. 144.*

*Parágrafo único. Quando o fato narrado não configura evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto.*

A leitura conjunta dos dois citados dispositivos legais permite extrair que, a despeito da literalidade do *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990, no sentido da instauração imediata diante de qualquer notícia de suposta irregularidade, logo em seguida, a mesma Lei, no parágrafo único do seu art. 144, flexibiliza aquele comando *a priori* impositivo e concede à autoridade instauradora a competência para efetivamente atuar, a fim de não ser sempre inquestionavelmente obrigada a instaurar a instância disciplinar, atribuindo-lhe o poder de ponderar os elementos informativos que chegam a seu conhecimento e de emitir uma decisão se arquiva preliminarmente o feito ou se deflagra a persecução disciplinar.

A esta decisão da autoridade competente, em que pondera todos os elementos acerca da suposta irregularidade à vista da vinculação, pertinência e viabilidade de determinar a instauração da instância disciplinar (e de se buscar a potencial responsabilização do servidor), se dá o nome de juízo (ou exame) de admissibilidade.

Mas, uma vez que o juízo de admissibilidade pode ser precedido de diversos tipos de procedimentos de investigação e de atividades de natureza analítica, é necessário reconhecer a possibilidade de dúvidas acerca de diferentes entendimentos e conteúdos que a expressão pode comportar.

Antecipando-se que o sentido correto e aqui adotado é o mais extremamente estrito que se possa imaginar, de que o juízo de admissibilidade é exclusivamente a atividade

cognitiva por meio da qual a autoridade instauradora decide pelo arquivamento da ocorrência ou pela instauração do rito disciplinar, reduzindo-se tão somente a esta sua decisão em si, apenas para fins de argumentação, apresentam-se duas outras possibilidades de se compreender a expressão.

Uma primeira interpretação, ainda também em sentido estrito mas não tanto como a conceituação adotada, contemplaria na expressão “juízo de admissibilidade” tanto a manifestação técnico-analítica, em forma de parecer propositivo, como elemento de amparo e de subsídio jurídico da decisão a ser tomada, quanto, por fim, este ato conclusivo da decisão de instaurar ou não a instância disciplinar, de cognição exclusiva da autoridade instauradora. Conforme se percebe facilmente, esta interpretação abarcaria a conceituação ora adotada.

Na segunda interpretação, em termos mais abrangentes, o juízo de admissibilidade poderia ser compreendido como toda a fase de instrução na qual se buscam, por meio de variados procedimentos de investigação, todos os indícios porventura existentes da suposta irregularidade funcional representada ou denunciada, que se segue com a análise jurídica do resultado daquela busca, em parecer de caráter propositivo, submetido à apreciação e à ponderação da autoridade instauradora, e que se conclui com o ato final cognitivo da decisão. Também como se percebe facilmente, esta interpretação abarcaria a conceituação ora adotada e a primeira interpretação.

Embora não se adote no presente texto aquelas duas interpretações acima, este encadeamento procedimental é reconhecido, por meio de referências também à “fase de admissibilidade”, com o sentido conglobante de abarcar todo o ferramental instrucional porventura utilizado até se atingir a manifestação analítica propositiva (geralmente em forma de um parecer) e a decisão cognitiva da autoridade. Assim, no presente texto, além da expressão “juízo de admissibilidade”, convencionada apenas para a decisão cognitiva da autoridade competente, também se emprega a expressão “fase de admissibilidade” que, na maioria dos casos, pode ser composta por variados procedimentos de investigação (ou variados ritos investigativos), inaugurando a subfase investigativa, que redundam em um parecer propositivo (na subfase analítica) e, por fim, na decisão administrativa, englobando toda esta procedimentalização.

A rigor, nos termos da Lei nº 8.112, de 1990, o legislador não previu e não regulou de forma expressa a fase e tampouco o juízo de admissibilidade e, em consequência, muito menos estabeleceu seu rito, sua base principiológica e sua forma de externalização, tendo se restringido tão somente a discorrer sobre o processo disciplinar em si, para o qual estabeleceu, de forma inequívoca, o devido processo legal e a necessidade de se atender aos princípios da ampla defesa e do contraditório e a alguns requisitos formais essenciais. Não obstante, se, por um lado, o emprego de uma fase e de um juízo de admissibilidade não encontra expressa previsão legal, reitere-se que, por outro lado, em nada afronta a citada Lei, uma vez que o citado parágrafo único do art. 144 excepciona o mandamento apriorístico do *caput* do seu antecedente art. 143 (de instaurar instância disciplinar), quando prevê que se analise se há ou não, no caso noticiado, elementos de materialidade e de autoria a fim de, em caso negativo, se poder proceder ao liminar arquivamento.

Na busca, então, de mais depurada normatização do tema, avança-se no ordenamento, em patamar infralegal. Nesta esfera, como norma que traça regras gerais para a atuação correccional no âmbito do Ministério da Fazenda (MF), de imediato desponha a Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, cujo § 2º do seu art. 9º, em harmonia com o parágrafo único do art. 144 da Lei nº 8.112, de 1990, prevê que se busquem subsídios à decisão da autoridade instauradora.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 9º*

*§ 2º Quando for genérica ou não indicar nexos de causalidade entre o fato e as atribuições do cargo do representado, a representação poderá ser devolvida ao representante para que este preste os esclarecimentos adicionais indispensáveis*

*para subsidiar o exame e a decisão da autoridade competente quanto à instauração de procedimento correccional.*

Avançando na normatização infralegal, verifica-se, em seguida, que a Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Pasta, nos §§ 3º e 4º do seu art. 5º, reproduz os mesmos dispositivos acima da norma ministerial e do parágrafo único do art. 144 da Lei nº 8.112, de 1990, reforçando a interpretação da possibilidade de se estabelecer uma fase de admissibilidade, em amparo da decisão da autoridade instauradora de deflagrar a instância disciplinar ou arquivar o feito.

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 5º*

*§ 3º Quando a representação for genérica ou não indicar nexo de causalidade entre o fato e as atribuições do cargo do representado, deverá ser devolvida ao representante para que preste os esclarecimentos adicionais indispensáveis para subsidiar o exame e a decisão da autoridade competente quanto à instauração de procedimento disciplinar.*

*§ 4º Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a representação será arquivada por falta de objeto.*

Aprofundando ainda mais na apresentação do amparo normativo para a previsão de uma fase de admissibilidade ou, no mínimo, do juízo de admissibilidade a cargo da autoridade instauradora, depara-se com a norma mais específica do ordenamento infralegal, a saber, a Portaria Coger-MF nº 24, de 29 de outubro de 2013, que disciplina o tema de admissibilidade no âmbito do MF. Esta norma, mais do que prever a realização do juízo de admissibilidade, no *caput* e no § 1º do art. 1º, determina mesmo sua existência como pré-requisito de toda decisão a cargo da autoridade instauradora e, como se verá adiante, positiva a possibilidade de se ter uma fase de admissibilidade, antes de se decidir pela instauração do rito disciplinar ou de se decidir pelo liminar arquivamento da representação ou denúncia.

*Portaria Coger-MF nº 24, de 2013 - Art. 1º Todas as denúncias, representações ou notícias de irregularidades envolvendo servidores do Ministério da Fazenda serão submetidas a juízo de admissibilidade do Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda ou do Corregedor ou dos Chefes dos Escritórios de Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil, no âmbito de suas respectivas competências correccionais.*

*§ 1º Do juízo de admissibilidade poderá resultar o arquivamento do feito ou a instauração de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar.*

Por fim, encerrando a busca da previsão legal para a realização de juízo de admissibilidade, encontra-se no ordenamento interno, mais precisamente na norma infralegal de maior relevância para a matéria correccional, qual seja, na Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, que dispõe sobre apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), nos §§ 3º e 4º do seu art. 7º, idênticos mandamentos aos dos já mencionados parágrafo único do art. 144 da Lei nº 8.112, de 1990, do § 2º do art. 9º da Portaria MF nº 492, de 2013, e dos §§ 3º e 4º do art. 5º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013. Estes dispositivos também permitem presumir a realização de uma fase de admissibilidade ou no mínimo uma análise prévia à decisão de instaurar o rito disciplinar ou de arquivar o feito, já que determinam o arquivamento de plano em caso de ausência de materialidade e de autoria tanto de índole administrativa quanto penal.

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 7º*

*§ 3º Quando a representação for genérica ou não indicar nexo de causalidade entre o fato e as atribuições do cargo do representado, deverá ser devolvida ao representante para que preste os esclarecimentos adicionais indispensáveis para subsidiar o exame e a decisão da autoridade competente quanto à instauração de procedimento disciplinar.*

*§ 4º Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou*

*ilícito penal, a representação será arquivada por falta de objeto.*

Agora sim, uma vez apresentada a normatização de regência do tema, pode-se acrescentar que a conceituação ora adotada para juízo de admissibilidade, restrita ao ato cognitivo da autoridade instauradora, não só se sustenta sob ótica teórico-doutrinária como também se amolda à norma mais específica, a saber, a Portaria Coger MF nº 24, de 2013. No disciplinamento infralegal operado, depreende-se que esta norma adotou em sua construção a conceituação estrita para juízo de admissibilidade, uma vez que os *caputs* de seus arts. 1º, 2º e 3º referiram-se como tal apenas à decisão cognitiva da autoridade instauradora. Não obstante, estes dois últimos dispositivos preveem que o juízo de admissibilidade a cargo da autoridade instauradora pode ser, a seu critério, antecedido por procedimentos de investigação e pelo parecer propositivo e que aqui justificam a adoção do segundo conceito apresentado no início do tópico (apenas em construção doutrinária, não expresso na norma), de fase de admissibilidade.

*Portaria Coger-MF nº 24, de 2013 - Art. 2º A critério da autoridade correccional competente, o seu juízo de admissibilidade poderá ser antecedido pelos procedimentos de investigação previstos nos incisos I, II e V do art. 3º da Portaria MF nº 492, de 2013.*

*§ 1º Os procedimentos de investigação correccionais previstos no caput terão caráter sigiloso, inquisitorial e não punitivo, destinando-se à apuração de indícios de irregularidades disciplinares.*

*§ 2º Concluído o procedimento previsto no caput e subsistindo a ausência de elementos suficientes para a tomada de decisão, a autoridade correccional poderá determinar a realização de novos procedimentos investigativos.*

*Art. 3º A autoridade correccional, a fim de subsidiar o seu juízo de admissibilidade, poderá solicitar manifestação técnica, de caráter não vinculante, contendo, pelo menos:*

*I - breve descrição do fato noticiado;*

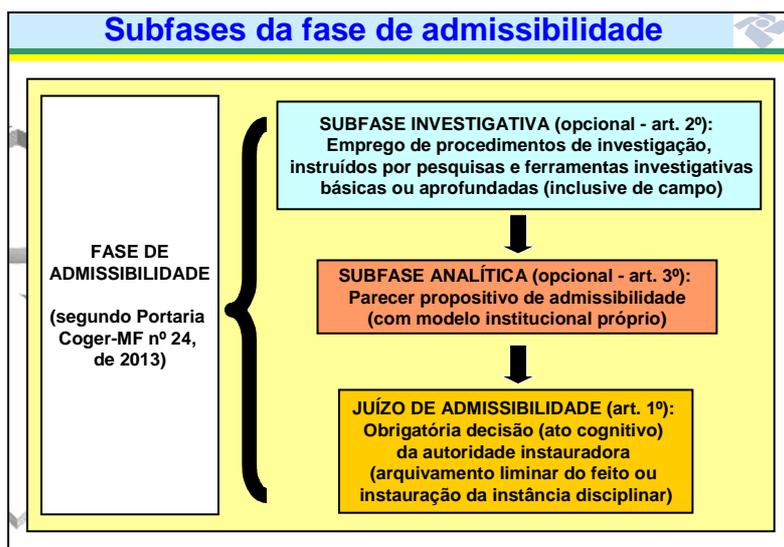
*II - análise quanto à existência ou não de indícios de autoria e materialidade da suposta irregularidade disciplinar.*

A rigor, na mencionada Portaria Coger-MF, vinculada é a existência do ato de decisão cognitiva da autoridade instauradora (que, em casos especialmente simples ou já de pronto fartamente instruídos, até pode conter em única e sintética peça motivada a cargo da autoridade também a análise jurídica, desde que esta não precise proceder a investigações, inexistindo a figura do parecer propositivo como peça em separado), podendo ainda estar ou não amparada por procedimentos de investigação (vez que nem sempre estes se farão indispensáveis para a emanção daquele ato decisório).

No campo das normas emitidas em patamar hierárquico acima da Corregedoria (Coger), tem-se que os três procedimentos de investigação a que se refere o *caput* do art. 2º da Portaria Coger-MF nº 24, de 2013, são exatamente aqueles descritos nos incisos I, II e V do art. 3º da Portaria MF nº 492, de 2013, e que, por sua vez, já reproduzia exatamente os mesmos ritos investigativos previstos nos incisos I, II e V do art. 4º da Portaria CGU nº 335, de 30 de maio de 2006, a saber, a investigação preliminar, a sindicância investigativa e a sindicância patrimonial. Mas, desde já, antecipe-se o que será detalhadamente abordado nos tópicos seguintes: especificamente no sistema correccional da RFB existem ainda previsões normativas e definições doutrinárias para outro procedimento de investigação (ou seja, para outro rito investigativo), a saber, a investigação patrimonial.

Fechado este parêntese, por ora, importa destacar que a fase de admissibilidade pode conter uma subfase investigativa (na qual, se for o caso - e nem sempre será, pois nem sempre é necessária - podem ser empregados os mencionados procedimentos de investigação, instruídos por pesquisas ou ferramentas investigativas básicas ou aprofundadas, conforme se detalhará em 2.5.3.2 e em 2.5.3.3) e/ou pode conter uma subfase analítica para elaboração do parecer de admissibilidade (em geral, existe este parecer, que se descreverá em 2.5.5 e que pode ou não ser precedido por algum daqueles ritos investigativos da subfase investigativa) e,

por fim, sempre contém o juízo de admissibilidade em si da autoridade instauradora.



Em síntese, se faz relevante, então, ratificar, na leitura do § 1º do art. 2º da Portaria Coger-MF nº 24, de 2013, que a fase de admissibilidade é meramente investigativa, termo que aqui sintetiza três características cumulativas: a fase de admissibilidade é sigilosa, discricionária e inquisitorial.

Melhor descrevendo esta natureza jurídica investigativa, depreende-se dos citados dispositivos normativos que os procedimentos de investigação que porventura se justificarem são conduzidos e processados internamente, sob provocação ou de ofício, da seguinte forma: sigilosa (são protegidos por cláusula de sigilo, a favor da Administração, visando a preservar a elucidação dos fatos e a proteger o interesse público, em oposição à regra geral da publicidade com que devem ser praticados atos administrativos, o que equivale a dizer que dispensam a formalidade de ato publicado de designação de servidor ou de equipe ou de comissão incumbidos de realizar os trabalhos); discricionário (são realizados pela Administração, a critério unilateral seu, não contando com definição legal ou normativa da instrumentalização, do rito, da sequência e da forma dos atos cabíveis, à margem da regra geral de atender ao princípio do devido processo legal); e inquisitorial (não possuem a figura de acusado a quem se obrigue fornecer a prerrogativa de exercer contraditório, em razão de não terem fim punitivo em si mesmos).

Apresentada a definição e a base legal da natureza investigativa da fase de admissibilidade, aborda-se a seguir a competência para realizar o ato cognitivo do juízo de admissibilidade.

## 2.5.2 - A Competência para Decisão do Juízo de Admissibilidade

Conforme já aduzido em 2.1.1 e em 2.3.1, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no *caput* do seu art. 143, exige a imediata apuração das supostas irregularidades que chegam ao conhecimento da Administração e, a princípio (sem prejuízo de se contar com sistema especializado), a prevê inserida em via hierárquica do representado ou denunciado. Todavia, a citada Lei não outorga a competência disciplinar de forma ampla e generalizada para qualquer autoridade situada nesta linha e muito menos específica, em cada órgão público federal, a que autoridade da hierarquia deve ser remetida a representação ou denúncia, a quem incumbe o juízo de admissibilidade e, conseqüentemente, a quem compete o ato de instaurar a instância disciplinar ou de arquivar o feito.

Como a Lei nº 8.112, de 1990, nem sequer menciona em seu texto a expressão “juízo de admissibilidade”, em geral, na Administração Pública federal, é a lei orgânica, o estatuto ou o regimento interno específico de cada órgão que trata de competência para matéria

disciplinar, mas frequentemente o faz apenas identificando a autoridade competente para instaurar a instância disciplinar, nada esclarecendo sobre a competência que ora interessa, para exarar aquele ato cognitivo. Uma vez que é comum a competência instauradora atrair a competência para exarar o juízo de admissibilidade, visto este ser o ato de cognição da própria autoridade a favor da instauração da instância disciplinar ou do liminar arquivamento do feito, e, em consequência, também indicar a quem devem ser dirigidas as representações e denúncias, em geral, aquela autoridade que a lei orgânica, o estatuto ou o regimento interno em cada órgão estabelece como competente para instaurar a instância disciplinar ou para arquivar o feito é a mesma a quem devem ser encaminhadas as notícias de supostas irregularidades que dão entrada no órgão e também é a mesma a quem incumbe, previamente a algum daqueles dois atos finais, emitir a decisão cognitiva do seu juízo de admissibilidade.

Em virtude então das lacunas normativas acerca da competência para exarar juízo de admissibilidade e das mais ricas e detalhadas previsões legais para competência instauradora, o presente tópico se limitará a apresentar a regra geral de competência para emissão de juízo de admissibilidade no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). Em complemento, reporta-se à indispensável a leitura de **4.2.1**, onde, ao se discorrer sobre a competência instauradora, se apresentarão as situações específicas que também repercutem nas competências em fase de admissibilidade.

Ainda introdutoriamente, relembre-se que, na RFB, o seu Regimento Interno, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, refletindo os Decretos nº 2.331, de 1º de outubro de 1997, e nº 9.003, de 13 de março de 2017, e consagrando os princípios da eficiência e da impessoalidade, impõe a existência de um sistema próprio, especializado na matéria disciplinar, por meio do qual, visando à excelência no tratamento do tema, estabelece que a apreciação das notícias de supostas irregularidades bem como a tramitação das apurações em si se concretizem em unidade correcional apartada da unidade de lotação (ou de exercício) do representado ou denunciado e do local de ocorrência dos fatos.

Todavia, nem as duas normas de lavra ministerial de aplicação no órgão e tampouco as duas normas regulamentadoras no âmbito da Pasta esclarecem de forma inequívoca a questão da competência disciplinar. De um lado, a Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Fazenda (MF), e a Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Pasta, sequer abordam este tema da competência na RFB; ademais, a Portaria Coger-MF nº 24, de 29 de outubro de 2013, embora trate de juízo de admissibilidade, apenas reporta a análise para o Corregedor ou para os Chefes de Escritório de Corregedoria (Escor), sem adentrar na definição das respectivas jurisdições; e, finalmente, por sua vez, o Regimento Interno da RFB também não deixa claro, de forma expressa, se a competência para receber e analisar representações e denúncias é concorrente entre o Corregedor e os Chefes de Escor ou se a eles cabem parcelas específicas desta competência, restando tal definição para a normatização interna.

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 18. À Corregedoria - Coger compete: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

*VII - examinar denúncias, representações e demais expedientes que tratem de irregularidades funcionais e promover sua apuração, atendidos os requisitos legais;*

*Art. 26. Aos Escritórios de Corregedoria - Escor compete, no âmbito de sua jurisdição, as atividades previstas para a Coger.*

*Art. 285. Ao Corregedor incumbe: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2013)*

*I - instaurar ou avocar a instauração de procedimentos correccionais; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 11 de dezembro de 2014)*

*§ 1º As atribuições previstas no inciso I do caput não abrangem os atos e fatos praticados pelo Secretário da Receita Federal do Brasil, pelo Secretário-*

*Adjunto da Receita Federal do Brasil, pelos Subsecretários da Receita Federal do Brasil, pelo Corregedor e pelo Corregedor Adjunto, bem como pelos servidores que praticaram atos passíveis de apuração disciplinar nestas qualidades. (Incluído pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*Art. 287. Ao Chefe de Escor incumbe, no âmbito de sua competência:*

*I - instaurar e determinar a realização de procedimentos correccionais relativos aos atos e fatos praticados por servidores lotados ou em exercício nas Unidades Descentralizadas e nas Unidades Centrais localizadas na respectiva região fiscal; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*Art. 288. Ao Chefe de Nucor incumbe:*

*I - coordenar as atividades do Núcleo; e*

*II - requisitar informações, processos ou documentos e requisitar ou realizar diligências necessários ao exame de matéria na área de sua competência.*

Assim, é a Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da RFB, no *caput* do seu art. 3º e no *caput* e no § 1º do seu art. 7º, já mencionados em **2.3.1**, que define que compete *a priori* ao Chefe do Escor da jurisdição da unidade de lotação do representado ou denunciado (ou da unidade em que este tem exercício, caso seja diferente da unidade de lotação), seja unidade descentralizada, seja unidade central, ao tempo em que se emite tal juízo, recepcionar e, conseqüentemente, examinar representação ou denúncia.

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 3º Ressalvado o disposto no artigo seguinte, a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar compete ao Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor) que jurisdicione a unidade de lotação ou exercício do servidor no momento da decisão.*

*Art. 7º O servidor que tiver ciência de irregularidade no serviço público deverá, imediatamente, representar, por escrito, ao titular da unidade, ou, no caso de representação contra o titular da unidade, remetê-la diretamente ao Chefe do Escor, no âmbito da respectiva Região Fiscal, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal.*

*§ 1º O titular da unidade deve encaminhar a representação recebida ou, sendo quem primeiramente teve conhecimento da irregularidade, representar diretamente ao Escor, no âmbito da respectiva Região Fiscal.*

Ressalve-se que, por leitura a *contrario sensu* do art. 288 do Regimento Interno da RFB, o Chefe do Núcleo de Corregedoria (Nucor) em Manaus não possui competência para examinar representação ou denúncia e muito menos para decidir a fase de admissibilidade, nem mesmo para servidores lotados (ou em exercício) naquela jurisdição municipal, estando tais poderes a cargo do Chefe do Escor da 2ª Região Fiscal (Escor02).

Relembre-se, conforme já aduzido em **2.2.2.2.2**, que, por força da Portaria RFB nº 268, de 6 de março de 2012, em seu art. 7º C, o Corregedor possui, por delegação, entre as subunidades (entre suas Coordenação, Divisões, Serviços, Seção, Escor e Nucor), para transferir atribuições dos respectivos chefes e também para estabelecer jurisdição de Escor de forma concorrente em todo território nacional. Com isto, no aspecto que aqui mais pode interessar, a competência para instruir a fase de admissibilidade pode ser transferida de um Escor para outro, e sem que isto vincule a jurisdição em que efetivamente pode vir a transcorrer o processo eventualmente instaurado.

*Portaria RFB nº 268, de 2012 - Art. 7º C. Delegar competência ao Corregedor para, no âmbito da Corregedoria, transferir competências entre unidades e subunidades, e atribuições entre dirigentes, bem como estabelecer jurisdição de forma concorrente em todo território nacional. (Incluído pela Portaria RFB nº 1.360, de 16 de julho de 2014)*

Tal competência resta refletida no inciso II do § 2º do art. 4º da Portaria Coger nº 14, de 2014.

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 4º*

*§ 2º O Corregedor poderá, a qualquer tempo: (Redação dada pela Portaria Coger nº 36, de 12 de setembro de 2014)*

*II - transferir competências entre unidades e subunidades, e atribuições entre dirigentes, bem como estabelecer jurisdição de forma concorrente em todo território nacional. (Incluído pela Portaria Coger nº 36, de 2014)*

Os comandos abrangentes acima alcançam processos em diferentes estágios de elaboração. O processo a ser transferido pode estar com trabalho investigativo sequer iniciado ou já iniciado ou até mesmo já tido como concluído no Escor originariamente competente. Ainda assim, caso a competência para instruir a fase de admissibilidade deste processo seja transferida para outro Escor, cabe a este segundo Chefe de Escor reavaliar todos os elementos até então constantes dos autos, seja acatando os trabalhos porventura existentes, seja complementando-os, para, ao final, ter a instrução que considera completa e suficiente. A instrumentalidade desta transferência se dá por meio de portaria específica do Corregedor, atribuindo, para o processo ou para o grupo de processos a que se referir, tal competência investigativa de um determinado Escor que seria aprioristicamente o competente para outro Escor.

Também se insere na regra geral de a competência para emitir juízo de admissibilidade recair no Chefe do Escor da jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do servidor representado ou denunciado a competência em casos envolvendo titulares de unidades locais, tais como Agentes, Inspetores-Chefes e Delegados da Receita Federal do Brasil, bem como seus Adjuntos e seus substitutos eventuais (o instituto da substituição eventual está previsto no art. 38 da Lei nº 8.112, de 1990).

De acordo com os §§ 1º e 2º do art. 287 do Regimento Interno da RFB e com o *caput* e o § 1º do art. 4º da Portaria Coger nº 14, de 2014, apenas falece competência para o Chefe de Escor se o representado ou denunciado tiver ocupado à época do fato ou ocupe à época da decisão, dentre outros cargos de maior hierarquia, o cargo de titular de unidade regional, qual seja, de Superintendente ou de Superintendente Adjunto da Receita Federal do Brasil, ou ainda, nas unidades centrais, quaisquer cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores código acima do seu próprio cargo de Chefe de Escor, que é código DAS-101-2, ou que tenha cometido o fato no exercício interino destas funções, na condição de substituto eventual.

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 287. Ao Chefe de Escor incumbe, no âmbito de sua competência:*

*§ 1º As atribuições previstas no inciso I do caput deste artigo não abrangem os atos e fatos praticados pelo Superintendente da Receita Federal do Brasil e pelo Superintendente Adjunto da Receita Federal do Brasil, bem como pelos servidores que praticaram atos passíveis de apuração disciplinar nestas qualidades.*

*§ 2º As atribuições previstas no inciso I do caput relativas ao Chefe do Escritório de Corregedoria da 1ª Região Fiscal não abrangem os atos e fatos praticados pelo Secretário da Receita Federal do Brasil, Secretário-Adjunto da Receita Federal do Brasil, Subsecretários da Receita Federal do Brasil, Coordenador-Geral, Corregedor, Corregedor Adjunto, Coordenador Disciplinar, Chefe de Gabinete e Chefes de Assessorias da Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 4º Compete ao Corregedor a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar quando os acusados ou investigados ocuparem, à época dos fatos ou à época da decisão, os cargos de Superintendente e Superintendente Adjunto da Secretaria da Receita Federal do Brasil, assim como em relação aos servidores que praticarem, nessas qualidades, atos passíveis de apuração disciplinar.*

*§ 1º No que se refere aos servidores em exercício nas Unidades Centrais da Secretaria da Receita Federal do Brasil, compete ao Corregedor a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar quando os acusados ou investigados ocuparem, à época dos fatos ou à época da decisão, cargo de direção ou assessoramento superior ao do Chefe de Escor, assim como em relação aos servidores que praticarem, nessas qualidades, atos passíveis de apuração disciplinar, observado o disposto no inciso II do art. 7º da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013.*

Ademais, conforme o § 1º do art. 3º da citada Portaria Coger, mesmo em casos que envolvam servidores lotados (ou em exercício) em diferentes Regiões Fiscais (RF) e ainda que não comportem desmembramento, opera a competência ordinária, a cargo Chefe de Escor, cabendo ao Corregedor determinar a qual das chefias envolvidas compete o juízo de admissibilidade.

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 3º*

*§ 1º Quando o objeto da apuração envolver servidores lotados ou em exercício em mais de uma Região Fiscal e a situação não recomendar o desmembramento das apurações, o Corregedor determinará qual Escor será responsável pela realização dos procedimentos investigativos e pela decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar.*

Conforme já introduzido, em **4.2.1**, a cuja leitura se remete, se abordarão as demais exceções à regra geral de a competência disciplinar recair sobre o Chefe de Escor, discorrendo-se sobre as hipóteses em que a competência migra para o Corregedor, em função do cargo ocupado pelo representado ou denunciado; e também se abordará em detalhes a questão da competência *a priori* a cargo do Chefe de Escor em face de eventuais representações ou denúncias contra servidores lotados no Escor ou na Coger e contra servidores estranhos ao sistema correccional e que excepcionalmente sejam convocados pelo Chefe de Escor ou, de forma ainda mais residual, pelo Corregedor para comporem comissão.

Ressalte-se que, ao longo deste texto, ao se mencionar a competência para proceder ao juízo de admissibilidade (que, em princípio, também demarca a quem deve ser encaminhada a representação ou denúncia e que se associa à competência para instaurar o processo disciplinar, se for o caso, ou para arquivar o feito), se tomará como regra geral, por ser a configuração mais frequente, que coincidam as unidades de lotação e de exercício do servidor e de ocorrência do fato. Em outras palavras, a presunção é de que o servidor tenha lotação e exercício na mesma unidade e que, nesta sua própria unidade de lotação e exercício, tenha cometido a suposta irregularidade. Assim, em princípio, o *caput* do art. 3º e o *caput* e o § 1º do art. 7º, ambos da Portaria Coger nº 14, de 2014, determinam que a representação seja encaminhada, a partir do chefe imediato do representante, na sua via hierárquica, até o titular da sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) e, daí, ao Chefe do Escor na respectiva Região Fiscal (RF), presumindo também ser esta a RF de lotação e de exercício do representado ao tempo da tomada de decisão de instaurar o rito disciplinar ou de arquivar o feito.

Não obstante, se faz relevante destacar que, diferentemente desta configuração comum e esperada, podem ocorrer situações atípicas, como, por exemplo, o representado ter lotação e exercício em unidades situadas em diferentes RFs ou ainda o agente, ao tempo da emanção do juízo de admissibilidade, estar lotado (ou em exercício, se diferentes os locais) em RF distinta daquela em que cometeu o fato - inclusive em decorrência de investidura em outro cargo, na própria RFB ou em outro órgão público federal - ou já nem mais ser servidor. Em situações peculiares deste tipo, à vista das interpretações teleológica e sistemática que se extraem da Portaria Coger nº 14, de 2014, é inequívoco que, no âmbito da RFB, quer-se privilegiar que o processo disciplinar, caso venha a ser instaurado, transcorra o mais próximo possível do local onde fisicamente o representado desempenha as atribuições legais de seu

cargo, como forma de facilitar seu pleno exercício de defesa, com acesso aos autos, à comissão processante e aos trabalhos apuratórios em si. Assim, em tais casos, a representação deve ser remetida, pelo titular da unidade de lotação do representante (ou de exercício, se diferente), ao Escor que jurisdiciona a unidade de lotação do representado (ou de exercício, se diferente) ao tempo da formulação daquela provocação ou, no caso de inativo ou de ex-servidor, ao Escor que jurisdiciona a última unidade em que foi lotado (ou em que teve exercício), que se presume ser a localidade em que preserva seu domicílio. A jurisprudência acata que esta valoração, operada pelo sistema correccional da RFB, em favor da proximidade com a defesa, acarrete a desvinculação com o local de ocorrência dos fatos.

*TRF da 5ª Região, Agravo de Instrumento nº 64.934: Voto: “4. Significa, portanto, que, num órgão de abrangência nacional, como o é a Superintendência da Polícia Federal, a Comissão Disciplinar Permanente (ou a temporariamente formada para determinada apuração de irregularidade) de um Estado da Federação pode desempenhar suas funções na averiguação de irregularidades ocorridas em outro Estado da Federação. 5. Nos termos do artigo 149 da Lei 8.112/90, ademais, ‘o processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado’. 6. Como se vê, os requisitos para a regularidade da formação da comissão processante são apenas a (i) estabilidade dos seus membros, (ii) o seu grau de escolaridade e (iii) a sua designação pela autoridade competente, podendo os fatos a serem investigados ter ocorrido no próprio Estado em que trabalham ou em outro Estado em que o órgão ou entidade tenha representação. 7. Demais disso, é de acrescentar-se que uma Comissão formada por servidores de outro Estado provavelmente será até mesmo mais imparcial nas apurações do que se formada por servidores do mesmo local de trabalho do investigado, servindo ainda mais aos ditames do art. 150 da Lei n 8.112/90, segundo o qual ‘A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração’.*

Apresentada esta regra geral, mencione-se que os desdobramentos e as peculiaridades que podem acontecer no âmbito do sistema correccional, uma vez recebida a representação, no processamento da fase de admissibilidade, em decorrência de a ilicitude ter sido cometida em unidade e/ou em jurisdição distinta(s) daquela de lotação (ou de exercício) ou de a situação funcional do servidor já ter se alterado, serão melhor abordados em **3.2.2.1** e em **3.2.2.2**.

É de se lembrar que, além da representação, cuja formulação se consubstancia em dever funcional e que, como tal, tem o rito acima estabelecido em norma, a notícia de suposta irregularidade também pode chegar ao conhecimento da Administração por meio de denúncia de origem externa, sobretudo da lavra de particular que não se submete ao regramento interno e de quem não se presume conhecimento da procedimentalização administrativa. Assim, no que for cabível, tudo o que acima foi exposto acerca do rito para fazer a representação chegar ao competente Chefe de Escor à época da emissão do juízo de admissibilidade, com os devidos ajustes, também se aplica, similarmente, ao procedimento a ser dado às denúncias que porventura sejam entregues nas unidades fiscais ou na Coger ou ainda em Escor que não possua a jurisdição sobre o denunciado.

O mandamento do *caput* do art. 3º e do *caput* e do § 1º do art. 7º, ambos da Portaria Coger nº 14, de 2014, reflete o óbvio entendimento de que o juízo de admissibilidade é de ser decidido pela autoridade a quem compete instaurar o processo disciplinar, se for o caso (e que, portanto, é a quem deve ser encaminhada a representação ou denúncia). Falecendo qualquer competência aos titulares de unidades da RFB para instauração de rito disciplinar, incumbe a estas autoridades tão somente encaminhar ao Escor correspondente as representações ou as denúncias que cheguem a seu conhecimento.

A síntese de todo o exposto no presente tópico é de que, além de concentrar o poder disciplinar na Coger e nos Escor, tem-se que as mencionadas normas internas operaram, dentro deste sistema, a descentralização das atividades correccionais, esclarecendo a lacuna do regramento regimental, pois definiram que a regra geral da competência para exarar o juízo de admissibilidade e, por conseguinte, para decidir pela instauração do processo disciplinar ou pelo arquivamento do feito recai sobre o Chefe do Escor que, ao tempo da emissão do mencionado juízo, possui a jurisdição sobre o local onde o representado ou o denunciado desempenha suas atribuições legais.

Assim, tal emanção por parte do Corregedor e sua competência instauradora devem ser tidas como hipótese excepcional, conforme melhor se abordará em **4.2.1** (e, nesta hipótese excepcional de o Corregedor figurar como autoridade instauradora é que justificará a incomum competência executora a cargo da Divisão de Análise Correccional - Diaco, já mencionada em **2.2.2.2.2**).

Reitere-se mais uma vez que, como a competência instauradora traz associada a si mesma a competência para emissão de juízo de admissibilidade, no tópico supracitado, não só se aprofunda a compreensão conceitual deste tema mas também e sobretudo se complementa a lista de situações específicas que refoem da competência apriorística do Chefe do Escor e que migram excepcionalmente para a competência do Corregedor e, de forma ainda mais residual, para o Secretário da Receita Federal do Brasil, para o Corregedor-Geral do MF e para o Ministro de Estado da Fazenda, destacadamente com atenção à síntese tabelada de todos os desdobramentos de tais competências.

Tem-se que, à vista da máxima da independência das instâncias (que se abordará em **4.14.3**) e, sobretudo, da constitucional separação dos Poderes, eixo fundamental do Estado Democrático de Direito, preservando a competência da autoridade administrativa, é de se destacar que nem mesmo o Poder Judiciário ou o Ministério Público Federal (MPF), em que pesem todas as prerrogativas e competências constitucionais e legais, possuem poder de determinar à Administração a instauração de processo disciplinar. A decisão de instauração decorre unicamente da convicção da autoridade administrativa, mediante juízo de admissibilidade. Neste rumo, respectivamente, apontam o texto da Lei Complementar (LC) nº 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), conforme ressalva do inciso III do art. 7º, e a manifestação da jurisprudência.

*LC nº 75, de 1993 - Art. 7º Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais:*

*III - requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e produzir provas.*

*TRF da 5ª Região, Mandado de Segurança nº 2003.81.00.14169-8, Agravo de Instrumento: “(...) ao magistrado não é dado, em hipótese alguma, invadir as atribuições de outro Poder a ponto de determinar aos seus integrantes providências de ordem disciplinar, de seu exclusivo âmbito interno; isso afronta, sem dúvida, o princípio da separação dos Poderes, eixo fundamental do Estado Democrático de Direito.”*

Demarcado que a competência para emitir o juízo de admissibilidade, na RFB como regra, recai sobre o Chefe do Escor que jurisdiciona a unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do servidor envolvido à época de tal decisão e ressalvadas hipóteses atípicas de competência, é necessário relembrar, conforme já abordado em **2.5.1** e voltará a se abordar com profundidade em **2.5.3.2** e em **2.5.5**, que, a rigor e até na configuração mais comum, pode a fase de admissibilidade se desdobrar em procedimentos de investigação e/ou em parecer propositivo, que antecedem o ato decisório em si e que chamam a participação de outros agentes na fase de admissibilidade. Daí, é relevante abordar a questão de impedimento e de suspeição de todos os possíveis protagonistas, desde os servidores comuns até os Chefes dos Escor.

No que diz respeito tanto à realização dos procedimentos de investigação e à elaboração de parecer propositivo em fase de admissibilidade quanto à simples determinação superior para que assim se proceda, é de se dizer que se aplicam aos servidores executantes e à autoridade instauradora os mesmos critérios de análise dos incidentes de impedimento e de suspeição aplicáveis aos agentes intervenientes na instrução e à autoridade julgadora, que serão elencados em **4.4.2** e **4.10.3.3** (a cujas leituras se remete), vez que a configuração de vinculações pessoais pode viciar a participação de qualquer servidor ou autoridade.

Se o próprio servidor (seja o realizador dos procedimentos de investigação em si, seja o posterior minutor do texto propositivo de admissibilidade, caso ambas as tarefas não recaiam sobre o mesmo servidor) ou a própria autoridade instauradora (na regra geral de o investigado sequer ter ciência da fase de admissibilidade em curso e, portanto, não se cogitar de arguir impedimento ou suspeição), espontaneamente, demonstra, de forma objetiva, ser impedido ou impedida ou se manifesta suspeito ou suspeita em face do acusado, basta que se repasse a análise para outro servidor ou que os atos que competem àquela autoridade sejam realizados por seu substituto eventual, em perfeita analogia com o art. 97 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP).

*CPP - Art. 97. O juiz que espontaneamente afirmar suspeição deverá fazê-lo por escrito, declarando o motivo legal, e remeterá imediatamente o processo ao seu substituto, intimadas as partes.*

Se, excepcionalmente, o tema vem à tona por provocação do investigado, não se prescinde da manifestação do servidor ou da autoridade instauradora; e aí cabem duas possibilidades. Por um lado, se o servidor ou a autoridade instauradora acata a tese de ser impedido ou impedida ou suspeito ou suspeita, novamente, mediante a prova irrefutável do impedimento ou a alegação pertinente da suspeição, basta o repasse da análise para outro servidor ou que os atos que competem àquela autoridade sejam realizados por seu substituto eventual, em perfeita analogia com os arts. 98 e 99 do CPP. Mas, por outro lado, se o servidor ou a autoridade instauradora não acata a tese de ser impedido ou impedida ou suspeito ou suspeita, deve o incidente ser protocolizado em autos apartados, a ser instruído com a peça inicial do investigado e com a manifestação do servidor ou da autoridade, e em seguida remetido para decisão da autoridade superior, em perfeita analogia com o *caput* do art. 100 do CPP, quais sejam a autoridade instauradora e a autoridade hierarquicamente superior: sendo o Chefe de Escor a autoridade instauradora, seguem para o Corregedor; sendo o Corregedor, seguem para o Secretário da Receita Federal do Brasil.

*CPP - Art. 98. Quando qualquer das partes pretender recusar o juiz, deverá fazê-lo em petição assinada por ela própria ou por procurador com poderes especiais, aduzindo as suas razões acompanhadas de prova documental ou do rol de testemunhas.*

*Art. 99. Se reconhecer a suspeição, o juiz sustará a marcha do processo, mandará juntar aos autos a petição do recusante com os documentos que a instruem, e por despacho se declarará suspeito, ordenando a remessa dos autos ao substituto.*

*Art. 100. Não aceitando a suspeição, o juiz mandará autuar em apartado a petição, dará sua resposta dentro em três dias, podendo instruí-la e oferecer testemunhas, e, em seguida, determinará sejam os autos da exceção remetidos, dentro em vinte e quatro horas, ao juiz ou tribunal a quem competir o julgamento.*

Em qualquer hipótese de alegação de impedimento ou de suspeição, seja espontaneamente pelo próprio servidor, pela própria autoridade instauradora, seja pelo investigado, deve o incidente ser levado à decisão da autoridade hierarquicamente superior, coletando-se manifestação circunstanciada daquele cuja isenção se questiona. À luz dos arts. 111 e 112 do CPP, os questionamentos de impedimento e de suspeição são incidentais e não suspendem o andamento do procedimento principal enquanto são analisados (a despeito de o

inciso III do art. 313 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) prever a suspensão, elege-se como primeira fonte de integração a processualística penal, em razão da maior afinidade). Mas, por outro lado, uma vez decidido pela ocorrência de impedimento ou de suspeição do servidor ou da autoridade instauradora, os atos por ela cometidos são declarados nulos e devem ser refeitos, conforme o art. 101 do CPP.

*CPP - Art. 101. Julgada procedente a suspeição, ficarão nulos os atos do processo principal, pagando o juiz as custas, no caso de erro inescusável; rejeitada, evidenciando-se a malícia do excipiente, a este será imposta a multa de duzentos mil-réis a dois contos de réis*

*Art. 111. As exceções serão processadas em autos apartados e não suspenderão, em regra, o andamento da ação penal.*

*Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser argüido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.*

Caso o incidente decorra de alegação do servidor investigado, na excepcional hipótese de este ter ciência da fase de admissibilidade, deve ser protocolizado em autos apartados do processo principal, com a manifestação circunstanciada do excepto, e ser levado à decisão da autoridade instauradora ou da autoridade correcional hierarquicamente superior, dependendo se o excepto é um servidor ou a autoridade instauradora, sem efeito suspensivo do transcurso do rito principal enquanto a exceção é analisada.

Por fim, acrescente-se neste tema que, da mesma forma como na investigação criminal uma mesma autoridade policial pode conduzir mais de um inquérito em relação ao mesmo investigado, tem-se que, em fase pré-processual administrativa, ao amparo do princípio do formalismo moderado, não incorre em impedimento ou suspeição um mesmo servidor (ou uma mesma equipe ou comissão) que conduza diferentes procedimentos de investigação em face de um mesmo investigado na busca de fatos diversos. Isto porque tais procedimentos investigativos são marcados pela simples busca inquisitorial de elementos fáticos (uma vez que a garantia de contraditório somente vem à tona no rito disciplinar) e pela ausência do caráter punitivo, não sendo produzida nenhuma decisão que possa ser crítica em desfavor do investigado. Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos.

*Orientação Coger nº 34*

*Não há impedimento ou suspeição em um mesmo servidor, individualmente ou em equipe ou em comissão, atuar em mais de um procedimento investigativo em face de um mesmo investigado.*

Segundo a manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 16, de 11 de setembro de 2017, sequer se cogita de impedimento ou de suspeição em razão de um servidor atuar em procedimento investigativo envolvendo um mesmo investigado em face do qual já tenha composto ou ainda componha comissão disciplinar em razão de fato distinto.

*Enunciado CGU/CCC nº 16, de 2017: “Imparcialidade de membro de comissão de procedimento correcional. A atuação de membro da comissão em outro procedimento correcional, em curso ou encerrado, a respeito de fato distinto envolvendo o mesmo acusado ou investigado, por si só, não compromete sua imparcialidade.”*

### **2.5.2.1 - O Tratamento à Matéria Ética em Fase de Admissibilidade**

Em reforço ao que já foi aduzido em **2.2.2.2.1**, cabe aqui abrir um parêntese específico sobre a admissibilidade de notícia acerca de suposto desvio ético. Neste tema, opera-se uma especificidade, em razão da Portaria RFB nº 3.286, de 24 de agosto de 2011, já desde seu art. 1º. Embora o sistema correcional não seja competente para processamento do rito específico para apuração de transgressão a princípio ou norma ética (competência que recai sobre a Comissão de Ética Pública Seccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil - CEPS-RFB, como foro independente da Corregedoria - Coger e dos Escritórios de Corregedoria - Escor), positivou-se, no ordenamento interno, que as representações ou as denúncias acerca de supostos desvios éticos cometidos por agentes públicos (estatutários ou não) no âmbito da RFB são recepcionadas, a exemplo de notícias de supostas infrações disciplinares, pelo Escor da jurisdição do representado ou denunciado, tanto como forma de suprir padronização interna quanto também para dispensar e inibir qualquer análise prévia de mérito por autoridades incompetentes, conforme os incisos VII a IX e XV e os §§ 3º a 5º do art. 1º e os arts. 19 a 21, todos da Portaria RFB nº 3.693, de 28 de novembro de 2011.

*Portaria RFB nº 3.286, de 2011 - Art. 1º O disposto no art. 6º da Portaria RFB nº 3.131, de 15 de julho de 2011, aplica-se também a denúncias e representações em matéria ética no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).*

*§ 1º Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar, ilícito penal ou desvio ético, a representação ou denúncia será arquivada por falta de objeto.*

*§ 2º Na hipótese de ausência de infração disciplinar ou ilícito penal, aferida em fase anterior à instauração de procedimento disciplinar, e caso o fato configure possível desvio ético, os autos serão encaminhados à Comissão de Ética Pública Seccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (CEPS-RFB) para prosseguimento nos termos da Resolução nº 10, de 29 de setembro de 2008, da Comissão de Ética Pública.*

*Portaria RFB nº 3.693, de 2011 - Art. 1º Compete à Comissão de Ética Pública Seccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (CEPS-RFB):*

*VII - responder consultas que lhe forem dirigidas;*

*VIII - receber denúncias e representações contra servidores por suposto descumprimento das normas éticas, observado o disposto na Portaria RFB nº 3.286, de 24 de agosto de 2011, e proceder à apuração;*

*IX - instaurar processo para apuração de fato ou conduta que possa configurar descumprimento ao padrão ético recomendado aos agentes públicos;*

*XV - aplicar a penalidade de censura ética a servidor e encaminhar cópia do ato à Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep) da RFB, podendo, ainda, adotar outras medidas para evitar ou sanar desvios éticos, lavrando, se for o caso, o Acordo de Conduta Pessoal e Profissional (ACPP), podendo também sugerir ao Secretário da Receita Federal do Brasil:*

*a) a exoneração de ocupante de cargo ou função de confiança;*

*b) o retorno do servidor ao órgão ou entidade de origem;*

*c) a remessa de expediente ao setor competente para exame de eventuais transgressões de naturezas diversas;*

*§ 3º Caso a CEPS-RFB, ao ser demandada a responder consultas, conforme previsto no inciso VII do caput, verifique que o assunto refere-se a desvio disciplinar, remeterá a matéria à Corregedoria-Geral (Coger).*

*§ 4º Caso a Coger receba consulta sobre ética, remeterá a matéria à CEPS-RFB.*

*§ 5º Se a consulta envolver ética e disciplina, cabe à consultada separar os assuntos e remeter a matéria que não for de sua competência ao responsável.*

*Art. 19. As fases precedentes à instauração do Procedimento Preliminar, na hipótese de denúncia ou representação, são disciplinadas pela Portaria RFB nº 3.286, de 24 de agosto de 2011.*

*Art. 20. A representação ou denúncia será dirigida à Coger, em conformidade com o disposto na Portaria RFB nº 3.286, de 2011.*

*Art. 21. Recebidos os autos da Coger, a Comissão deliberará sobre a admissibilidade da representação ou denúncia.*

É exatamente este o comando que se irradia do *caput* do art. 1º da Portaria RFB nº 3.286, de 2011, que se reporta ao dispositivo normativo que, à época, disciplinava o recebimento de denúncias e representações, determinando que todas as ocorrências dessem entrada pelo sistema correccional, mais especificamente pelo respectivo Escor.

Assim, por regra (atendendo às mesmas exceções, descritas em 2.5.2 e em 4.2.1, que conferem foro qualificado na emissão de juízo de admissibilidade em matéria disciplinar), compete ao Chefe do Escor da jurisdição do representado ou denunciado proceder à análise prévia acerca do conteúdo material do fato noticiado. Caso a notícia não contenha indícios sequer de desvio ético e muito menos de infração disciplinar e de ilícito penal, o feito deve ser arquivado; caso a notícia contenha indícios tão somente de suposto desvio ético, o feito deve ser encaminhado à CEPS-RFB, via Coger, para seu próprio juízo de admissibilidade e processamento de sua respectiva alçada; caso a notícia contenha indícios de infração disciplinar (o que subentende indícios também de desvio ético), o feito deve ser processado nos termos do regramento da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, conforme se aduzirá naquele tópico acima mencionado a porvir; e caso a notícia contenha apenas indícios de crime comum e sem nenhuma relação sequer indireta com o exercício do cargo, cópia do feito deve ser encaminhada para o Ministério Público Federal (MPF)

E a leitura do que materialmente pode ou não ser considerado desvio ético se encontra consolidada no Código de Conduta dos Agentes Públicos em Exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria RFB nº 773, de 24 de junho de 2013, cuja reprodução aqui fugiria completamente ao escopo do presente texto.

Acrescente-se ainda que, por previsão do art. 2º da Portaria RFB nº 3.286, de 2011, a autoridade correccional, após julgamento por arquivamento de processo administrativo disciplinar (PAD) ou de sindicância disciplinar, também pode, por iniciativa própria, ou acatando proposta constante do relatório da comissão disciplinar, provocar a CEPS-RFB, mediante envio de cópia dos autos, caso entenda presentes indícios de desvio ético. Esta provocação da instância ética somente após o esgotamento sem resultado da esfera disciplinar reforça o entendimento sistemático com o inciso III do art. 4º da Portaria RFB nº 3.262, de 18 de agosto de 2011, de que, diante de notícia de prática de conduta com indícios de suposta infração disciplinar, deve-se tão somente instaurar o rito disciplinar, não cabendo a superposição simultânea de procedimentos disciplinar, no âmbito do Escor, e ético, no âmbito da CEPS-RFB, ainda que o fato também possa conter indícios de desvio ético - operando-se uma espécie de absorção da repercussão mais leve pela repercussão mais grave. A instância ética somente deve ser provocada quando já desde o recebimento da representação ou da denúncia ou após o esgotamento do rito disciplinar restarem apenas indícios de desvio ético.

*Portaria RFB nº 3.286, de 2011 - Art. 2º Na hipótese de arquivamento de sindicância ou processo administrativo disciplinar, a autoridade julgadora, por sua iniciativa ou por proposta da Comissão de Inquérito ou Sindicância, enviará cópia dos autos à CEPS-RFB, se entender presentes elementos que configurem possível desvio ético.*

*Portaria RFB nº 3.262, de 2011 - Art. 4º Incumbirá à CEPS-RFB:  
III - aplicar a penalidade de censura ética, exclusivamente mediante decisão devidamente motivada, depois de esgotados o contraditório e a ampla defesa, aos agentes públicos em exercício na RFB, desde que a falta ética não configure infração sujeita a sanção mais grave, hipótese em que os autos serão encaminhados à autoridade competente para instauração de procedimento disciplinar; e*

Importa destacar que, em qualquer caso de provocação à CEPS-RFB, o material a ser

remetido a este foro deve se restringir apenas aos elementos que noticiam o suposto desvio ético.

Neste tema específico de juízo de admissibilidade em tema ético, opera-se uma exceção, uma vez que o sistema correcional se manifesta preliminarmente sobre a existência de indícios de desvio ético mas não possui competência para a efetiva instauração, pois, caso se vislumbre a existência daqueles indícios, o feito deve ser remetido para a CEPS-RFB, à qual efetivamente compete instaurar o rito específico de sua alçada. Por este motivo, não se retornará a abordar tal tema em **4.2.1**, quando se tratará da instauração de rito disciplinar, apenas valendo a remissão para as hipóteses de exceção em que a autoridade competente para o juízo de admissibilidade não recai na regra geral do Chefe do Escor da jurisdição do representado ou denunciado ao tempo da análise.

### **2.5.3 - A Abordagem Inicial, o Fluxo de Rotinas e a Instrução Necessários à Decisão da Autoridade Instauradora**

Desde o primeiro momento em que se cogita de incidência do poder punitivo estatal, o aplicador do Direito jamais deve perder de vista que, por sua própria natureza, a instância administrativa disciplinar importa severos ônus, tanto materiais quanto imateriais. Já a partir da fase de admissibilidade, mesmo antes de se ter o rito disciplinar instaurado, trata-se de uma instância materialmente dispendiosa, visto requerer bem equipada estrutura operacional e qualificados recursos humanos para uma atividade-meio no órgão cuja finalidade é a atividade fiscal e é imaterialmente muito custosa porque lida com bens jurídicos de valor intangível, que são a honra, a imagem e a reputação de pessoas.

Partindo desta visão axiomática e lembrando que a fase de admissibilidade pode vir a ser o nascedouro daquela onerosa relação jurídica, se faz mais ajustado e adequado admitir que o juízo de admissibilidade não se restringe a uma decisão de viés estritamente jurídico quanto a arquivar o feito ou a instaurar um rito disciplinar em decorrência da notícia de suposta irregularidade. Mais que isto, é aceitável a percepção de que o juízo de admissibilidade enceta um julgamento avaliativo de contornos muito mais abrangentes, acerca de determinada situação do mundo real que chega ao conhecimento da Administração, além do sentido estrito de ilicitude. Tomando-se o termo “situação” como um demarcador muito mais próximo da realidade para o escopo do trabalho de juízo de admissibilidade, é certo que o desempenho e o objetivo desta tarefa não devem se conformar, se satisfazer, se limitar ou se confundir com a suposta irregularidade noticiada e tampouco com o meio que veicula a notícia, qual seja, a representação ou a denúncia e nem mesmo com o processo administrativo, como mero dossiê físico de atos encadeados, que a instrumentaliza. Deve sim tal tarefa ser permeada pela conscientização de que a situação noticiada, como uma denotação mais ampla do que chegou ao conhecimento da Administração, pode ser influenciada por fenômenos concretos mais complexos que a mera leitura literal da norma hipotética, inclusive aqueles inerentes à natureza humana e ao relacionamento entre pessoas, não podendo ser vista de forma artificialmente estanque e dissociada do mundo real em que se insere.

Como é impossível à Administração ter o controle sobre a iniciativa das pessoas em representar ou denunciar (e nem mesmo deve inibir tais atitudes) e sobre o que as leva a fazê-lo, é justamente na análise realizada na fase de admissibilidade que, logo de imediato, deve se deixar influenciar pelo contexto concreto extrajurídico que cerca o caso em análise, atentando-se para valores que vão além da posituação do regramento disciplinar. Caso a ponderação por estas condicionantes externas ao fato em si não seja suficiente para afastar a possibilidade de configuração de ilicitude, ainda na fase de admissibilidade deve-se dar o passo adiante, em que se levam em conta os delimitadores de emprego da instância disciplinar, agora já no campo técnico jurídico, tanto em termos objetivos de materialidade (irregularidades estatutárias, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990) quanto subjetivos

de autoria (cometidas por servidor ou por ele propiciadas), conforme melhor se abordará em 3.1 e 3.2, a cujas leituras se remete, pois os institutos lá abordados complementam o que ora se expõe e são perfeitamente cabíveis no exame que instrui a decisão de instaurar ou não a persecução correccional.

Primeiramente, acerca dos aspectos concretos que podem extrapolar a circunscrição do regime disciplinar, deve o aplicador do Direito se sentir seguro e encorajado para avaliar parâmetros que trazem um certo grau de subjetividade, tais como as análises jurídicas de eficiência, de razoabilidade e de proporcionalidade, a praxe administrativa, os bens tutelados, as diretrizes institucionais, a atividade desenvolvida, as peculiaridades pessoais e do corpo funcional, dentre outros. Ou seja, estes parâmetros, independentemente de possuírem ou não expressa previsão legal, informam a fase e o juízo de admissibilidade, pois se refletem diferentemente em cada órgão e em cada unidade de determinado órgão e até mesmo em cada atividade desempenhada em determinada unidade de um órgão, à vista das particularidades, inclusive individuais. Assim, a respectiva autoridade competente tem de manter-se atenta aos valores que, com maior relevância, se precisa e se quer proteger e tutelar em cada órgão, unidade ou atividade (se assiduidade, ou se produtividade, ou se retidão, etc), como reflexo da natureza da instituição, de sua atividade-fim, de sua história, de sua cultura, de seu planejamento e de sua gestão de pessoal.

Em outras palavras, à vista da natureza punitiva da instância disciplinar, a decisão de instauração de processo disciplinar deve ser encarada sempre como residual e restritiva, justificável apenas quando o emprego de demais ferramentas administrativas gerenciais não se mostra suficiente ou adequado para restabelecer a ordem interna.

Superado este primeiro grau de refração, faz-se absolutamente indispensável ainda se convencer da existência dos requisitos de natureza essencialmente jurídica, acerca de materialidade e de autoria. Somente se cogita de juízo de admissibilidade positivo diante da existência de indícios de materialidade e de autoria; não havendo tais indícios, deve-se proceder ao arquivamento da representação ou da denúncia, por ausência de conectivos lógicos que justifiquem a onerosa instauração da instância disciplinar, com concordância doutrinária.

*“Para que o processo disciplinar seja instaurado com legitimidade não basta tão somente que seja a autoridade hierárquica competente para tanto, havendo, de rigor jurídico, a necessidade de um mínimo legal que, traduzindo possibilidade de condenação (‘fumus boni juris’), se estribe em elementos concretos indicadores de tal viabilidade. Não é jurídico nem democrático que o servidor público venha, sem mais nem menos, responder a processo disciplinar. A garantia constitucional do devido processo legal não somente contenta-se em que o processo recepcione a ampla defesa e o contraditório, como também exige, para sua legítima inauguração, que haja, no mínimo, um princípio de prova. Sem esse princípio de prova (‘fumus boni juris’), sinalizador da plausibilidade da pretensão punitiva da Administração, não poderá haver processo disciplinar.*

*Tais elementos, embora não seja exigível que já possam, no limiar do processo, traduzir um juízo seguro ou razoável de certeza, devem, contudo, apresentar, pelo menos, um juízo de possibilidade condenatória em desfavor do servidor imputado. Consistindo em qualquer detalhe lícito produtor de convicção definível como princípio de prova, esses elementos constituem os conectivos processuais ensejadores da abertura de tal empreitada apuratória de possíveis transgressões disciplinares. Sem tais conectivos, não é lícita a abertura de tais procedimentos.*

*O Direito Processual Disciplinar exige a presença desses conectivos (princípios da prova) como forma de evitar que venha o servidor público sofrer os incômodos e os aborrecimentos oriundos de um processo disciplinar precipitadamente instaurado, além de, com tal cuidado, proporcionar resguardo à dignidade do cargo ocupado pelo acusado, o que reverte-se, por*

*fim, em benefício da normalidade e regularidade do serviço público, escopo inarredável a que deve preordenar-se toda repressão disciplinar.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 220, Editora Forense, 6ª edição, 2010*

*Constitui-se em instrumento inquisitivo, independente de existência de servidor acusado (aliás não se conciliam a sindicância investigativa e a existência de servidor acusado em seu bojo), daí decorrer a classificação de “inquisitorial”, quando não constar na notícia de infração a indicação de autores da suposta materialidade, servindo de start para o início de uma apuração, em face da comunicação de fatos ainda não completamente definidos, no que se refere à autoria e ou o delineamento da materialidade. Nesse procedimento, por não haver acusado, não há que se falar em contraditório e ampla defesa. Há certa semelhança com o inquérito policial, instrumento a dar subsídio à denúncia pelo Ministério Público. A Lei 8.112/90 não previu textualmente o instituto da sindicância investigativa, sendo obtida da interpretação sistemática dos artigos 143 a 146 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Processual”, Vol. III, pgs. 61 e 62, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

Tendo em conta o caráter restrito e excepcional com que se emprega a instância administrativa disciplinar, a análise em fase de admissibilidade deve ser aprofundada, detalhada e o mais fartamente possível instruída, para que se evite a instauração de processos disciplinares em inequívocas situações de falta de objeto e de flagrante impropriedade da representação ou denúncia, em razão de ausência de indícios de materialidade ou de autoria, seja porque o fato em si ou seu autor não se submetem à seara correcional, seja porque o fato é passível de imediato e liminar esclarecimento.

Deve-se então exaurir a busca daqueles indispensáveis indícios para instruir a onerosa decisão de instaurar a instância disciplinar ou, de outro lado, para instruir a sempre passível de questionamento decisão de arquivar o feito. Somente se cogita de parecer de admissibilidade positivo (ou seja, com proposta de instauração da instância disciplinar) e de consequente decisão instauradora após o emprego de satisfatória rotina de trabalho que redunde, cumulativamente, em se ter nos autos o esgotamento de todas as linhas de procedimentos de investigação possíveis e das ferramentas investigativas disponíveis e a viabilidade operacional de efetivamente se poder apurar a ilicitude administrativa, compreendida como ato praticado no exercício do cargo ou ao menos indiretamente relacionado com suas atribuições legais, em afronta à lista exaustiva de ilícitos dos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112, de 1990 (materialidade), e que possua relação causal entre a ocorrência objetiva do fato e a conduta omissiva ou comissiva, marcada por dolo ou por culpa, por parte de servidor estatutário (autoria).

Mas como é de se esperar de tão amplo espectro de possibilidades de origens, pode-se mencionar a possibilidade de três diferentes graus de refinamento e de plausibilidade das provocações que chegam à Administração. Primeiramente, em um extremo, pode-se chegar ao conhecimento de suposta irregularidade por meio de notícia bem detalhada e elaborada, já indicando de forma precisa indícios da materialidade e da autoria, o que a tornará merecedora de parecer e de decisão liminar de instauração de processo disciplinar. Mas também se pode, no extremo oposto, receber notícia vaga, imprecisa, não dispondo de indícios nem do fato em si e nem da sua autoria ou de quem foi responsável por sua ocorrência e sem sequer possibilidade e viabilidade de obtê-los, o que a tornará sem interesse disciplinar e merecedora de parecer e de decisão liminar de arquivamento. E, sobretudo, conforme é mais comum na realidade, pode-se receber notícia de suposta irregularidade nos mais diversos graus de refinamento intermediários aos dois extremos apontados, que nem é descartável de plano por absoluta falta de plausibilidade e nem é satisfatoriamente instruída para a imediata elaboração do juízo de admissibilidade, o que a tornará merecedora de aprofundamento em subfase investigativa, por meio de procedimentos de investigação enriquecidos por ferramentas

investigativas.

Diante destes diferentes graus de detalhamento e de precisão, é pertinente se propor uma sintética metodologia, para primeiro e superficial início da abordagem na fase de admissibilidade de notícia de suposta irregularidade que chega ao conhecimento da Administração, sobretudo para a última das três configurações acima.

Primeiramente, deve-se identificar se a notícia traz claros os elementos indicativos de suposta conduta humana, ou seja, se há resposta positiva ao questionamento se há na peça inicial ou nos autos indícios ou provas de que um servidor tenha cometido suposto fato passível de crítica em determinado tempo ou período e em determinado local. Diante de notícias evasivas, amplas, genéricas, inespecíficas que sequer permitem o delineamento do fato noticiado, o princípio da eficiência informa a inviabilidade de se mover a Administração para realizar varreduras ilimitadas em termos objetivos e subjetivos, devendo merecer tal caso liminar arquivamento, sob amparo do entendimento doutrinário do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU).

*“Como já asseverado, a notícia de irregularidade deverá estar revestida de plausibilidade, ou seja, conter o mínimo de elementos indicadores da ocorrência concreta de um ilícito (materialidade) e se possível os indícios de autoria, de modo que notícias vagas podem ensejar o arquivamento sumário da denúncia, eis que não se afigura razoável movimentar a máquina estatal, por demais dispendiosa, para apurar notícia abstrata e genérica, em cujo teor não se encontra requisitos mínimos de plausibilidade.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 59, 2013, disponível em [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual_PAD.pdf), acesso em 07/08/13*

Importante reiterar esta necessária percepção da viabilidade apuratória e probatória, já que, em atenção aos ônus inerentes à instância disciplinar, quando se vislumbra de antemão a ínfima ou nenhuma possibilidade de se obter prova do fato criticável ou da conduta humana, não se cogita de sua instauração tão somente para proceder a investigações genéricas e difusas. O processo disciplinar não é foro justificável, razoável e proporcional para o mero possível e intempestivo levantamento de indícios de irregularidade não obtidos até a fase de admissibilidade e de desfecho presumivelmente infrutífero.

Nesta linha, é forçoso reconhecer que, em leitura dinâmica e conglobante de todos os princípios simultaneamente informadores do Direito Administrativo Disciplinar, na hipótese de a provocação do dever funcional de instaurar a apuração em vista de notícia de suposta irregularidade já nascer fragilizada pela relevante probabilidade de insucesso na busca de prova, com inequívoca repercussão na inviabilidade da aplicação do resultado punitivo em face do infrator, deve a autoridade instauradora, em fase de admissibilidade, ponderar os ônus de se empregarem os escassos recursos humanos e materiais de que se sabe dispor a Administração, além do desgaste inerente à condução do processo em si. Pode-se defender que, quando não se vislumbra a possibilidade de se obter as inequívocas materialidade e autoria (por exemplo, em função da natureza dos atos funcionais em questão ou em função do longo tempo decorrido), mesmo que se esgotem todos os esforços instrucionais possíveis - e com todos os ônus a eles inerentes - é viável se eleger a máxima do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência para arquivar o feito liminarmente.

Mas, estando presentes na notícia os elementos indicativos mínimos da ocorrência criticável em razão da ação humana que permitam a compreensão e a delimitação fática, é de se prosseguir na análise, verificando, na sequência, se aquela situação noticiada enseja ilicitude ou não. Não figurando aquele fato na previsão hipotética normativa como ilícito - como, por exemplo, meros atos exclusivamente de vida privada (conforme se definirá em **3.2.3.1**) ou atos de gerência administrativa de pessoal ou de pequenos aspectos comportamentais (conforme se definirá em **3.2.3.3**) -, o caso merece, ainda que por razão

distinta, o mesmo fim acima defendido, qual seja, o liminar arquivamento. Por outro lado, se o fato delineado apresenta contornos de ilicitude, a análise avança, no sentido da identificação do ramo do Direito afrontado.

Caso o fato delineado até apresente contornos de ilicitudes, mas de naturezas distintas da disciplinar - seja pela matéria em si à margem do regramento estatutário, seja pela qualidade do autor não regido pela Lei nº 8.112, de 1990 -, deve o caso ser encaminhado à respectiva autoridade ou foro competente, abstraindo-se de persecução disciplinar.

Isto porque a instância disciplinar não deve ser chamada a agir e muito menos se sentir efetivamente provocada diante, por exemplo, de mera transgressão ética (conforme já exposto em **2.5.2.1**), de crimes comuns (conforme se definirá em **3.2.1.1**), de atos de naturezas jurídicas diversas (tais como fiscal, contábil, trabalhista, dentre outros), de atos incipientemente associados a dano ou desaparecimento de bens (conforme se definirá em **3.2.3.5.2**) ou ainda de atos cometidos por não servidor (conforme se definirá em **3.2.4.1**).

Ademais, recomenda-se que também se atente, desde a fase de admissibilidade, com a devida cautela, para os princípios da intervenção mínima e da insignificância e para os conceitos de mera voluntariedade, erro escusável e de ausência de ilicitude material, como motivações de arquivamentos, conforme se abordará, respectivamente, em **4.6.1.1**, em **4.6.3.1**, em **4.6.3.2** e em **4.6.3.3**, ao se tratar de indicição e de enquadramentos.

Por outro lado, somente se o caso apresenta contornos de ilicitude disciplinar, ou seja, mediante indícios de materialidade e de autoria de infração estatutária, deve-se aprofundar a análise acerca da qualidade da notícia formulada, verificando se já se operou a prescrição.

Neste rumo, merece destaque a manifestação da CGU, por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 4, de 4 de maio de 2011, nos termos que se expõem em **4.13.1.5**, acerca da flexibilização do poder-dever em princípio imposto à autoridade competente para instaurar o processo disciplinar quando já se verifica, em fase preliminar, a prescrição da punibilidade, concedendo-lhe a prerrogativa de ponderar as peculiaridades do caso concreto. Caso tenha operado e não haja justificativas para a excepcional persecução disciplinar de punibilidade prescrita (por exemplo, a possibilidade de repercussão em outras instâncias - como ressarcimento ao erário ou representação penal), recomenda-se o arquivamento do feito.

*Enunciado CGU/CCC nº 4, de 2011: “Prescrição. Instauração. A Administração Pública pode, motivadamente, deixar de deflagrar procedimento disciplinar, caso verifique a ocorrência de prescrição antes da sua instauração, devendo ponderar a utilidade e a importância de se decidir pela instauração em cada caso.”*

Ainda na mesma linha de argumentação, deve-se avaliar se há outras hipóteses de extinção da punibilidade, mencionadas em **4.13.5.2**, tais como a morte do servidor ou a retroatividade benigna da lei. Pode também ser considerado como desestimulador da instauração de segundo procedimento o fato de o servidor já ter sido demitido em outro processo administrativo disciplinar (PAD) anterior, conforme já mencionado em **3.2.2.2.c**.

Por outro lado, não se tendo concretizado nenhuma destas hipóteses, duas possibilidades se desdobram. Se os indícios de materialidade e de autoria são suficientes para de imediato se identificar e se delinear a conduta ilícita e o servidor por ela responsável, deve-se propor a instauração do rito disciplinar. Mas, se os indícios de materialidade e de autoria, embora presentes, ainda careçam de maior robustez, confiabilidade e segurança a fim de instruir a futura decisão de arquivamento ou de instauração, deve-se proceder aos procedimentos de investigação, buscando as mais variadas fontes de informação, tanto internas ao sistema correicional e à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), quanto até externas, para o devido e necessário esgotamento da instrução processual, novamente com amparo da CGU.

*“Nesse diapasão, ponto importante a ser considerado é se os procedimentos investigativos aqui tratados suprem a determinação de apuração imediata prevista no art. 143 da Lei nº 8.112/90, posto que o mencionado dispositivo afirma que tal apuração deve ser realizada mediante Sindicância Contraditória ou Punitiva ou Processo Administrativo Disciplinar.*

*Embora a norma não tenha se referido a outra forma de apuração que não a Sindicância Contraditória ou Processo Administrativo Disciplinar, não se cogita, sob pena de afrontar os princípios da eficiência e economicidade, dentre outros, que toda investigação para apurar qualquer notícia de irregularidade que chegue ao conhecimento da Administração seja realizada exclusiva e diretamente através de Sindicância Contraditória ou Processo Administrativo Disciplinar, com todos os ônus que lhes são inerentes - financeiros e administrativos - mesmo porque os Procedimentos Disciplinares Investigativos, quando necessários para o deslinde do caso, podem ser vistos como elementos informativos prévios e, de certa forma, integrantes da futura Sindicância Contraditória ou Processo Administrativo Disciplinar, uma vez que se constituirão nas primeiras informações constantes de tais instrumentos disciplinares, devendo, quando necessário, ser refeitos a posteriori sob o manto do contraditório e da ampla defesa.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 67, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Para tal, busca-se, adiante, padronizar e otimizar as rotinas empregadas na fase de admissibilidade, modelando-se um fluxograma ideal, e, em seguida, descrevem-se os já mencionados procedimentos de investigação - tanto aqueles previstos nas normas gerais quanto aqueles específicos do sistema correcional da RFB (conforme se abordará em **2.5.3.2**) - e as ferramentas investigativas que se empregam em seus ritos (conforme se abordará em **2.5.3.3**).

### **2.5.3.1 - Fluxogramas Possíveis na Fase de Admissibilidade**

Tendo em vista que a maioria das notícias de supostas irregularidades que chega ao conhecimento do sistema correcional contém algum grau de relevância não autorizador do liminar arquivamento, porém sem possuir instrução suficiente para a imediata e segura decisão de instaurar o rito disciplinar, faz-se necessário elaborar uma sugestão de fluxograma para o tratamento e a instrumentalização a ser dada em tais casos.

De imediato, conforme já aduzido em **2.4.3**, recomenda-se que, independentemente da forma e do meio de origem, toda representação, denúncia ou qualquer tipo de notícia de suposta irregularidade que dá entrada no sistema correcional deve receber uma numeração interna de ocorrência no âmbito do Escritório de Corregedoria (Escor), como regra geral, ou da Corregedoria (Coger), excepcionalmente (e, neste caso, mais especificamente na Divisão de Análise Correcional - Diaco) e, em seguida, deve ser protocolizada no Sistema de Comunicação e Protocolo (Comprot) e formalizada em processo administrativo em meio digital no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), conforme determina o art. 1º da Ordem de Serviço Coger nº 1, de 3 de junho de 2015. A norma prevê que, na situação transiente, processos administrativos protocolizados com suporte documental em papel antes da obrigação de emprego do sistema e-Processo devem continuar neste meio no curso da fase de admissibilidade e aqueles que se converterão em processos disciplinares devem ser digitalizados (escaneados) e receber nova numeração no sistema Comprot, remetendo-se a arquivo os autos originais em papel.

Ressalve-se que tal recomendação em nada se confunde com determinação de, desde o início da fase de admissibilidade, o agente que estiver trabalhando no processo promover a imediata autuação de todos os elementos de pesquisa, visto que somente ao final ele terá

condições de avaliar, discricionária e inquisitorialmente, aquilo que se demonstra relevante como peça de instrução de sua informação disciplinar ou relatório ou do seu parecer propositivo e da decisão da autoridade instauradora e aquilo que, por ser irrelevante, deve ser descartado, bem como também não convém que sejam de imediato autuadas peças acerca de diligências ou vias investigativas ainda incompletas ou em curso, cujo eventual conhecimento prévio pelo investigado pode pôr a perder a continuidade dos trabalhos.

Superada esta introdução, é certo que, após a protocolização, pode a autoridade instauradora realizar uma primeira triagem sobre o processo. Cabe à autoridade instauradora fazer uma análise prévia, ainda que superficial, que tanto pode ser de natureza estratégica, sob sua ótica gerencial, por meio da qual possa vislumbrar algum ato instrucional que requeira a sua própria e específica diligência de administrador; quanto pode ser sobre a previsão de esgotamento do prazo prescricional, com o objetivo de estabelecer algum grau de prioridade na decisão a ser prontamente exarada ou de estabelecer em que ponto da lista de pendências pode incluir o caso em tela; como também quanto pode ser acerca da complexidade do tema noticiado, a fim de identificar a quem deve distribuir a análise da admissibilidade.

Feita esta primeira leitura dos autos, a autoridade instauradora deve distribuir o processo a um dos servidores de seu grupo de assessoramento ou a um dos servidores do seu grupo de investigação disciplinar ou ainda, excepcionalmente, em ambos os casos, a uma comissão ou equipe de servidores (grupos estes adotados pela Portaria Coger nº 36, de 16 de abril de 2016, nos incisos II e III do art. 1º). A atribuição de tal tarefa é feita sem exigência de forma, podendo apenas decorrer de simples distribuição do processo, não havendo, como regra (a menos de casos específicos de designação de equipe de investigação ou de comissão de sindicância), necessidade de formalizar designação por meio de portaria e de publicar tal ato.

Na primeira hipótese, a autoridade instauradora distribui o processo para um servidor de seu grupo de assessoramento se, em sua avaliação prévia, parece-lhe que o caso se resolve tão somente com uma análise jurídica ou com o emprego de pesquisas básicas em sistemas informatizados ou com diligências de baixa complexidade, tais como pedidos de informação ao representante ou denunciante, ou à chefia, ou a unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) ou a órgãos externos ou até mesmo, excepcionalmente, ao próprio representado ou denunciado, conforme adiante melhor se descreverá.

Na sequência, provocado pela autoridade instauradora, de forma imediata ou, se for o caso, após ter realizado aquelas pesquisas básicas, o servidor do grupo de assessoramento tem as seguintes possibilidades à sua frente: solicitar alguma informação ou pesquisa pontual ao grupo de investigação disciplinar, sem necessidade de remeter os autos; ou solicitar alguma informação ou pesquisa aprofundada ao grupo de investigação disciplinar, provavelmente se fazendo necessário remeter os autos; ou ainda provocar a autoridade instauradora para que instaure, no curso da admissibilidade, uma sindicância investigativa ou uma sindicância patrimonial ou uma investigação preliminar; ou, seja de imediato, sem necessidade dos passos acima, seja após aquelas diligências, pode indicar a conclusão da fase de admissibilidade, propondo instauração de processo administrativo disciplinar (PAD) ou de sindicância disciplinar ou arquivamento do feito, caso os elementos que justifiquem serem definitivamente autuados permitam a conclusão.

Em complemento, na segunda hipótese, a autoridade instauradora distribui o processo para um servidor ou para uma equipe ou para uma comissão de seu grupo de investigação disciplinar se, em sua avaliação prévia, parece-lhe necessário realizar alguma pesquisa pontual ou aprofundada ou empregar algum procedimento de investigação, tais como, para qualquer tipo de ilícito, o rito de uma investigação preliminar ou o rito de uma sindicância investigativa, ou ainda o rito de uma sindicância patrimonial.

A definição destes mencionados ritos foi esboçada, superficialmente, em **2.2.2.2.2**, e será detalhada adiante, em **2.5.3.2**.

Na sequência, provocado pela autoridade instauradora (ou pelo grupo de assessoramento), o servidor ou equipe ou comissão do grupo de investigação disciplinar pode fornecer ao grupo de assessoramento, a fim de que este formule o parecer propositivo de admissibilidade: a resposta solicitada à pesquisa pontual ou aprofundada; ou um relatório de sindicância investigativa ou de sindicância patrimonial; ou uma informação disciplinar, nos demais casos, inclusive de investigação preliminar. Importante frisar que, *a priori*, recomenda-se que ao grupo de investigação disciplinar cabe apenas atender à demanda da autoridade instauradora ou do grupo de assessoramento, não devendo ser de sua alçada, porém, redigir o parecer analítico de admissibilidade, com proposta de instauração do rito disciplinar ou de arquivamento do feito, competência que convém recair naquele último grupo, qualquer que tenha sido o rito investigativo porventura empregado.

A segmentação de tarefas na fase antecedente à decisão em juízo de admissibilidade se ampara nos argumentos de que esta praxe vigente labora a favor da qualidade, fomentando especialização de parte do pessoal (do grupo de investigação disciplinar) no emprego dos procedimentos de investigação enriquecidos pelas ferramentas investigativas e, de outra parte (do grupo de assessoramento), nas técnicas de redação jurídica, uma vez que podem ser consecutivamente empregados servidores com perfil mais investigativo para as primeiras tarefas de levantamento fático e, com perfil mais jurídico, para a consequente análise de pertinência do arquivamento ou da instauração; de que não se impõe um retrabalho, pois não é necessário que o parecer de viés jurídico repita todos os aspectos técnicos e fáticos levantados pelo relatório ou pela informação disciplinar, podendo o servidor do grupo de assessoramento se concentrar apenas nas questões jurídicas de presença ou não de indícios de materialidade e de autoria, irrigando-as com a análise dinâmica dos princípios atuantes; e que, em síntese, se trata de uma praxe recomendada de forma não impositiva, a ser tratada gerencialmente pelos Chefes de Escor, de acordo com o perfil e quantidade de seu pessoal, e que não prejudica ou impede que determinada unidade correcional, mais carente de pessoal, concentre, em determinado caso em andamento, todas as tarefas investigativas e analíticas da fase pré-processual em um mesmo servidor (ou em uma mesma equipe ou comissão).

À vista da recomendação de distribuição de tarefas a grupos especializados, cabe abrir um parêntese para esclarecer se nos casos em que não se vislumbra nenhuma necessidade de promoção de procedimentos de investigação, pode a autoridade instauradora redigir diretamente a peça analítica em que se baseará, ato contínuo, a sua própria decisão ou se deve a fase de admissibilidade ser instruída por peça opinativa obrigatoriamente redigida por servidor subordinado àquela autoridade. Na esteira, também convém esclarecer se, caso haja necessidade de se proceder a procedimentos de investigação, há obrigatoriedade de serem conduzidos por outro servidor a fim de amparar a decisão em fase de admissibilidade ou se pode a própria autoridade instauradora, diretamente, fazê-las e emitir a decisão, dispensando trabalho instrutório a cargo de outro agente subordinado. Também se aproveita para enfrentar a questão se incorre em impedimento ou suspeição o servidor que proceder aos procedimentos de investigação (ou que deles participar em equipe ou comissão) e que, consecutivamente, vier a elaborar o parecer propositivo de admissibilidade, em excepcional afastamento da rotina ora proposta, de segmentação das tarefas investigativas e analíticas.

Quanto ao primeiro ponto, pela simples leitura atenta do *caput* do art. 3º da Portaria Coger-MF nº 24, de 29 de outubro de 2013, se atesta que não há necessidade de se ter peça opinativa da lavra de outro servidor diferente da autoridade instauradora (em geral, do grupo de assessoramento) se a fase de admissibilidade se soluciona apenas com um trabalho de análise jurídica e que, mesmo havendo tal peça propositiva, ela não possui poder vinculante. E nem seria mesmo razoável que a autoridade legalmente competente para arquivar o feito ou para instaurar o rito disciplinar estivesse vinculada a uma peça propositiva, prevista em norma de menor *status* e da lavra de um subordinado, para amparar a decisão que desde sempre a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, já lhe confere. Ao contrário, a mencionada norma interna tão somente confere à autoridade instauradora a faculdade de ela própria elaborar a

análise jurídica ou de distribuir a tarefa a um subordinado, hipótese em que, aí sim, a peça propositiva deve seguir os regramentos dos dois incisos do comando normativo interno (quais sejam, conter breve descrição fática e análise dos indícios de materialidade e de autoria).

*Portaria Coger-MF nº 24, de 2013 - Art. 3º A autoridade correcional, a fim de subsidiar o seu juízo de admissibilidade, poderá solicitar manifestação técnica, de caráter não vinculante, contendo, pelo menos:*

*I - breve descrição do fato noticiado;*

*II - análise quanto à existência ou não de indícios de autoria e materialidade da suposta irregularidade disciplinar.*

Ademais, se a própria leitura conjunta do *caput* do art. 143 e do parágrafo único do art. 144, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, indica que à mesma autoridade a quem incumbe a imediata instauração do processo disciplinar diante de notícia de irregularidade também compete a realização de uma análise prévia acerca da existência ou não de indícios de materialidade e de autoria, por óbvio não há que se inferir ilegalidade quando tal análise é realizada pelo mesmo agente regimentalmente competente para proceder à instauração da instância disciplinar ou ao arquivamento do feito. Em reforço, mencione-se que, mesmo no processo penal, em que se tutela o bem jurídico mais precioso, que é a liberdade, o magistrado a quem compete decidir pela instauração ou não da ação penal é quem também recebe a denúncia e a aprecia. Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos.

*Orientação Coger nº 2*

*Não há ilegalidade no fato de a própria autoridade instauradora proceder ao juízo de admissibilidade, desde que se limite à análise e à confirmação dos dados constantes dos autos desde a peça inicial.*

Todavia, atingindo-se o segundo ponto, é necessário ressaltar, para prevenir incursão em hipótese de impedimento, que não cabe à autoridade proceder a investigações que agreguem ou aprofundem as informações que constavam dos autos desde a peça que originalmente noticiou o suposto cometimento de ilicitude. Caso seja necessário buscar qualquer informação além do conteúdo original dos autos que consubstancie qualquer grau de procedimentos de investigação, este trabalho deve ser realizado por outro servidor (em geral, do grupo de investigação disciplinar), a fim de amparar a decisão em fase de admissibilidade.

Portanto, em aceitável flexibilização do fluxo sugerido de rotina, a autoridade instauradora pode proceder ao parecer de admissibilidade e, na sequência, ao próprio juízo de admissibilidade, desde que, para tal, se limite a analisar ou a simplesmente checar ou conferir as informações constantes da representação ou da denúncia. Também há posicionamento institucional neste sentido.

*Orientação Coger nº 12*

*Servidor que tenha atuado na sede investigativa não pode instaurar o procedimento disciplinar subsequente, prorrogar o prazo ou designar ou reconduzir nova comissão processante e integrar a comissão.*

Abordando-se o terceiro ponto acima cogitado, em mais uma flexibilização da segmentação sugerida, não há impedimento ou suspeição em um mesmo servidor (ou uma mesma equipe ou comissão) realizar procedimentos de investigação e, na sequência, elaborar o respectivo parecer propositivo de admissibilidade, dirigido à autoridade instauradora, a fim de se arquivar o feito ou de se instaurar o rito disciplinar, visto que contemplam uma atividade tão somente descritiva e uma atividade de simples proposição analítica em cima daquilo que o próprio agente descreveu, ambas sem o condão decisório em desfavor do investigado - ressaltando-se, por óbvio, que o servidor que realizar os procedimentos de investigação, além de redigir a análise jurídica, não pode atuar como autoridade instauradora. Embora se recomende o emprego de pessoal especializado nas tarefas de natureza investigativa e nas tarefas de natureza jurídico-analíticas - apenas por um foco gerencial de melhor

aproveitamento de pessoal e de especialização -, a eventual necessidade de condensar em um mesmo servidor (ou uma mesma equipe ou comissão) as duas instruções antecedentes à decisão da autoridade instauradora não configura hipótese de impedimento ou suspeição. Também há posicionamento institucional neste sentido.

*Orientação Coger nº 35*

*Não há impedimento ou suspeição em um mesmo servidor, individualmente ou em equipe ou em comissão, atuar nas investigações e na consecutiva elaboração de parecer de juízo de admissibilidade de um mesmo procedimento, desde que não venha a ser autoridade instauradora.*

A rigor, pode se dizer, de forma mais genérica e abrangente, que qualquer peça (independentemente da forma que assuma - seja ou não um relatório ou uma informação disciplinar, decorrente de procedimento de investigação, ou um parecer propositivo - e de conter ou não expressa proposta de arquivamento ou de instauração) pode ser apta para que, tomando-a como base, a autoridade instauradora manifeste sua decisão cognitiva de arquivar o feito ou de instaurar o rito disciplinar.

Ademais, é válido que a autoridade instauradora se satisfaça com as descrições meramente fáticas e até com a eventual proposta constantes do relatório ou da informação disciplinar de trabalho investigativo porventura necessário e concluído por servidor (ou por equipe ou comissão) do grupo de investigação disciplinar e as tome diretamente como as bastantes razões de sua decisão cognitiva de arquivar o feito ou de instaurar o rito disciplinar; não obstante, caso aquelas descrições fáticas não forneçam informações e subsídios suficientes, também é válido que a autoridade instauradora devolva ao mesmo servidor (ou à mesma equipe ou comissão) - ou também que repasse para outro(s), do grupo de assessoramento - para que se proceda à análise jurídica em parecer propositivo, a fim de servir como base daquela decisão cognitiva. Também há posicionamento institucional neste sentido.

*Orientação Coger nº 36*

*A autoridade instauradora pode tomar as descrições fáticas e a eventual proposta constantes do relatório ou da informação de trabalho investigativo diretamente como base de sua decisão cognitiva de arquivar o feito ou de instaurar o rito disciplinar; não obstante, caso aquelas descrições fáticas não forneçam informações e subsídios suficientes, pode a autoridade instauradora devolver os elementos até então coligidos ao mesmo servidor ou à mesma equipe ou comissão, ou repassá-los a outro(s), para que se proceda à análise jurídica em parecer propositivo, a servir como base daquela decisão cognitiva.*

Destaque-se que a busca do necessário convencimento acerca da existência dos indícios de materialidade e autoria opera-se com tamanha força que o § 2º do art. 2º da Portaria Coger-MF nº 24, de 2013, prevê e permite que a autoridade instauradora, porventura ainda na dúvida e insegura quanto à pertinência da onerosa instauração da instância disciplinar mesmo após a conclusão de um determinado procedimento de investigação, pode determinar a realização de novos procedimentos investigativos, até que disponha de elementos suficientes para emitir seu juízo de admissibilidade. Em outras palavras, caso a autoridade instauradora se sinta não satisfeita ou não conformada com o resultado apresentado ao final de determinado procedimento, pode determinar a realização de outros procedimentos, atitude em que, dentre outras, desde instaurar integralmente todo um novo rito, também inclui as simples determinações pontuais para realização de uma diligência ou de uma perícia ou o aprimoramento ou aprofundamento de elementos constantes da informação disciplinar ou do relatório apresentado.

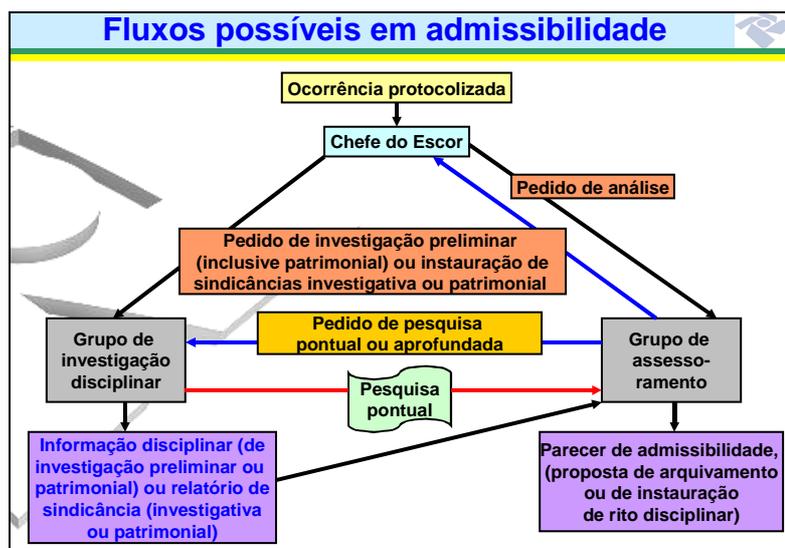
*Portaria Coger-MF nº 24, de 2013 - Art. 2º*

*§ 2º Concluído o procedimento previsto no caput e subsistindo a ausência de elementos suficientes para a tomada de decisão, a autoridade correicional poderá determinar a realização de novos procedimentos investigativos.*

Fechado este longo parêntese sobre situações em que aceita-se que se flexibilize a

segmentação proposta, retornando ao fluxo que se busca padronizar, em geral, no momento de elaboração do parecer propositivo de admissibilidade, o servidor já dispõe dos elementos de instrução necessários para amparar sua convicção. Sejam elementos que já tenham vindo originária e satisfatoriamente na representação ou na denúncia a ponto de dispensarem pesquisas, sejam elementos obtidos por pesquisas básicas a cargo do próprio servidor do grupo de assessoramento, sejam elementos oriundos de pesquisas avançadas realizadas pelo grupo de investigação disciplinar, o certo é que, neste estágio do procedimento, os autos já se encontram devidamente organizados e instruídos apenas com as peças que se selecionaram como formadoras de convicção e esclarecedoras do fato sob investigação. Relembre-se que, seja a cargo simplesmente do servidor do grupo de assessoramento, seja a cargo de servidor ou equipe ou comissão do grupo de investigação disciplinar, os trabalhos preparatórios de pesquisa podem ter a autuação de seus resultados postergada, a fim de não expor linhas investigativas em andamento. Estes diversos protagonistas que porventura tenham atuado na fase de admissibilidade (seja apenas do grupo de assessoramento, seja apenas do grupo de investigação, seja de ambos grupos consecutivamente), ao final de seus respectivos trabalhos de pesquisas (básicas ou aprofundadas), podem, enfim, carrear para os autos os elementos que se mostraram relevantes para suas convicções e que completam linhas investigativas, estando todos autorizados a descartarem (sem jamais terem atuado) os documentos que por acaso tenham pesquisado, requisitado, colecionado, impresso ou obtido de qualquer forma, referentes às demais ramificações infrutíferas de investigação.

A gravura a seguir busca esclarecer, esquematicamente, as diversas possibilidades de fluxos de trabalhos e de respostas na fase de admissibilidade.



Importante consolidar desde já uma terminologia diferenciadora adotada no sistema correccional da RFB e que se empregará ao longo de todo este texto, inclusive para o processo disciplinar. De um lado, denomina-se parecer a peça propositiva da lavra de um parecerista (em geral do grupo de assessoramento), dirigida ao chefe da própria unidade emissora (ao Chefe do Escor ou ao Corregedor), emitindo uma análise a fim de propor-lhe alguma decisão ou providência (como, por exemplo, parecer de admissibilidade, parecer de análise de processo e parecer de análise de pedido de reconsideração ou de recurso hierárquico, quando se dirige à própria autoridade recorrida). Vale esmiuçar que, ainda que a providência proposta pelo parecerista ao seu chefe de unidade seja um mero encaminhamento para uma escala hierárquica superior com competência decisória, cabe enquadrar a peça como parecer se o trabalho que se analisa foi instaurado por ordem daquela primeira autoridade local, a quem deve se dirigir a apreciação se a tarefa determinada foi realizada de forma satisfatória ou não (como será o caso de um parecer, propondo encaminhamento de PAD à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN em razão de acatar relatório de uma comissão de inquérito designada por Chefe de Escor conclusivo pelo cometimento de infração punível com pena de

demissão).

As demais peças analítico-descritivas se denominam informação, mas comportam especificação diferenciadora.

De um lado, tem-se a informação externa quando se faz necessário prestar resposta a uma demanda externa à unidade emissora, como, por exemplo, quando um Escor ou a Coger presta subsídio a outra unidade do sistema correcional ou a outra unidade da RFB ou a outro órgão, e que é uma peça disponibilizável por sua própria natureza (já que se dirige para fora do ambiente de sua lavratura). Os interlocutores institucionais mais comuns que se pode citar, em lista não exaustiva, são Poder Judiciário, Ministério Público Federal (MPF), Departamento de Polícia Federal (DPF), Advocacia-Geral da União (AGU), Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) e PGFN, dentre outros. Com fim elucidativo, vale, didaticamente, diferenciar a presente menção à PGFN da hipótese citada acima para parecer, pois aqui se trata de elaborar de uma informação externa no âmbito do Escor onde se originou um PAD e que, após julgado, vem a ser objeto de qualquer espécie de recurso ou de revisão de competência ministerial e para a qual aquele órgão solicite a peça analítica de instrução. Naquele primeiro caso, o parecer é como uma culminância de todo um trabalho originado e desenvolvido a mando do próprio Chefe do Escor; no caso presente, a informação externa é solicitada ao Escor, pela PGFN, para instruir uma incumbência que é sua, apenas por uma questão de maior proximidade e de suposto maior conhecimento dos fatos por parte daquela unidade correcional.

De outro lado, diferencia-se a informação disciplinar, mencionada em diversas passagens neste tópico voltado à fase de admissibilidade, com que se consubstancia o fim de um trabalho investigativo (como, por exemplo, de investigação preliminar ou investigação patrimonial), em geral demarcada pela cláusula de ser sigilosa, voltada que é à tramitação interna.

Ainda nesta linha de textos analítico-propositivos em fase de admissibilidade, reitere-se que, naqueles procedimentos formalizados por designação de comissão, como sindicância patrimonial e sindicância investigativa, o trabalho final deste colegiado consubstancia-se em relatório.

Informe-se também que, por mero resíduo, também se nomeia como informação disciplinar a resposta promovida pelo Serviço de Atividades Auxiliares (Seaux) à demanda se determinado servidor possui registro de natureza correcional em seu assentamento funcional, mencionada em **4.3.7.1**.

### **2.5.3.2 - Os Procedimentos de Investigação Possíveis de Serem Empregados na Fase de Admissibilidade**

Em complemento às definições muito superficialmente introduzidas em **2.2.2.2.2** e em **2.5.1**, faz-se agora conveniente, na apresentação da subfase investigativa da fase de admissibilidade, aprofundar a conceituação dos diferentes procedimentos de investigação que podem ser utilizados neste âmbito, por serem previstos tanto em normas de natureza mais geral, emitidas por autoridades que, no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SisCor-PEF), figuram hierarquicamente acima da Corregedoria (Coger) e de conseqüente aplicabilidade que vai além da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), quanto em normas específicas de seu sistema correcional.

Conforme já se introduziu naquelas menções anteriores, há previsões normativas de procedimentos de investigação em diferentes normas, de diversos espectros de alcance e, portanto, com distintos graus de detalhamento.

Por introdução do tema, de imediato, lembre-se que, conforme já aduzido no primeiro tópico supracitado, praticamente desde sua instituição, o sistema correcional da RFB

possui competências regimentais para proceder a investigações na sua área de atuação, quais sejam, investigações disciplinares (aqui, compreendem-se, grosso modo, a adjetivação “disciplinar” como o emprego daquele tipo de procedimento já com vista à possível identificação de infração disciplinar cometida e à possível decorrente responsabilização). Então, pode-se dizer que o Regimento Interno da Secretaria da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, destacadamente nos incisos II e VIII do art. 18, no art. 20, nos incisos I e IV do art. 285 e nos incisos I e IV do art. 287, concede, de forma genérica, competência para a Coger (e aí se destaca a Divisão de Investigação Disciplinar - Divid) e para os Escritórios de Corregedoria (Escor) realizarem investigação disciplinar, sem, todavia, especificar tal gênero procedimental.

Não obstante, na dinâmica do ordenamento jurídico, eis que outras normas, de diversas origens e abrangências, vêm esclarecer e regulamentar o que são, enfim, as genéricas investigações disciplinares.

Neste escopo, primeiramente menciona-se a Portaria CGU nº 335, de 30 de maio de 2006, já comentada em **2.1.4**, como norma geral e orientadora, emanada pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), na especial condição de órgão central do SisCor-PEF, que apresenta os procedimentos de investigação a serem empregados por todos os órgãos públicos federais. Neste diapasão, os incisos I, II e V do art. 4º e os arts. 6º a 9º e 16 a 19, todos deste diploma regulamentador de aplicação generalista em toda a Administração Pública federal e adiante reproduzidos, definem, no foco de interesse deste tópico, três espécies de procedimentos de investigação: investigação preliminar, sindicância investigativa e sindicância patrimonial.

Na esteira e em harmonia com a norma vinculante para todo o SisCor-PEF, mas já focando-se mais de perto no contexto de interesse do presente texto, a Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça normas gerais para a atuação disciplinar no âmbito do Ministério da Fazenda (MF) e que, portanto, é aplicada por todo o sistema correccional da Pasta (a saber e destacadamente, pela Corregedoria-Geral do MF - Coger-MF e pela Coger), também adotou, nos incisos I, II e V do art. 3º e nos arts. 5º e 6º, adiante reproduzidos, exatamente a mesma definição destes três procedimentos de investigação.

E o art. 2º da Portaria Coger-MF nº 24, de 29 de outubro de 2013, já sob o foco específico da atuação correccional da Coger-MF e da Coger, também menciona estes três procedimentos de investigação para declará-los passíveis de emprego na subfase investigativa da fase de admissibilidade.

*Portaria Coger-MF nº 24, de 2013 - Art. 2º A critério da autoridade correccional competente, o seu juízo de admissibilidade poderá ser antecedido pelos procedimentos de investigação previstos nos incisos I, II e V do art. 3º da Portaria MF nº 492, de 2013.*

*§ 1º Os procedimentos de investigação correccionais previstos no caput terão caráter sigiloso, inquisitorial e não punitivo, destinando-se à apuração de indícios de irregularidades disciplinares.*

*§ 2º Concluído o procedimento previsto no caput e subsistindo a ausência de elementos suficientes para a tomada de decisão, a autoridade correccional poderá determinar a realização de novos procedimentos investigativos.*

Todavia, não é de se ter uma interpretação restritiva ou extremamente literal dos comandos normativos até agora mencionados, como se ali pairasse uma lista terminologicamente exaustiva. Isto porque, nas peculiaridades da RFB, seu sistema correccional atua também, à luz de suas competências regimentais, ao amparo de previsões normativas ou de conceitos doutrinários de outros procedimentos de investigação próprios, que melhor refletem suas especificidades orgânicas e que nada conflitam com aquelas normas mais gerais.

Na análise dinâmica que a hermenêutica impõe para esclarecer possíveis dúvidas ou

incertezas acerca do ordenamento jurídico, resta hialino que a Portaria Coger-MF nº 24, de 2013, não estabelece uma restritiva lista tríade de procedimentos de investigação exclusivamente legítimos no âmbito da Coger e dos Escor. Ao contrário, a qualificada e aprofundada visão que se extrai dos intrincados relacionamentos e superposições de normas que convivem com simultaneidade leva à convicção de que, além daqueles três procedimentos de investigação, outros pode haver e serem empregados na RFB, com base na sua elástica, abrangente e genérica competência regimental, desde sempre aplicável.

Necessário então destacar que a tipologia e a terminologia empregadas, de um lado, pela Portaria CGU nº 335, de 2006, pela Portaria MF nº 492, de 2013, e, por fim, pela Portaria Coger-MF nº 24, de 2013, harmonizam-se sem conflito com os procedimentos previstos, de outro lado, nas normas especificamente voltadas à RFB, tais como seu Regimento Interno e diversas Portarias Coger, ou nos conceitos doutrinários internamente adotados. Não se cogita de que o emprego de outros procedimentos de investigação, além daqueles três, desdobrados em diferentes tipologias e terminologias exclusivas da Coger, possa parecer ilegal ou desprovido de amparo.

Em acréscimo, convém relembrar que a Portaria CGU nº 335, de 2006, no parágrafo único do seu art. 5º, ressalva e respeita as peculiaridades normativas de cada unidade seccional de correição, o que respalda a convicção de que os institutos empregados na norma geral podem ser harmonizados com aqueles empregados não só nas normas da lavra da Coger-MF como também nas normas específicas do sistema correccional da RFB, sobretudo de envergadura regimental.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 5º*

*Parágrafo único. Nas unidades seccionais, a apuração de irregularidades observará as normas internas acerca da matéria.*

Assim é que o art. 8º da Portaria MF nº 492, de 2013, prevê, como um quarto procedimento, embora sem lhe dar nome, o acompanhamento sistemático e periódico da evolução patrimonial do quadro de servidores, por meio do instituto que, internamente, se chama investigação patrimonial, e faz-se regulamentar no âmbito ministerial pela Portaria Coger-MF nº 26, de 3 de outubro de 2013, e ainda, internamente, pela Portaria Coger nº 32, de 26 de abril de 2106.

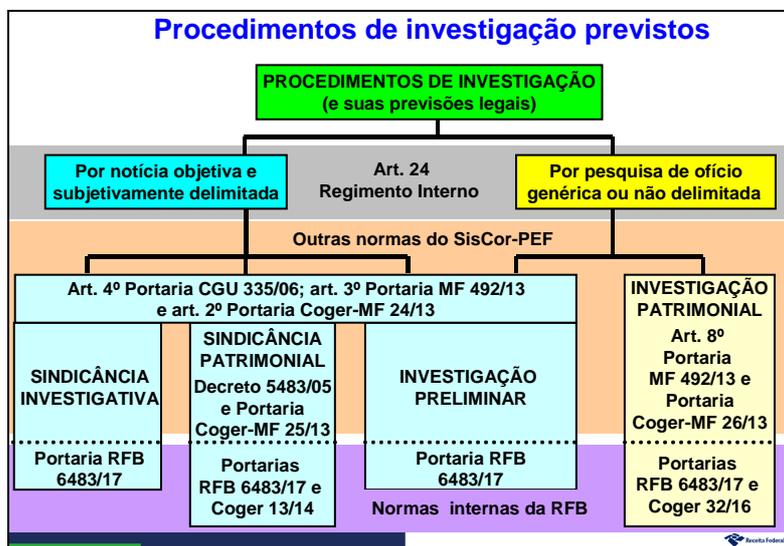
Pelo exposto, harmonizando-se a lista de procedimentos de investigação prevista no art. 4º da Portaria CGU nº 335, de 2006, e no art. 3º da Portaria MF nº 492, de 2013, e mencionada no art. 2º da Portaria Coger-MF nº 24, de 2013, com as competências regimentais da Coger e dos Escor, restam contempladas quatro espécies de ritos, contidas no gênero procedimental das investigações disciplinares, conforme se descreve adiante.

Antes, antecipem-se características comuns a todos estes procedimentos de investigação (investigação preliminar, sindicância investigativa, sindicância patrimonial e investigação patrimonial), tanto em termos de sua natureza jurídica quanto em termos de formalização de seus desfechos.

Conforme já introduzido em **2.5.1**, todos estes procedimentos de investigação se consubstanciam em procedimentos sigilosos (sem publicidade), discricionários (ou seja, sem rito previsto em lei ou norma) e inquisitoriais (ou seja, sem acusação contraditória e sem caráter punitivo). Em consequência desta natureza investigativa, todos se demarcam pela ausência de formalismo, podendo os atos procedimentais serem realizados sem forma rigorosa (arrisca-se a afirmar que o apego a desnecessárias formalidades nesta subfase investigativa só faz aumentar o risco de plantarem-se teses de nulidades). Não se cogita da elaboração de atas de deliberação e de grande parte de termos processuais exigidos no rito contraditório do processo disciplinar, destacadamente de notificação ao investigado e de espontaneamente fornecer acesso, vista, cópia ou informação dos documentos coletados. Ademais, dependendo do rito adotado, nem sempre é necessária a formal instauração ou designação por meio de portaria publicada (como, por exemplo, para investigações preliminares) e, mesmo em casos

em que se emprega portaria deflagradora, nem sempre é necessário estabelecer prazo de término dos trabalhos. Tampouco se tem a exigência de o servidor individualmente responsável pelo trabalho investigativo ou integrante de comissão ou de equipe ser estável, conforme se exige para sindicância disciplinar e processo administrativo disciplinar (PAD).

A gravura abaixo busca mostrar esquematicamente a ramificação do gênero procedimentos de investigação nas quatro espécies, junto às suas respectivas bases normativas.



Ademais, quanto a seus desfechos, ratifique-se o já exposto em **2.5.3.1**, de que, independentemente do rito inquisitorial porventura adotado na sub fase investigativa da fase de admissibilidade, cabe ao grupo de investigação disciplinar fornecer uma informação disciplinar decorrente de investigação preliminar ou de investigação patrimonial ou fornecer um relatório de sindicância investigativa ou de sindicância patrimonial, não lhe sendo recomendável redigir o parecer final de admissibilidade. Esta peça final, de caráter propositivo acerca do arquivamento liminar do feito ou da instauração do rito disciplinar, compete, como regra geral, ao grupo de assessoramento.

Na hipótese de os trabalhos em qualquer procedimento de investigação culminarem no entendimento, ainda que preliminar, de suposto cometimento de irregularidade disciplinar, o(s) integrante(s) de investigação preliminar ou de investigação patrimonial ou de comissão de sindicâncias investigativa ou patrimonial, obrigatoriamente, representarão à autoridade instauradora, propondo instauração de procedimento disciplinar, conforme determina o *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990. Desta maneira, não é recomendável que este(s) servidor(es), consubstanciando-se em representante(s), e tendo exarado em sua informação disciplinar ou em seu relatório convicção formada unilateralmente, sem participação contraditória do servidor, atue(m) no consecutivo rito contraditório (seja como integrante(s) da comissão, seja como autoridade instauradora, que determina a instauração e/ou que apenas atue nas prorrogações e designações de novas comissões), conforme também pontua a doutrina, inclusive da CGU.

*“Tema ainda relevante dentro dos trabalhos realizados a título de procedimentos investigativos, quer tenham sido feitos sob a forma de Investigação Preliminar, Sindicância Investigativa ou Sindicância Patrimonial, é a recomendação no sentido de que os servidores que atuaram nesses feitos não integrem as eventuais comissões de processos punitivos instaurados para apurar os mesmos fatos, quais sejam, Sindicância Contraditória ou Processo Administrativo Disciplinar, especialmente naqueles casos em que o relatório da comissão prévia tenha sido categórico em especificar as condutas tidas como irregulares.*

*Tal recomendação estende-se, inclusive, aos servidores que tenham atuado em*

*auditorias e congêneres, posto que todos esses agentes já possuem sua convicção praticamente definida sobre a materialidade e autoria, convicção essa que foi formada sem o contraditório e a ampla defesa. Tudo isso com vistas a evitar futuras alegações de prejulgamento por parte dos membros das comissões disciplinares.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 68 e 69, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

*“A sindicância própria, de caráter investigatório, pode ser conduzida por um único sindicante ou por uma comissão constituída por funcionários, estáveis ou não (...). Resultando o apuratório em processo administrativo, de qualquer formato, não poderá nele atuar quem praticou atos ou diligências na fase investigatória.” Léo da Silva Alves, “Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas”, pg. 27, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005*

Passa-se agora à sucinta descrição de cada um dos quatro procedimentos de investigação.

#### **2.5.3.2.1 - Investigação Preliminar**

Iniciando-se a descrição mais detalhada pela investigação preliminar, eis que, de acordo com o inciso I do art. 4º e os arts. 6º a 9º, todos da Portaria CGU nº 335, de 30 de maio de 2006, e também com a manifestação doutrinária do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), a investigação preliminar é definida como o procedimento administrativo sigiloso, desenvolvido de ofício ou à vista de representação ou denúncia (inclusive anônima), com o fim de verificar o cabimento da instauração de rito disciplinar ou o liminar arquivamento da notícia. Destaque-se que a norma não impõe delimitação fático-material; ou seja, o procedimento de investigação em tela pode ser empregado para identificação de indícios de materialidade e de autoria de fatos irregulares de qualquer natureza. Explica-se o fato de a investigação preliminar possuir rito sigiloso (como sinônimo de não contemplar publicidade) a favor da Administração com a assertiva de que, sob tal cautela, se visa a preservar a viabilidade e a operacionabilidade da elucidação do fato e a priorizar o interesse público que move a atuação estatal, agregando-se ainda as constatações de que esta fase busca apenas coletar elementos para subsidiar a decisão de instaurar ou não processo disciplinar, sem fim acusatório e muito menos punitivo, e, portanto, não havendo a quem conceder prerrogativas de contraditório - em assertivas que, a rigor aplicam-se não só a este procedimento de investigação mas também aos demais três que ainda se detalharão a seguir.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 4º Para os fins desta Portaria, ficam estabelecidas as seguintes definições:*

*I - investigação preliminar: procedimento sigiloso, instaurado pelo Órgão Central e pelas unidades setoriais, com objetivo de coletar elementos para verificar o cabimento da instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar;*

*Art. 6º A investigação preliminar é procedimento administrativo sigiloso, desenvolvido no âmbito do Órgão Central e das unidades setoriais, com objetivo de coletar elementos para verificar o cabimento da instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar, e será iniciada mediante determinação do Ministro de Estado do Controle e da Transparência, do Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União, do Corregedor-Geral ou dos Corregedores-Gerais Adjuntos.*

*§ 1º A investigação preliminar será realizada de ofício ou com base em denúncia ou representação recebida que deverá ser fundamentada, contendo a narrativa dos fatos em linguagem clara e objetiva, com todas as suas circunstâncias, a individualização do servidor público envolvido, acompanhada*

*de indício concernente à irregularidade ou ilegalidade imputada.*

*§ 2º A denúncia que não observar os requisitos e formalidades prescritas no parágrafo anterior será arquivada de plano, salvo se as circunstâncias sugerirem a apuração de ofício.*

*§ 3º A denúncia cuja autoria não seja identificada, desde que fundamentada e uma vez que contenha os elementos indicados no § 1º, poderá ensejar a instauração de investigação preliminar.*

*Art. 7º O titular da unidade setorial assegurará à investigação preliminar o sigilo que se faça necessário à elucidação do fato ou que decorra de exigência do interesse público.*

*Art. 8º A investigação preliminar deverá ser concluída no prazo de sessenta dias, sendo admitida prorrogação por igual período.*

*Art. 9º Ao final da investigação preliminar, não sendo caso de arquivamento, o titular da unidade setorial deverá instaurar ou determinar a abertura de sindicância, inclusive patrimonial, ou de processo administrativo disciplinar.*

*§ 1º O arquivamento de investigação preliminar iniciada no Órgão Central ou nas unidades setoriais será determinado pelo Corregedor-Geral, podendo essa atribuição ser objeto de delegação, vedada a subdelegação. (Redação dada pela Portaria CGU nº 1.099, de 6 de agosto de 2007)*

*§ 2º A decisão que determinar o arquivamento da investigação preliminar deverá ser devidamente fundamentada e se fará seguir de comunicação às partes interessadas.*

*“Apesar de a leitura do mencionado inciso sugerir que tal procedimento se dê apenas no âmbito da Corregedoria-Geral da União (Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal) e de suas Corregedorias Setoriais (Unidades Setoriais), esclareça-se que não há impedimento à sua livre utilização pelos Órgãos ou Entidades (Unidades Seccionais) ou mesmo a que essa norma seja replicada nos seus respectivos ordenamentos internos, a menos que já possuam ferramentas distintas para tais fins nesses mesmos ordenamentos; sendo esse o caso, deverão ser utilizados os instrumentos estabelecidos nas normas específicas da Unidade Seccional, como prevê o parágrafo único do art. 5º da Portaria CGU nº 335. (...)*

*Quanto às demais formalidades a serem aplicadas quando da instauração e da condução da Investigação Preliminar, não existe qualquer determinação na Portaria CGU nº 335/2006, razão pela qual a forma de instauração do instituto sob exame, bem como da condução dos trabalhos, ficam a cargo da autoridade que a instaurar e de quem for designado para a sua execução, respectivamente, contanto que se mantenham preservadas suas características essenciais, quais sejam: a) sigilo; b) viés meramente investigativo, portanto, sem possibilidade de dar ensejo a punições; e c) prescindibilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa.*

*Logo, a autoridade competente, mediante qualquer ato designativo, publicado ou não, pode instaurar a Investigação Preliminar para apurar notícia de irregularidade que tenha chegado ao seu conhecimento. Já quanto à eventual composição de comissão para a realização das investigações, note-se o seguinte: apesar de não haver, na citada portaria, regramento expresso relativo aos servidores que podem realizar esse trabalho, entende-se que, uma vez estabelecido que a Sindicância Investigativa pode ser conduzida por um ou mais servidores, estáveis ou não (art. 12, § 1º), tal entendimento também pode ser aplicado à Investigação Preliminar, por analogia.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 69 a 71, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Trazendo a discussão para o foro específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), eis que esta conceituação de investigação preliminar também encontra reflexo no inciso I do art. 3º e no art. 5º, ambos da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013. Se,

por um lado, mantiveram-se as características de ser um procedimento de investigação sigiloso e de início determinado em razão de iniciativa própria da Administração ou de qualquer forma de notícia e apenas preparatório para a instauração de ritos investigativos mais detalhados ou para a instauração da instância disciplinar, por outro lado, a Portaria MF nº 492, de 2013, ao refletir o conceito de investigação preliminar no âmbito restrito do Ministério da Fazenda (MF), já o fez adotando algumas especificidades. Primeiramente, de forma óbvia, adequou-se que a investigação preliminar se inicia por determinação do Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor), como regra geral, ou do Corregedor, excepcionalmente. E também a norma ministerial tratou com menor rigor a deflagração do procedimento de investigação em tela, não mencionando a necessidade de ato de instauração, mas sim mencionando simplesmente o seu início por determinação das autoridades correcionais e a sua condução pelas unidades correcionais, e tampouco estabeleceu prazo de conclusão (não sendo vinculante para o sistema correcional da RFB o comando do art. 8º da Portaria CGU nº 335, de 2006, de que a investigação preliminar, no âmbito da CGU, deva ser concluída no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período).

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 3º Para os fins desta Portaria, ficam estabelecidos os seguintes procedimentos correcionais no âmbito do Ministério da Fazenda:*

*I - investigação preliminar: procedimento sigiloso, conduzido pela Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda e pela Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil, com objetivo de coletar elementos para verificar o cabimento da instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar;*

*Art. 5º A investigação preliminar será iniciada mediante determinação do Ministro de Estado da Fazenda, do Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda, do Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil ou das demais autoridades instauradoras de processos administrativos disciplinares, conforme previsto nos respectivos regimentos internos.*

*§ 1º A investigação preliminar será realizada de ofício ou com base em recebimento de denúncia, representação ou notícias de irregularidades.*

*§ 2º Ao final da investigação preliminar, não sendo caso de arquivamento, a autoridade competente deverá instaurar ou determinar a abertura de sindicância investigativa, de sindicância patrimonial, de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar.*

O certo é que a investigação preliminar não possui rito expressamente definido em nenhuma norma interna da Coger, podendo ser procedimentalizada pelo grupo de investigação disciplinar tanto em decorrência de pedido de pesquisa pontual ou aprofundada pelo Chefe de Escor ou pelo Chefe da Divisão de Investigação Disciplinar (Divid) quanto por provocação diretamente apresentada pelo grupo de assessoramento. Diante da discricionariedade instrumental do procedimento, sem norma que preveja seu rito, os pedidos tanto podem se dar por meio do correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002) ou por meio de despacho das chefias bem como por meio de redistribuição ao grupo de investigação disciplinar.

Se é livre a instrumentalidade deste procedimento de investigação, também é bastante extensa a sua potencialidade de alcance material. Isto porque o conceito amplo de investigação preliminar comporta tanto as pontuais ou aprofundadas pesquisas em qualquer processo de trabalho da RFB (tais como de controle aduaneiro, de fiscalização, de atendimento, de arrecadação, de gestão do crédito tributário, dentre outros); como também, de forma ainda mais residual, abarca as mais simples pesquisas sobre condutas funcionais, sejam de natureza técnica em alguma área de atuação fiscal ou administrativa, seja até mesmo de mera postura comportamental; e, por fim, até pode ser empregado mesmo para pesquisa prévia de interesse patrimonial em um estágio ainda tão incipiente que não justifique o emprego de sindicância patrimonial.

No sentido mais frequente do emprego do instituto, pode-se lançar mão de investigação preliminar quando se quer identificar indícios de materialidade e de autoria em suposta(s) ilicitude(s) cometida(s) por um ou mais de um determinado(s) agente(s), deflagrando-se a partir de uma notícia inicial possuidora de algum grau de delimitação objetiva ou subjetiva, ainda que abarcando um foco abrangente de condutas ou de agentes. Assim, como a investigação foca-se no esclarecimento de uma notícia inicial acerca de determinado(s) agente(s) e de determinada(s) conduta(s), pode-se dizer que, decerto, o conhecimento da suposta irregularidade em tela, neste caso, advém de notícia de fato conhecido, independentemente de esta notícia indicar única conduta de único agente ou demarcar extenso conjunto de condutas de inúmeros agentes identificados (mas, em todo caso, trata-se de uma notícia sem grau de determinismo a ponto de justificar a instauração de um procedimento investigativo mais aprofundado e muito menos a instauração da instância disciplinar).

Mas há também uma segunda possibilidade, menos frequente, de emprego do instituto da investigação preliminar, englobando, de forma residual, qualquer tipo de procedimento voltado indistintamente para uma determinada atividade, praxe ou conduta que possa ser praticada por um extenso e *a priori* não delimitado universo de agentes, e, como tal, dissociada de qualquer critério movido pela prévia individualização de algum ou de alguns servidores. A investigação preliminar desta espécie, em geral, associa-se a um gerenciamento de risco potencial (baseado em vulnerabilidades normativas ou ambientais ou em casos de desvio já conhecido para se constatar se se repetem em outras unidades) de cometimento de determinada(s) ilicitude(s), sem prévia delimitação objetiva ou subjetiva (ou seja, pode ser deflagrada sem uma precisa demarcação das condutas e dos agentes a serem investigados). Como tal, pode decorrer tão somente da espontânea e de ofício percepção da autoridade designadora de que determinada situação, à margem de individualização de autores, possa envolver risco infracional, sem qualquer notícia inicial; ou pode também decorrer de uma notícia genérica de suposta prática infracional sem apontar autores e, portanto, não justificadora de imediato rito disciplinar; ou pode ainda decorrer de uma notícia focada sobre determinado(s) servidor(es) ou conduta(s) mas que, ao final, resta extrapolada pela diligência da Administração, por esta perceber um risco além da individualização inicial, descartando-se aquela provocação inicial para se buscar um alcance objetivo ou subjetivo maior que o noticiado.

Assim, de uma forma ou de outra (sequer havendo notícia inicial ou, se havendo, tendo ela sido descartada), tem-se que este segundo tipo de investigação preliminar marca-se pelos fatos da inespecificidade objetiva e subjetiva e de que o conhecimento da suposta irregularidade, neste caso, advém de pesquisas oriundas (quando não há notícia inicial) ou realizadas (quando se descarta a notícia inicial) internamente no próprio sistema correccional, sendo certo que, ao tempo de seu início, não se dispõe de elementos que justifiquem a instauração de um procedimento investigativo mais aprofundado e muito menos a instauração da instância disciplinar. Importa destacar que, tendo se originado de um procedimento geral e impessoal para todo o corpo funcional ou para uma parcela dele ou tendo se originado de notícia concreta, este tipo de investigação preliminar é totalmente desvinculado das atividades e planejamentos da Coordenação-Geral de Auditoria Interna (Audit).

#### ***2.5.3.2.2 - Sindicância Investigativa***

Quanto à sindicância investigativa (também chamada de preparatória ou inquisitorial), de imediato, é de se esclarecer que, historicamente, na doutrina do Direito Administrativo, à margem de definição legal, o termo “sindicância” sempre foi empregado para se referir à investigação de qualquer fato supostamente ocorrido, acerca de qualquer matéria de que trate a Administração Pública - não necessariamente para apurar irregularidade disciplinar cometida por servidor -, de que se teve conhecimento de forma genérica, sem prévia e precisa

indicação de materialidade e de autoria. Daí, em geral, nesta acepção, o termo refere-se a procedimento administrativo investigativo (ou preparatório) discricionário (sem rito previsto em norma, à margem do devido processo legal), de natureza inquisitorial (sem a figura de acusado a quem se conceder ampla defesa e contraditório) e sigiloso (que não comporta publicidade), instaurado com o fim de investigar fatos e coletar elementos indiciários preliminares ou qualquer situação que destoe da regularidade do serviço público, conforme doutrina, inclusive da lavra do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU).

*“Dessa forma, tem-se que não há um rito próprio e preestabelecido em todos os detalhes para a Sindicância Investigativa, resultando daí que tanto a autoridade instauradora quanto o(s) sindicante(s) (servidor(es) designado(s) para a condução dos trabalhos) estão dispensados de seguirem uma rígida rotina no desempenho de seus misteres, observando-se a mesma orientação disposta no tópico da Investigação Preliminar, qual seja, a indispensável manutenção de suas características essenciais: a) sigilo; b) caráter investigativo; e c) prescindibilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 73, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

*“A investigação pode abranger: falta funcional; desaparecimento de objetos; qualidade dos serviços; irregularidades praticadas por empresas contratadas; comportamento de empregados de empresas que prestam serviço terceirizado; funcionários cedidos e estagiários; acidentes; fragilidades dos sistemas de controle; (...) inobservância ou inadequação de normas; terceiros em atividades suspeitas na repartição. (...)*

*A sindicância de natureza investigatória está para o processo disciplinar como o inquérito policial está para o processo penal. Deve, por consequência, ser desenvolvida com meios eficientes e legítimos de apuração, a fim de oferecer à autoridade administrativa, se for o caso, os elementos que representem materialidade e autoria, indispensáveis à instauração de processo disciplinar. A sindicância também é o meio adequado para esclarecer quaisquer outras circunstâncias que comprometam a regularidade do serviço público, incluindo-se, aqui, questões relacionadas a empregados de empresas que prestam serviço terceirizado, contratos administrativos, vulnerabilidade de normas e procedimentos e interferência de terceiros nas ações administrativas. Do relatório, serão articuladas as providências, que podem incluir, por exemplo, rescisão de contrato administrativo, adoção de medidas gerenciais de prevenção ou correção, modificação de normas, tomada de contas especial e ciência ao Ministério Público.” Léo da Silva Alves, “Sindicância Investigatória”, pgs. 18 e 23, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005*

Esta sindicância investigativa, que pode ser instaurada por qualquer autoridade administrativa, não é prevista na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e, como tal, não se confunde com a sindicância disciplinar (ou contraditória ou punitiva ou autônoma ou acusatória ou apuratória), prevista no *caput* do art. 143 e no art. 145, ambos daquele diploma legal e que, de forma excludente, somente pode ser instaurada por autoridade competente para a matéria correcional. Na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), qualquer titular de unidade é regimentalmente competente para instaurar sindicância investigativa no âmbito de sua jurisdição.

Conforme já mencionado anteriormente, além desta conceituação genérica e doutrinária do Direito Administrativo, a sindicância investigativa ganhou definição no inciso II do art. 4º da Portaria CGU nº 335, de 30 de maio de 2006, refletida no inciso II do art. 3º da Portaria MF nº 492, de 29 de setembro de 2013, na hipótese que aqui mais interessa como um procedimento de investigação possível de ser empregado em subfase investigativa da fase de

admissibilidade, para a identificação de irregularidades funcionais, nos termos expressamente elencados no art. 2º da Portaria Coger-MF nº 24, de 2013.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 4º Para os fins desta Portaria, ficam estabelecidas as seguintes definições:*

*II - sindicância investigativa ou preparatória: procedimento preliminar sumário, instaurada com o fim de investigação de irregularidades funcionais, que precede ao processo administrativo disciplinar, sendo prescindível de observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa;*

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 3º Para os fins desta Portaria, ficam estabelecidos os seguintes procedimentos correccionais no âmbito do Ministério da Fazenda:*

*II - sindicância investigativa ou preparatória: procedimento preliminar de caráter sigiloso e inquisitorial, instaurado com o fim de investigar irregularidades de natureza disciplinar, que precede a sindicância disciplinar ou o processo administrativo disciplinar;*

Neste rumo mais específico de emprego como ato preparatório e antecedente à instância disciplinar, na qual sempre se busca a identificação do binômio materialidade e autoria de infração estatutária, a sindicância investigativa pode figurar como um procedimento de investigação de que a Administração dispõe para quando se sabe da ocorrência de fato supostamente irregular ou mesmo meramente anômalo mas ainda se revela necessário identificar a autoria de início totalmente desconhecida ou quando a própria materialidade da suposta infração ainda se demonstra inicialmente demasiado incerta, à vista apenas de frágeis indícios ou por ter sido apenas superficialmente noticiada. Nestes casos, com amparo jurisprudencial, pode a sindicância investigativa ser empregada já como primeiro procedimento para inaugurar uma nova fase de admissibilidade ou instruindo uma fase de admissibilidade já em curso, sobretudo quando a matéria em tela requer maior formalidade para o executor, permitindo que este se porte diante dos demais agentes ou entidades internos ou externos à Administração não mais como um integrante monocrático do grupo de investigação disciplinar, mas sim como o detentor de uma espécie de mandado (a portaria designadora) exarado pela autoridade designadora.

*STF, Mandado de Segurança nº 22.791: “Ementa: A estrita reverência aos princípios do contraditório e da ampla defesa só é exigida, como requisito essencial de validade, assim no processo administrativo disciplinar, como na sindicância especial que lhe faz às vezes como procedimento ordenado à aplicação daquelas duas penas mais brandas, que são a advertência e a suspensão por prazo não superior a trinta dias. Nunca, na sindicância que funcione apenas como investigação preliminar tendente a coligir, de maneira inquisitorial, elementos bastantes à imputação de falta ao servidor, em processo disciplinar subsequente.”*

*STF, Mandado de Segurança nº 22.888: Voto: “(...) No caso concreto, (...) teve-se a sindicância, que chamei de ‘procedimento unilateral inquisitivo’.*

*(...) o art. 143, ao prever a sindicância, fala em ampla defesa.*

*Mas, a meu ver, o sistema - se é que se pode chamar de sistema esse aglomerado de dispositivos da Lei 8.112 - leva-nos a interpretar cum grano salis essa alusão à ampla defesa. Ela frequentemente não pode ser facultada desde o início, porque a sindicância pode ter por objeto buscar, já não digo a prova, mas indícios, elementos informativos sobre a existência da irregularidade de que se teve vaga notícia e de quem possa ser o seu autor, para que, aí sim, resultar, se a falta é grave, na instauração do processo, com a imprescindível notificação inicial para que o acusado acompanhe toda a instrução, esta, iniludivelmente contraditória. Nesse caso, não faria efetivamente sentido - que a essa sindicância - que se destina unicamente a concretizar uma imputação, a ser objeto de uma instrução contraditória futura - que já se exigisse fosse ela contraditória. (...)”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.983: “Ementa: 1. A sindicância que vise apurar a ocorrência de infrações administrativa, sem estar dirigida, desde logo, à aplicação de sanção, prescinde da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, por se tratar de procedimento inquisitorial, prévio à acusação e anterior ao processo administrativo disciplinar.”*  
*Idem: STJ, Mandados de Segurança nº 10.827, 10.828 e 12.880*

Esta sindicância investigativa a ser empregada como um procedimento sigiloso em fase de admissibilidade pode ser instaurada por meio de ato de desnecessária publicidade, designando-se apenas um sindicante ou uma comissão com número de integrantes a critério da autoridade competente, conforme permite o § 1º do art. 12 da Portaria CGU nº 335, de 2006. Acrescente-se que a instauração da sindicância investigativa não tem o condão de interromper a prescrição disciplinar, nos termos estabelecidos no § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990. Não obstante, a sindicância investigativa, por falta de rito definido em qualquer norma, pode adotar, extensivamente, no que cabível, os institutos, procedimentalização e prazos da sindicância disciplinar.

A sindicância investigativa, além de poder servir como meio preparatório (mas não necessário) para a sindicância disciplinar ou o processo administrativo disciplinar (PAD), pode ser aplicada em qualquer outra circunstância anômala que comprometa a regularidade do serviço público. Assim, o seu relatório tanto pode recomendar instauração de rito disciplinar, como também pode esclarecer fatos, orientar a autoridade sobre falhas e lacunas normativas ou operacionais ou em hipótese de responsabilidade difusa (quando não se tem elementos para individualizar a responsabilidade), propor alteração ou rescisão de contratos de terceirizados e de prestadores de serviços em geral, instauração de tomada de contas especial (TCE, abordada no **Anexo III**), recomendar medidas de gestão de pessoal ou de gerência administrativa, alteração do ordenamento e criação ou aperfeiçoamento de rotinas e de sistemas internos de controle.

#### **2.5.3.2.3 - Sindicância Patrimonial**

Aplicando-se a conceituação doutrinária de sindicância investigativa extraída do Direito Administrativo especificamente para o foco patrimonial, tem-se a sindicância patrimonial. Conforme se exporá detalhadamente em **4.7.4.4.4**, a sindicância patrimonial é um procedimento sigiloso e não punitivo, disciplinado pelo *caput* do art. 8º e pelo art. 9º, ambos do Decreto nº 5.483, de 30 de junho de 2005, com definição no inciso V do art. 4º da Portaria CGU nº 335, de 30 de maio de 2006, e no inciso V do art. 3º e no art. 6º, ambos da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que se instaura com o fim específico e exclusivo de investigar indícios de enriquecimento ilícito de determinado servidor (infrações de outras naturezas funcionais ou comportamentais devem ser objeto de representação à parte para a autoridade instauradora, bem como ilícitos de seara tributária devem ser remetidos para autoridade fiscal e somente se cogita de coinvestigados nas hipóteses de dois servidores comporem união conjugal ou união estável).

*Decreto nº 5.483, de 2005 - Art. 8º Ao tomar conhecimento de fundada notícia ou de indícios de enriquecimento ilícito, inclusive evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do agente público, nos termos do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, a autoridade competente determinará a instauração de sindicância patrimonial, destinada à apuração dos fatos.*

*Art. 9º A sindicância patrimonial constituir-se-á em procedimento sigiloso e meramente investigatório, não tendo caráter punitivo.*

*§ 1º O procedimento de sindicância patrimonial será conduzido por comissão composta por dois ou mais servidores ou empregados efetivos de órgãos ou entidades da administração federal.*

*§ 2º O prazo para conclusão do procedimento de sindicância patrimonial será de trinta dias, contados da data da publicação do ato que constituir a comissão,*

*podendo ser prorrogado, por igual período ou por período inferior, pela autoridade competente pela instauração, desde que justificada a necessidade.*

*§ 3º Concluídos os trabalhos da sindicância patrimonial, a comissão responsável por sua condução fará relatório sobre os fatos apurados, opinando pelo seu arquivamento ou, se for o caso, por sua conversão em processo administrativo disciplinar.*

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 4º Para os fins desta Portaria, ficam estabelecidas as seguintes definições:*

*V - sindicância patrimonial: procedimento investigativo, de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agente público federal, à vista da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades;*

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 3º Para os fins desta Portaria, ficam estabelecidos os seguintes procedimentos correccionais no âmbito do Ministério da Fazenda:*

*V - sindicância patrimonial: procedimento investigativo, de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agente público federal, à vista da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades.*

*Art. 6º A sindicância patrimonial será iniciada mediante determinação do Ministro de Estado da Fazenda, do Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda, do Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil ou das demais autoridades instauradoras de processos administrativos disciplinares, conforme previsto nos respectivos regimentos internos.*

Da mesma forma que a sindicância investigativa, a sindicância patrimonial é um procedimento de investigação possível de ser empregado em subfase investigativa da fase de admissibilidade, para a identificação de indícios de enriquecimento ilícito, nos termos também expressamente elencados no art. 2º da Portaria Coger-MF nº 24, de 29 de outubro de 2013. Ademais, encontra regulação no âmbito ministerial na Portaria Coger-MF nº 25, de 29 de outubro de 2013, e regulamentação interna na Portaria Coger nº 13, de 30 de janeiro de 2014.

*Portaria Coger MF nº 25, de 2013 - Art. 1º Constitui procedimento formal à disposição da Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda e da Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil, para a análise da evolução patrimonial dos servidores em exercício no Ministério da Fazenda e na Secretaria da Receita Federal do Brasil, a sindicância patrimonial instituída pelo Decreto nº 5.483, de 2005.*

*Art. 2º A sindicância patrimonial é procedimento investigativo, de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito, que será iniciado mediante determinação do Ministro de Estado da Fazenda ou do Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda, de ofício ou a partir de denúncia, notícia ou representação de irregularidades envolvendo servidores em exercício no Ministério da Fazenda.*

*Parágrafo único. O procedimento de sindicância patrimonial envolvendo servidores em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil será iniciado mediante determinação do Corregedor ou dos Chefes dos Escritórios de Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

*Portaria Coger nº 13, de 2014 - Art. 1º Constitui procedimento formal à disposição da Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil, para a análise da evolução patrimonial dos servidores em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil, a sindicância patrimonial instituída pelo Decreto nº 5.483, de 2005.*

*Art. 2º A sindicância patrimonial é procedimento investigativo, de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito, que será iniciado mediante determinação do Corregedor ou dos Chefes dos Escritórios de Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil, de*

*ofício ou a partir de denúncia, notícia ou representação de irregularidades envolvendo servidores em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

Diferentemente da investigação patrimonial (que, conforme adiante se apresentará, advém da submissão periódica de todo o quadro de servidores a um conjunto técnico e impessoal de parâmetros *a priori* indicadores de enriquecimento ilícito), a sindicância patrimonial é deflagrada a partir de denúncia ou representação ou qualquer espécie de notícia de indícios de suposto enriquecimento ilícito por um determinado servidor, individualmente. E tão vasta é a gama de notícias possíveis para se deflagrar uma sindicância patrimonial que este rito investigativo individualizado pode decorrer do procedimento sistemático da investigação patrimonial. Em outras palavras, não são apenas denúncias ou representações formuladas isoladas e pontualmente em face de um único servidor que podem deflagrar uma sindicância patrimonial: de um procedimento extenso e abrangente de investigação patrimonial pode redundar diversas sindicâncias patrimoniais, uma para cada servidor que venha a ser selecionado ao final daquele primeiro rito geral e impessoal.

Em todo caso, independentemente da motivação de origem, compete à comissão de sindicância, composta por dois ou mais membros, proceder a atos de instrução e, ao final, em seu relatório, propor arquivamento ou instauração de processo administrativo disciplinar (PAD), tendo para isto o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período.

#### **2.5.3.2.4 - Investigação Patrimonial**

A investigação patrimonial é prevista, sem este nome jurídico, no art. 8º da Portaria MF nº 492, de 29 de setembro de 2013, e regulamentada pela Portaria Coger-MF nº 26, de 30 de outubro de 2013, como um procedimento de investigação para acompanhamento periódico e sistemático da evolução patrimonial de todo o quadro de servidores do Ministério da Fazenda (MF) e da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 8º A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda e a Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil efetuarão periódico e sistemático acompanhamento e investigação da evolução patrimonial dos servidores em exercício no âmbito deste Ministério, na forma do art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.*

*Portaria Coger-MF nº 26, de 2013 - Art. 1º A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda e a Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil efetuarão periódico e sistemático acompanhamento da evolução patrimonial dos servidores do Ministério da Fazenda e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, a fim de verificar indícios de enriquecimento ilícito. Parágrafo único. A análise da evolução patrimonial, de caráter investigativo e sigiloso, será realizada com base em critérios gerais e objetivos e em parâmetros técnicos e impessoais definidos pelo Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda e pelo Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil, a serem aplicados aos servidores do Ministério da Fazenda e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, respectivamente.*

Especificamente no âmbito da RFB, a investigação patrimonial é disciplinada pela Portaria Coger nº 32, de 26 de abril de 2016, conforme melhor se exporá em **4.7.4.4.4**. É um procedimento inquisitorial e sigiloso, cujas análises se dão com base em um conjunto de critérios gerais e objetivos e de parâmetros técnicos e impessoais, similares a uma malha fiscal, definidos pelo Corregedor. Após a submissão indistinta de todo o quadro funcional a este conjunto de critérios e de parâmetros, compete à Divisão de Investigação Disciplinar (Divid) proceder a uma primeira triagem dos casos que de imediato indicam mero desajuste fiscal; na sequência deste trabalho depuratório, selecionar os servidores com indícios de enriquecimento ilícito; e, por fim, indicar ao Corregedor, por meio de informações disciplinares individualizadas, aqueles investigados que, de per si, devem ser submetidos ao

rito investigativo próprio e aprofundado da sindicância patrimonial. Ou seja, conforme os arts. 1º a 3º da citada norma, a investigação patrimonial é um procedimento de alcance geral e de aplicação prévia e que não tem um fim em si mesmo, mas sim de redundar na instauração de algumas sindicâncias patrimoniais. Igualmente à sindicância patrimonial, eventual detecção de indícios de outras naturezas funcionais ou comportamentais devem ser objeto de representação à parte para a autoridade instauradora, bem como deve ser provocada a autoridade fiscal à vista de irregularidades de exclusivo interesse tributário.

*Portaria Coger nº 32, de 2016 - Art. 1º A Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil efetuará periódico e sistemático acompanhamento da evolução patrimonial dos servidores em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), a fim de verificar indícios de enriquecimento ilícito.*

*Art. 2º O acompanhamento da evolução patrimonial, de caráter investigativo e sigiloso, será realizado com base em critérios gerais e objetivos e em parâmetros técnicos e impessoais, fixados pelo Corregedor da RFB, a serem aplicados aos servidores da RFB.*

*Parágrafo único. A Divisão de Investigação Disciplinar será responsável pela seleção e indicará, em termo individualizado, os servidores que apresentarem indícios de enriquecimento ilícito.*

*Art. 3º Os servidores referidos no parágrafo único do artigo anterior serão objeto da sindicância patrimonial prevista na Portaria Coger nº 013, de 30 de janeiro de 2014, a ser instaurada pelo Corregedor da RFB.*

No rigor teórico, este procedimento denominado internamente de investigação patrimonial pode ser considerado incluído naquela segunda espécie mais residual de investigação preliminar, em razão da amplidão do universo subjetivo, pois, diferentemente da sindicância patrimonial (que decorre de notícia de caso concreto envolvendo determinado servidor), de ofício, volta-se de forma indistinta a todo o quadro funcional do órgão.

Então, à vista do exposto ao longo deste tópico, a investigação patrimonial, como expressão doutrinária exclusiva da RFB como síntese do acompanhamento periódico e sistemático da evolução patrimonial do quadro funcional, se soma aos três procedimentos de investigação de que tratam as normas mais genéricas (a Portaria CGU nº 335, de 2006, a Portaria MF nº 492, de 2013, e a Portaria Coger-MF nº 24, de 29 de outubro de 2013), a saber, a investigação preliminar, a sindicância investigativa e sindicância patrimonial. Como tal, estão todos estes quatro ritos aptos a figurarem como procedimento de investigação na subfase investigativa da fase de admissibilidade, lembrando que da investigação patrimonial podem decorrer sindicâncias patrimoniais.

### **2.5.3.3 - Ferramentas Investigativas Válidas na Fase de Admissibilidade**

Na hipótese de a peça inicial se mostrar inconclusa e insuficiente para embasar a decisão da autoridade instauradora de arquivar liminarmente o feito ou de instaurar o rito disciplinar, a fase de admissibilidade deve se concretizar e ser devidamente instruída com todas as diligências, averiguações ou qualquer outro tipo de procedimento realizado no curso da sua subfase investigativa, a fim de amparar, com o máximo possível de informações internas e externas, aquela relevante cognição da autoridade.

Por um lado, em admissibilidade negativa, no caso de se deparar com ausência de indícios de materialidade ou de autoria, os esforços despendidos na subfase investigativa não são em vão, visto que fornecem o devido respaldo para que a autoridade instauradora - de certa forma contrária ao que lhe importaria o *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 - proceda ao liminar arquivamento da representação ou da denúncia, sem instaurar o rito contraditório, à margem de eventuais questionamentos futuros. É preciso admitir que, em fase de admissibilidade, propor o arquivamento do feito, de certa forma é como descumprir a postura apriorística da Lei, que, em harmonia com o primado do *in dubio*

*pro societate* ora atuante, tem como regra geral a instauração do rito disciplinar. Daí, à vista da possibilidade de futuramente a autoridade instauradora se deparar com questionamentos acerca da motivação de ter procedido a arquivamento de determinada notícia (questionamento por parte do Ministério Público Federal - MPF, por exemplo), faz-se indispensável autuar a mais rica instrução amparadora possível.

Por outro lado, em admissibilidade positiva, pode-se afirmar que o ideal de se empregarem procedimentos de investigação na subfase investigativa (embora nem sempre seja possível atingi-lo) é que se consiga atingir o esclarecimento acerca da ocorrência do fato ilícito. Em outras palavras, neste caso, a decisão de instaurar a instância disciplinar já segue instruída com indícios robustecidos da materialidade e da autoria da irregularidade, de forma que, no processo disciplinar propriamente dito, a comissão processante possa se concentrar tão somente na tentativa de elucidar as condicionantes do cometimento daquele fato (tais como as justificativas de sua ocorrência e o ânimo subjetivo do autor - se culpa ou dolo).

É necessário aduzir que nem mesmo a sindicância disciplinar e muito menos o processo administrativo disciplinar (PAD), uma vez instaurados - e com todos os ônus daí decorrentes - devem ser equivocadamente entendidos como o foro para investigações. Os ritos disciplinares devem ser instaurados tão somente depois de esgotadas as investigações elucidadoras de indícios de materialidade e de autoria. O esgotamento de tais investigações deve ser buscado na fase de admissibilidade, a fim de poupar tanto a Administração quanto o servidor dos ônus decorrentes da precipitada instauração.

Atingindo tal grau de refinamento na fase de admissibilidade, sem dúvida haverá duas repercussões positivas: a primeira, de evitar instaurações inócuas (em que os primeiros atos do oneroso inquérito administrativo já seriam suficientes para o deslinde), com o imediato arquivamento da representação ou denúncia; e a segunda, de, no caso de se instaurar, a comissão já ter, como ponto de partida, um rumo apuratório a prosseguir e antecipada parte de seus trabalhos.

Portanto, se, independentemente da origem, a notícia chegou à autoridade de forma vaga e imprecisa acerca da materialidade ou da autoria, mas não é de todo descartável, busque-se seu refinamento por meio dos procedimentos de investigação já listados em **2.5.3.2** e a serem instruídos pelas ferramentas de pesquisa que a seguir se apresentação, o que, se bem sucedido, pode vir recomendar a formal instauração da instância disciplinar ou o arquivamento liminar da peça inicial.

Em princípio, sem ser uma regra fixa, pode se supor que as tais pesquisas se façam mais necessárias em fase de admissibilidade decorrentes de denúncias de particulares, de denúncias anônimas ou divulgadas pela mídia do que nos casos em que decorrem de representações funcionais ou de representações encaminhadas por autoridades de outros órgãos públicos, nas quais se pode presumir que seu subscritor, como agente público, naturalmente detenha maior habilidade e intimidade no manejo de ferramentas investigativas (tais como telas de sistemas informatizados) e na elaboração de peça descritiva. Mas a regra é que, independentemente da origem da peça inicial, se realizem procedimentos de investigação, nem que sejam no sentido mais residual de investigações preliminares, instruídas com pesquisas de maior ou menor extensão e profundidade, dependendo da qualidade da provocação - com o fim de se propiciar amparo à decisão da autoridade instauradora.

Mas não é possível pré-estabelecer uma lista de atos de instrução a se realizar em fase de admissibilidade, pois cada caso em concreto pode ter diferentes análises e suscitar diferentes linhas de pesquisa. Este procedimento prévio tanto pode se reduzir a algumas trocas de documentos e informações ou instantâneas pesquisas em sistemas informatizados internos de uso cotidiano, quanto pode abarcar aprofundadas pesquisas em sistemas informatizados mais complexos, restritos e externos e até se estender, procedimentalmente, na forma dos ritos investigativos acima citados. Em princípio, pode-se apresentar como única regra geral acerca

do alcance probatório da fase de admissibilidade a possibilidade de serem realizados quaisquer atos instrucionais que, por sua própria natureza, não necessitem suprir imediato contraditório, já que não há que se cogitar de oferta de tal garantia constitucional a quem quer que seja nesta fase.

Ademais, conforme melhor se aduzirá em **2.5.6.1** e em **2.5.6.2.1**, estas pesquisas realizadas na fase de admissibilidade equivalem, de certa forma (há peculiaridades em razão dos distintos bens jurídicos tutelados), ao inquérito policial no processo penal. Como peças de instrução da fase de admissibilidade, são processadas internamente, de ofício e de forma inquisitorial e unilateral, sem acusação contraditória e caráter punitivo, de forma discricionária (sem rito legal). E ainda, a fase de admissibilidade é sigilosa, operando-se em grau reservado, de forma que, como regra geral, não se obriga a Administração a espontaneamente fornecer acesso, vista, cópia ou informação dos documentos ou elementos deste rito a quem quer que seja.

### ***2.5.3.3.1 - Pesquisas ou Ferramentas Básicas e Alguns Conceitos Gerais da Fase de Admissibilidade***

Conforme introdutoriamente já mencionado em **2.5.3.1**, quando se apresentaram os possíveis fluxos de tratamento em fase de admissibilidade, sobretudo ao alcance do grupo de assessoramento, apontam-se ferramentas de instrução cujo acesso e emprego não apresentam complexidade e não requerem conhecimentos técnicos e experiência profissional aprofundados em investigação.

Por exemplo, podem ser citados, em lista não exaustiva, a manifestação por escrito nos autos por parte do representado ou denunciado; a solicitação de documentos ou outras informações, ao representante ou denunciante; a solicitação, a colegas, chefia ou outras autoridades da unidade do representado ou denunciado ou a outras unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) ou a órgãos públicos ou entidades privadas, de documentos ou outras informações ou até mesmo de realização de diligências, inclusive na forma de consultas ou assistências técnicas à área técnica especializada, sobre aspectos procedimentais; o estudo de legislação de regência; as pesquisas simples em sistemas informatizados internos de uso cotidiano, tais como, a título de exemplos não exaustivos, o Sistema Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), o Sistema Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), o Sistema de Apoio às Atividades Administrativas (SA3), Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos (SIARH), o Sistema de Comunicação e Protocolo (Comprot) e o Sistema Integrado de Atendimento ao Contribuinte (Siscac) e a impressão dos respectivos extratos, inclusive de natureza fiscal; pesquisas na *intranet* institucional, em sítios eletrônicos da internet; e a juntada do resultado destes atos anteriores ou de quaisquer outros documentos ou meios lícitos de prova.

Especificamente no que diz respeito a acessos a sistemas e documentos fiscais, convém antecipar o que será exposto detidamente em **4.4.12.3**: não há que se opor sigilo fiscal a servidores da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB) lotados na Corregedoria (Coger) e nos Escritórios de Corregedoria (Escor), sejam no grupo de assessoramento, sejam no grupo de investigação disciplinar, ou integrantes do grupo de atividades correcionais e a quaisquer servidores no desempenho individual e monocrático das competências regimentais do sistema correcional, no que se inclui a instrução da fase de admissibilidade. Neste rumo, sobretudo para as pesquisas que se descreverão em **2.5.3.3.2**, é perfeitamente aceito na fase de admissibilidade o Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal de Diligência (TDPF-D), de que trata a Portaria RFB nº 1.687, de 17 de setembro de 2014, conforme se abordará em **4.4.6.1**.

Em princípio, não há expressa previsão legal para representado ou denunciado e para representante ou denunciante se manifestarem na fase de admissibilidade, nem mesmo por

escrito. Não obstante, a manifestação por escrito destas pessoas é uma prova indubitavelmente válida, não carregando nenhuma nulidade ao procedimento. Isto porque pode se demonstrar útil, diante de representação ou denúncia insuficientemente instruída, provocar, por escrito, o representante ou denunciante a refiná-la. Além disto, quando operacional e estrategicamente se justificar (quando a quebra da reserva e a perda do fator surpresa não impuserem riscos de destruição de provas, por exemplo), pode-se ter até a oportunização ao representado ou denunciado para se manifestar por escrito e agregar alegações ou provas que possam esclarecer a seu favor o teor da representação ou denúncia sob apreciação, sendo de se inferir que, uma vez provocado a se manifestar na fase de admissibilidade, ou seja, passando a saber da existência de pesquisas ou procedimentos de investigação contra si, muito provavelmente o servidor peticionará acesso aos autos.

Em síntese, a leitura atenta da lista acima de atos de instrução aceitos e até recomendáveis em fase de admissibilidade reflete que, a rigor, aceitam-se provas juridicamente lícitas que se resumem, de certa forma, a juntadas documentais, sem nenhuma ou com mínima parcela participativa do servidor do grupo de assessoramento ou do grupo de investigação disciplinar no ato de elaboração das provas. Em regra, são provas preconcebidas, não confeccionadas por quem as analisará e, portanto, imunes à pessoalidade deste agente condutor das investigações. Em síntese, são objetos de pesquisa que, ao elaborador e condutor dos trabalhos em fase de admissibilidade, cabe apenas receber ou imprimir e agrupar, não comportando, em princípio, contraditório por parte do investigado no que diz respeito à sua confecção.

Por outro lado, em regra, pode-se apontar que não convém realizar atos que podem requerer imediato contraditório, tais como provas orais em geral (oitivas, interrogatórios ou acareações), perícias e assessorias técnicas. Ressalte-se que a afirmação anterior reflete uma recomendação generalista e, desta forma, é passível de ser excepcionada em casos específicos, em que se demonstre cabível a realização de tais atos de instrução, sem por isto, acarretar nulidade processual.

Por exemplo, excepcionalmente, pode ser necessário ouvir, em prova oral, o representante ou o denunciante ou mesmo outras pessoas em fase de admissibilidade. Nestes casos residuais, nada impede de se tomar o comprometimento de verdade do depoente e de configurá-lo como testemunha, caso atenda as condições para tal, conforme se abordará em **4.4.4.3.2** e **4.4.4.3.3**, a fim de agregar maior valor jurídico ao ato (em analogia ao inquérito no processo penal, em que a autoridade policial pode tomar testemunho). Além de este chamamento preliminar ser excepcional, deve ser visto com extremada cautela e reserva, pois pode se estar antecipando, sem o devido contraditório, uma prova oral relevante no posterior rito contraditório. Por óbvio, caso venha a ser instaurada a instância disciplinar e esta prova oral seja relevante para formação de convicção e seja objeto de pedido de refazimento pela defesa, ela deve ser refeita pela comissão, sob manto do contraditório (notificando o acusado para acompanhar e contraditar, se desejar), ainda que tenha sido tomada como testemunho na fase de admissibilidade.

A prova oral preliminar do representado ou denunciado na fase de admissibilidade deve ser vista de forma ainda mais residual e excepcional, porque, de um lado, ele ainda nem sequer foi formalmente acusado mas, por outro lado, já pode se ver obrigado a alegar a cláusula de não autoincriminação, o que pode lhe causar situação embaraçosa no processo. Caso muito excepcionalmente seja realizada, deve o servidor ser informado do seu direito constitucional de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo e de poder optar pelo silêncio, conforme se aduzirá em **4.4.16.4.1**. Somem-se ainda aos motivos de não recomendação de realização de prova oral preliminar do representado ou denunciado a possibilidade de o suposto infrator destruir provas antes da instauração do processo disciplinar e de, uma vez tendo ciência da existência da fase de admissibilidade contra si, peticionar acesso aos autos.

Atente-se que caso seja excepcionalmente intimado a prestar prova oral em fase de admissibilidade, o inciso XXI do art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB), confere ao servidor o direito de se fazer acompanhar e assistir por seu advogado, bem como no decorrer do restante dos trabalhos investigativos.

*Lei nº 8.906, de 1994 - Art. 7º São direitos do advogado:*

*XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016) a) apresentar razões e quesitos; (Incluída pela Lei nº 13.245, de 2016)*

Não obstante as excepcionais possibilidades acima expostas de chamar o representado ou denunciado aos autos, conforme se exporá em **2.5.6.2.2**, nem mesmo a este servidor é conferida prerrogativa de, *ex officio*, ser notificado da existência e do andamento dos trabalhos investigativos, tampouco de ter acesso, vista, cópia ou informação dos elementos instrucionais coletados e muito menos de atuar, participar, interferir e contraditar a condução unilateral deste rito, a cargo da Administração. E também como se aduzirá em **2.5.6.2.3**, na esteira, em regra, o representante ou denunciante, na figura de uma pessoa física (ou seja, aqui dissociando-se da hipótese de ser um membro do Ministério Público Federal - MPF ou do Poder Judiciário), não tem direito de acesso às investigações ou de acompanhá-las e de ser informado passo a passo sobre o tratamento dado à sua representação ou denúncia.

Tampouco, depois de apresentada a peça inicial, é dado ao representante ou denunciante o direito de dela desistir, de retirar a acusação a fim de extinguir o processo. Por um lado, o servidor que representa contra irregularidade de que tem conhecimento nada mais faz senão cumprir dever funcional, conforme os incisos VI e XII do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Por outro lado, o particular que denuncia em razão de irregularidade tão somente mantém um comprometimento de ordem moral e ética com a Administração que, nos termos do inciso IV do art. 4º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regula a processualística no âmbito da Administração Pública federal), também atinge o patamar de dever do administrado em relação ao Poder público. Tais liames não têm o condão de elevar o representante ou o denunciante à qualidade de interessado nas investigações e muito menos a influir ou ditar seus rumos. Uma vez recepcionada a representação ou denúncia, as investigações dela decorrentes passam a ser da Administração e, portanto, os interesses que as movem são unicamente públicos e indisponíveis. A relação jurídica do representante ou denunciante com as investigações e com o processo disciplinar porventura instaurado em decorrência da provocação por eles apresentada se encerra com a entrega desta peça inicial. A fase de admissibilidade ou a instância disciplinar encerram uma atípica relação jurídica, em que os polos são ocupados, exclusivamente, de um lado, pelo Estado e, de outro, pelo servidor investigado ou posteriormente acusado, não comportando interesses outros de quem quer que seja.

Ainda neste tema, caso o representante ou denunciante venha manifestar, após ter apresentado sua peça inicial que, ao ter provocado a Administração, não objetivava a instauração de processo disciplinar, cumpre esclarecer que qualquer servidor e até mesmo particular, ao tomar conhecimento de suposta irregularidade no âmbito da Administração Pública federal, por expresso dever legal, deve representar ou denunciar à autoridade competente, a qual, por sua vez, quando justificável, sob ótica correcional, fica obrigada a instaurar a devida apuração contraditória (conforme os incisos VI ou XII do art. 116 e o *caput* do art. 143, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, e o inciso IV do art. 4º da Lei nº 9.784, de 1999). Ou seja, não se cogita de qualquer discricionariedade, sob critérios de oportunidade e conveniência, na formulação da representação ou da denúncia e sobretudo das consequentes fase de admissibilidade e decisão de instaurar a instância disciplinar. Assim, a manifestação

volitiva do representante ou do denunciante, divorciada de valor jurídico, no sentido de se arrepender e desistir de sua representação ou denúncia, não tem, por si só, o condão de interferir no poder-dever de esclarecer o fato.

Também não assiste direito ao representante ou denunciante de determinar que somente entregará outras provas, de que espontaneamente ou por intimação informou dispor, no momento em que lhes aprouver.

É de se dizer que, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, à vista do caráter restritivo e residual da instância disciplinar, com todos os ônus que lhe são inerentes (materiais e imateriais), vigora a Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, cujo inciso II do § 2º do art. 7º, conforme já exposto em **2.4.1**, regulamentando o dever funcional dos incisos VI ou XII do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, estabeleceu os requisitos de admissibilidade de representação funcional, dispondo que esta, em princípio, deve se fazer acompanhar, dentre outros, das provas que o representante dispuser. Prossegue a norma impondo que a representação incompleta deve ser devolvida, mediante intimação, para que o representante preste os esclarecimentos adicionais indispensáveis para subsidiar a fase de admissibilidade e para possibilitar ao representado o conhecimento preciso da notícia que lhe é contrária, de modo a garantir-lhe ampla defesa.

A fase de admissibilidade de representação, instruindo a decisão, a cargo da autoridade instauradora, de instaurar ou não processo disciplinar, deve ser conduzida ao amparo de todos os elementos disponíveis acerca do fato representado, visto que é justamente da sua integral ponderação que se extrai a conclusão de possibilidade ou não de se ter configurada a repercussão disciplinar. Desta forma, todas as provas de que o representante tenha conhecimento de possível irregularidade devem ser disponibilizadas à autoridade instauradora desde a peça inicial para a fase de admissibilidade e não após instaurado o suposto processo disciplinar ou em qualquer outro momento que, a seu exclusivo talante, considere oportuno e conveniente. A normatização da matéria, amparada nos princípios reitores, não confere tal discricionariedade ao representante, visto que, a rigor, é seu dever representar e contribuir para o esclarecimento de fatos de interesse da Administração.

Analogamente, o mesmo posicionamento se defende para o caso de denunciante, com a diferença de que este, a rigor, não se submete à normatização interna, mas prevalece a base principiológica da seara pública e o mandamento legal do inciso IV do art. 4º e do *caput* do art. 39, ambos da Lei nº 9.784, de 1999.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:*

*IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.*

*Art. 39. Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.*

### **2.5.3.3.2 - Pesquisas ou Ferramentas Aprofundadas**

Em complemento dinâmico ao aduzido em **2.5.3.3.1**, listam-se no presente tópico as ferramentas de instrução cujo acesso e emprego apresentam um maior grau de complexidade e requerem conhecimentos técnicos e experiência profissional aprofundados em linhas investigativas, sendo, portanto, em princípio, de uso mais frequente dos servidores do grupo de investigação disciplinar. O caráter dinâmico deste enfoque se justifica porque, na prática, nada impede que, em fase de admissibilidade, o servidor do grupo de investigação disciplinar se utilize de alguma ferramenta apresentada no tópico acima mencionado como básica *a priori* ao alcance do grupo de assessoramento bem como que um servidor do grupo de assessoramento se sinta apto e seguro para realizar as pesquisas que a seguir se listarão e,

como tal, já o faça sem provocar o grupo de investigação disciplinar. De forma alguma se propõe um engessamento no fluxograma sugerido de rotinas em fase de admissibilidade.

Importante destacar que as ferramentas que se apresentarão a seguir tanto podem ser empregadas no curso de uma investigação disciplinar *lato sensu* (uma investigação preliminar sobre qualquer processo interno de trabalho, por exemplo) ou nos ritos específicos de investigação patrimonial, sindicância patrimonial ou sindicância investigativa. Em outras palavras, quaisquer que sejam os procedimentos de investigação, podem ser instruídos pelas pesquisas que se seguem.

Neste rumo, de imediato, mencionam-se as pesquisas detalhadas e ramificadas (ou seja, que não se restringem ao ponto por meio do qual se iniciaram, podendo seguir trilhas investigativas extensas) nos seguintes sistemas informatizados internos - aqui apresentados os principais, a mero título de exemplos não exaustivos:

- Referentes ao processo de trabalho de controle aduaneiro: Sistema Dataware House Corporativo Aduaneiro (DW-Aduaneiro), Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex), Sistema de Rastreamento da Atuação dos Intervenientes Aduaneiros (Radar), Sistema Grafo de Relacionamentos (Grarel) e Sistema Cadastro Aduaneiro;
- Referentes ao processo de trabalho de arrecadação: Sistema de Informação da Base Cadastro Nacional de Informações Sociais e de Arrecadação e Cobrança Previdenciária (Plenus), Sistema de Informações Gerenciais de Arrecadação (Informar), Sistema Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e de Informações à Previdência Social (GFIP Web), Sistema Divisão de Negócios Controle Financeiro (DICF.N), Sistema Integrado de Cobrança (Sincor), Sistema de Controle de Declarações (e-Sicodec) e Sistema Receitanetlog;
- Referentes ao processo de trabalho de fiscalização: Portal (ou Sistema) do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (Portal IRPF), Sistema Dataware House Corporativo Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (DW-IRPF), Portal (ou Sistema) do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ), Sistema Integrado de Informações Econômico-Fiscais (Sief), Sistema Dataware House Corporativo Ação Fiscal (DW-Ação Fiscal), Sistema Ação Fiscal, Sistema ContÁgil, Sistema Público de escrituração digital (Sped), Dossiê Integrado e Declaração do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (Dirf);
- Referentes ao processo de trabalho de atendimento: Sistema de Apoio ao Gerenciamento do Atendimento a Contribuintes (Saga), Sistema Dataware House Corporativo Atendimento (DW-Atendimento) e Sistema Visão Integrada do Atendimento (VIA);
- Referentes a bases cadastrais: Sistema Dataware House Corporativo Controle de Acesso (DW-Controle de Acesso), Cadastro Nacional de Informações Sociais (Portal CNIS), Sistema Integrado de Administração de Pessoal (Siape), Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), Sistema Dataware House Corporativo Pessoa Física (DW-PF), Sistema Dataware House Corporativo Pessoa Jurídica (DW-PJ), Sistema Certidão Conjunta, Declaração sobre Operações Imobiliárias (DOI), Declaração de Informações sobre Atividades Imobiliárias (Dimob), Declaração de Operações com Cartão de Crédito (Decred), Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira (Dimof);
- Referentes a auditoria e controle: Sistema Auditoria e Controle de Sistemas Aduaneiros (DW-Arcomex) e Sistema Dataware House Corporativo Levantamento de Eventos de Log (DW-LEL).

Em acréscimo, citam-se, também a título de exemplos não exaustivos, as mais comuns pesquisas em fontes externas via internet:

- No Cadastro Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e no sítio eletrônico

do Conselho Nacional de Justiça (CNJ);

- No Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional do Banco Central do Brasil (CCS-Bacen);
- Sistemas do Ministério da Justiça (MJ): Sistema Nacional de Segurança Pública (Infoseg) e Sistema Nacional de Identificação de Veículos em Movimento (Sinivem);
- Nos sítios eletrônicos de Departamentos Estaduais de Trânsito (Detran) e no Sistema de Registro Nacional de Veículos Automotores (Renavam);
- No sítio eletrônico da Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (Censec), administrado pelo Colégio Notarial do Brasil (CNB);
- Em sítios eletrônicos que localizam endereços ou lugares ou que fornecem mapas, no Brasil e no exterior (Show my Street, Google Earth, Google Maps) ou de busca de informações pessoais no exterior.

Além das possibilidades acima, também podem ser empregados como ferramentas investigativas, em lista não exaustiva, pedidos circularizados a órgãos públicos dos diversos entes federados (tais como Fiscos estaduais e municipais), concessionárias de serviços públicos (de água, energia elétrica, telefone), cartórios, registros de imóveis, instituições financeiras e empresas; apuração especial do Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro (de emprego muito eventual, conforme se abordará em **4.4.8**); operações conjuntas com MPF e Departamento de Polícia Federal (DPF), mediante compartilhamento de informações devidamente autorizado pelo Poder Judiciário; e diligências e pesquisas de campo.

Relembre-se o já aduzido em **2.2.2.2.2**, acerca da competência delegada para a Divisão de Investigação Disciplinar (Divid) emitir os atos de comunicação para os demais órgãos de controle da Administração Pública federal, parceiros nas operações conjuntas, conforme dispõe a Portaria Coger nº 66, de 30 de setembro de 2016, em seu art. 1º.

*Portaria Coger nº 66, de 2016 - Art. 1º Delegar competência ao Chefe da Divisão de Investigação Disciplinar para, no âmbito de suas competências, expedir ofícios necessários ao planejamento e execução de ações conjuntas com outros órgãos da Administração Federal.*

#### **2.5.3.4 - O Necessário Esgotamento das Investigações em Condutas Conexas, Continuadas e Habituais**

Neste ponto, em antecipação a princípios e conceitos que se apresentarão em **3.3.3**, em **4.5.3** e, mais destacadamente, em **4.6**, convém abrir um parêntese na descrição da procedimentalização da fase de admissibilidade para buscar, na instância penal (material e processual), algumas definições classificatórias de ilícitos, em função de sua natureza jurídica. É importante registrar que os objetivos em tela se satisfazem com a apresentação de superficial e incompleta conceituação, não se tendo aqui interesse de esgotar a profundidade com que a instância penal elabora inúmeras formas de classificar os ilícitos e que, mesmo para o restrito conjunto de institutos que adiante se apresentará, sua aplicação na instância disciplinar sempre será parcial e limitada, devendo ser ponderada pelas peculiaridades que marcam os dois ramos do Direito, sobretudo acerca das relevantes diferenças entre as naturezas dos ilícitos penais e administrativos e entre as respectivas sanções. Estas necessárias ressalvas informadoras de que a conceituação sobre a natureza jurídica que se apresentará não tem efeito vinculante em instância disciplinar ratificam que a condução da fase de admissibilidade e até mesmo das apurações contraditórias sob base principiológica própria e sem a fiel e integral submissão aos presentes institutos da instância penal, por si só, não contamina de nulidade os ritos administrativos. É de se enfatizar que a conceituação penal que convenientemente se apresentará neste ponto do texto, em que se aborda a fase de

admissibilidade, precipuamente se emprega como referência, com o fim de auxiliar na compreensão da necessidade de a subfase investigativa ser a mais exaustiva possível, sob pena de a proposta a ser apresentada à autoridade instauradora e a sua consequente decisão se revelarem precipitadas e insuficientemente instruídas.

Antes, esclareça-se que a busca integrativa de conceitos, institutos e instrumentalidades tipicamente penais para emprego nas lacunas do ordenamento disciplinar encontra inequívoco amparo em manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), em seu Parecer AGU nº GMF-6.

*Parecer AGU nº GMF-6, vinculante: “Ementa: I - As condutas que são objeto de persecução na esfera administrativa poderão, ante a omissão legislativa administrativa, por analogia e conforme avaliação do caso concreto, obedecer aos mesmos critérios do direito criminal, inclusive quanto a natureza jurídica das infrações e suas implicações quanto à contagem do prazo prescricional.*

*12. Sem embargo, não existem dúvidas acerca da intersecção entre o direito administrativo sancionador e o direito penal e se destaca, inclusive, a possibilidade de que uma mesma conduta amolde-se às duas disciplinas o que gera, por consequência natural, a aplicação subsidiária de institutos do direito criminal no âmbito do direito disciplinar, notadamente em razão de omissão legislativa na esfera administrativa.*

*17. Diante dessa percepção e da constatação de que os princípios e institutos de direito penal, secularmente estudados e desenvolvidos, possuem simetria com o direito administrativo disciplinar deflui-se, da própria lógica jurídica que as condutas que são objeto de persecução na esfera administrativa poderão, ante a omissão legislativa administrativa, de forma subsidiária, por analogia e conforme avaliação do caso concreto, obedecer aos mesmos critérios do direito criminal, inclusive quanto à natureza jurídica das infrações e suas implicações pertinentes à contagem do prazo prescricional, como ocorre no caso de abandono de cargo.*

O tema se faz especialmente pertinente quando se tem a notícia de uma determinada conduta isolada ou pontual ou circunscrita a uma pequena quantidade de reiterações ou a um delimitado intervalo de tempo, que, por si só, contendo indícios de materialidade e de autoria de infração, já se demonstra suficiente para provocar a instauração da instância disciplinar. Além da possibilidade de o escopo objetivo não ser alvo de acréscimo de novos fatos em nenhum momento, nem antes e nem após a instauração do processo disciplinar, em hipótese que não instiga dúvidas ou curiosidades, duas outras hipóteses podem ocorrer, aí sim, deixando o mais atento e perspicaz aplicador do Direito provocado a se aprofundar no desnudamento das nuances delas decorrentes.

Na primeira hipótese, na subfase investigativa da fase de admissibilidade, pode-se deparar com novos indícios de materialidade e de autoria acerca de outros fatos, que tanto podem ser independentes daquele fato original quanto podem ser ligados a ele como condutas conexas, continuadas ou habituais. Na segunda hipótese, se a subfase investigativa da fase de admissibilidade precipitada, com base em pequena amostragem de conduta e sem buscar o esgotamento da atuação funcional do servidor, provocar de imediato a instauração, não é raro, posteriormente, já no curso do processo disciplinar, a comissão por conta própria, aprofundar as apurações e se deparar com novos indícios de materialidade e de autoria acerca de outros fatos, que, igualmente, podem ser independentes ou conexas, continuados ou habituais em relação ao fato original.

Neste contexto, tais fatos novos não noticiados na representação ou na denúncia e que se tornam conhecidos somente já fase de admissibilidade ou até mesmo já na fase processual contraditória, suscitam dúvida acerca da legalidade de poderem ou não ser de imediato incluídos no escopo investigativo em curso ou, ainda com mais ênfase, em razão de não terem feito parte da provocação para a autoridade determinar a instauração, podem acarretar insegurança acerca da legalidade de poderem ou não ser posteriormente incluídos no escopo

apuratório do colegiado ou se devem ser objeto de representação à parte, a fim de se submeterem a específico juízo de admissibilidade, bem como também trazem questionamento acerca da metodologia jurídica aplicável em torno da determinação do momento em que se iniciam os respectivos cômputos prescricionais.

Assim, além de saber e aqui se discutir que a violação à ordem jurídica interna da Administração pode se revelar mediante a prática de uma unidade infracional ou pode resultar da ocorrência de uma pluralidade de infrações, também vale trazer para o debate, da lei e da doutrina penais, conceitos referentes à natureza jurídica de práticas ilícitas (unas ou múltiplas) que, de diferentes formas, se prolongam ou se repetem ou se sedimentam no tempo, a fim de adequá-los, até onde aplicável, à instância disciplinar e, mais especificamente, a determinadas condutas infracionais comuns no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e a enquadramentos estatutários cabíveis.

Inicialmente, abordando-se apenas os ilícitos decorrentes de conduta única (de um único processo de execução, seja de ação, seja de omissão), tem-se, em função da duração da afronta ao bem jurídico tutelado, de um lado, os ilícitos chamados instantâneos e, de outro lado, os ilícitos chamados permanentes. O ilícito instantâneo, como a regra geral da maioria das ilicitudes, se caracteriza por ter sua consumação completada e a conduta antijurídica exaurida em um só momento determinado e pontual em que o bem jurídico tutelado é afrontado, sem continuidade temporal, e esta característica em nada deve ser confundida com a possibilidade de, em muitos casos, o efeito da conduta poder se fazer sentir de forma prolongada no tempo, sem que isto afaste a natureza instantânea do ilícito. O ilícito permanente encerra uma única infração e se caracteriza por, não obstante se consumir já desde o primeiro momento em que o agente inicia a afronta ao bem jurídico tutelado, a conduta antijurídica não se exaure em um só momento determinado e pontual mas sim se prolonga no tempo até que, em geral, cesse a vontade do agente. Em qualquer caso, por consumação de um crime, compreenda-se quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal, conforme o inciso I do art. 14 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP). O interesse da instância penal sobre esta classificação de crime permanente - decorrente da doutrina, vez que não se encontra expressa na lei penal - se destaca na questão da definição da prescrição, visto que o inciso III do art. 111 do CP estabelece que o prazo somente começa a contar quando cessar a permanência da conduta ilícita (ressalvando-se que a prescrição penal, diferentemente da instância administrativa, para a regra geral do ilícito instantâneo, se computa a partir da data de sua consumação).

*CP - Tempo do crime*

*Art. 4º Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*

*Art. 14. Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*

*Crime consumado (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*I - do dia em que o crime se consumou; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Adequando estes conceitos ao regime disciplinar, de início, se assegura que a grande maioria das condutas infracionais se amolda à definição de ilícitos de natureza instantânea, com a infração se consumando e a conduta se exaurindo no momento em que o bem jurídico tutelado é afrontado (ainda que, em alguns casos, o efeito da conduta possa se fazer sentir de forma prolongada no tempo, a conduta em si se exaure em determinado instante). Por

exemplo, consumam-se as infrações com as condutas nos respectivos momentos em que o servidor age com falta de zelo com atribuições legais ou com o material ou com imoralidade ou com improbidade, é desleal com a instituição, descumpre uma norma ou uma ordem superior, revela um sigilo ou segredo, trata com desurbanidade ou ofende fisicamente alguém, se ausenta desautorizadamente do serviço, vale-se do seu cargo, intermedia interesses, recebe qualquer vantagem indevida, se insubordina, dentre outros enquadramentos previstos nos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

De outro lado, como raros exemplos de ilícitos disciplinares de natureza permanente, mencionam-se a omissão em não representar ao saber de supostas irregularidades funcionais; a infringência à proibição de manter cônjuge ou parente até o segundo grau sob subordinação em cargo ou função de confiança; a infringência à proibição de recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado; e a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, respectivamente estabelecidas nos incisos VI e XII do art. 116, nos incisos VIII e XIX do art. 117 e no inciso XII do art. 132, todos da Lei nº 8.112, de 1990. Em todos estes casos, o ilícito já se consuma desde o primeiro dia de cometimento, podendo-se a conduta prolongar indefinidamente no tempo, até que o agente queira cessar a afronta que comete ao respectivo bem jurídico tutelado.

Neste contexto, merece didático destaque de que foi objeto de expressa manifestação da AGU a natureza permanente do ilícito de abandono de cargo. Não obstante se poder dizer que a ilicitude se configura no exato e pontual trigésimo primeiro dia de ausência intencional ininterrupta, conforme se abordará em **4.7.4.2**, o já mencionado Parecer AGU nº GMF-6 se baseou no fato de que o ânimo subjetivo faltoso do autor se mantém além dos 31 dias constitutivos da ilicitude, pois, por toda a extensão da conduta absenteísta, se pode falar de intenção em faltar. Uma vez que, indubitavelmente, o dolo que permeia a conduta faltosa se prolonga desde o início das faltas, perpassa os 31 dias que definem o enquadramento e se mantém até o último dia de ausência, a AGU asseverou ser este um ilícito permanente e, como tal, com termo inicial prescricional computado somente a partir da cessação da permanência (ou seja, a partir da cessação da ausência ao serviço, no dia de retorno ao trabalho), conforme se esclarecerá com detalhes em **4.13.4**. Tanto é assim que, ainda que o servidor se prolongue ao longo do tempo em conduta absenteísta, não há que se falar de configuração de mais de um ilícito a cada 31 dias de ausência ininterrupta. Enquanto o servidor não retornar ao serviço, por ao menos um dia, configura-se um único ilícito de abandono de cargo. Caso o servidor retorne ao serviço após mais de 31 dias consecutivos de ausência, ainda que por apenas um dia, e volte depois a permanecer novamente por longo período sem comparecer, aí sim se configuram dois ilícitos de abandono de cargo.

*Parecer AGU nº GMF-6, vinculante: “Ementa: II - A vontade do agente incide diretamente não apenas para a configuração do abandono de cargo, mas também para a situação de permanência que produz efeitos jurídicos, restando caracterizada, portanto, a prorrogação de sua base consumativa. III - A infração funcional de abandono de cargo possui caráter permanente e o prazo prescricional apenas se inicia a partir da cessação da permanência.”*

Já a inassiduidade habitual, diferentemente do abandono de cargo, contém em sua materialidade, além da definição das sessenta faltas constitutivas, a imposição de um limite temporal máximo, limitador e renovador de cada nova contagem, qual seja, o período de doze meses. Assim, a inassiduidade habitual é um ilícito de natureza instantânea, que se consuma na sexagésima ausência injustificada ao serviço interpolada no período de doze meses, ainda que a conduta antijurídica e os efeitos dela provenientes se prolonguem no tempo com mais ausências injustificadas ao serviço dentro do período inicialmente balizado de doze meses. Após outros doze meses, se for o caso, pode-se falar de uma segunda configuração de inassiduidade habitual caso ali haja outras sessenta faltas injustificadas.

Por óbvio, no caso de infração única (independentemente de ser instantânea ou permanente), não há que se cogitar da existência de mais de um procedimento, seja para

investigá-la em fase de admissibilidade, seja para apurá-la em processo disciplinar. E, também no que tange às repercussões sobre o instituto da prescrição, é cristalina e imediata aplicação da regra básica do cômputo prescricional disciplinar, sem exigir maiores esforços hermenêuticos, no sentido de existir uma única consumação infracional a ser conhecida pela autoridade instauradora e a exigir a instauração de apenas um procedimento, conforme melhor se detalhará em **4.13.1**.

Aprofundando no tema, agora se consideram os ilícitos ou as práticas ilícitas consistentes de mais de uma conduta (de mais de um processo de execução, comissivo ou omissivo, ou de mais de um desígnio, doloso ou culposos). Por um lado, um mesmo agente (ou diferentes agentes) pode(m) cometer diversos ilícitos, idênticos ou não e em tempos e em locais distintos ou não, e, ainda assim, fazê-lo de forma que não haja nenhuma ligação um com os outros ou circunstância em comum que os inter-relacione a ponto de a ocorrência de um não guardar nenhum vínculo causal ou jurídico com os demais - aos quais a doutrina classifica como independentes. Se esta construção a favor da independência material é defensável para um único agente, mais fortemente ainda se cogita da possibilidade de ilícitos serem tidos como independentes se praticados, sob as mesmas condições acima, por diferentes agentes. Por outro lado, pode um mesmo agente (ou diferentes agentes) cometer(em) as duas (ou mais) condutas sob um liame, sob um nexos, sob um vínculo de relação ou de ligação, substancial ou instrumental entre os fatos, que leva os ilícitos delas decorrentes a serem classificados como conexos e aconselham a unidade processual (o processamento em um único feito).

De um lado, na hipótese de infrações independentes, cometidas sem qualquer circunstância em comum que as inter-relacione, cada fato irregular deve ser investigado em procedimentos distintos em fase de admissibilidade e, na sequência, deve ser objeto de instauração de processos disciplinares específicos, conforme posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos, e entendimento jurisprudencial.

*Orientação Coger nº 43*

*O conhecimento de novas irregularidades tidas como independentes em relação aos fatos objeto da fase de admissibilidade ou do PAD em curso recomenda a formalização de procedimento distinto.*

*STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 13.079: “Ementa: No exercício do poder disciplinar, pode a autoridade administrativa editar portarias diversas para apurar faltas funcionais diferentes, o que não consubstancia bis in idem. (...)”*

De outro lado, tratando de infrações conexas, cometidas sob um vínculo de ligação que as inter-relacione, independentemente de se tornarem conhecidas em mesmo momento ou em momentos distintos, pode a fase de admissibilidade ou a apuração disciplinar se desenvolverem, para todos os ilícitos, no mesmo procedimento. A unidade processual é recomendada porque propicia o melhor conhecimento dos fatos, evitando, desta forma, decisões contraditórias.

O conceito jurídico de conexão está associado à fixação de competência julgadora, na inteligência de que diversos ilícitos sejam congruentemente julgados, em um único processo, por uma única autoridade julgadora. A unidade processual oferta ao julgador uma visão conglobante de todo o conjunto probatório atinente a ilícitos que guardam um liame de correlação (permitindo uma visão mais completa do panorama probatório), a fim de prevenir a ocorrência de decisões discrepantes, propiciando economia processual (é possível que sejam aproveitadas as mesmas provas), razoável duração do processo e, sobretudo, segurança jurídica.

A conexão pode decorrer de o primeiro ilícito (ilícito-meio) ter sido cometido para facilitar ou assegurar a execução do outro ilícito (ilícito-fim), em relação de causa e efeito -

chamada de conexão teleológica; ou, invertendo a sequência cronológica entre meio e fim, pode decorrer de o segundo ilícito (ilícito-meio) ter sido executado para facilitar ou assegurar a ocultação, a impunidade ou a vantagem associada ao primeiro ilícito já cometido (ilícito-fim) - chamada de conexão consequencial; ou, ainda, pode decorrer tão somente do fato de um ilícito ser cometido na mesma ocasião da prática de outro, no sentido de o segundo ilícito ser executado apenas em razão da oportunidade ocasionada pelo primeiro, sem uma vinculação de meio e fim - chamada de conexão ocasional, em que não se verifica uma forte relação de causa ou de consequência a unir consecutivamente os ilícitos. Em instância penal, a existência das duas primeiras hipóteses acima descritas de conexão importa na consideração de circunstância agravante, conforme a alínea “b” do inciso II do art. 61 do CP (chamadas conjuntamente de conexão material, em razão da previsão e das repercussões na lei penal material, ou também chamadas de conexão objetiva).

*CP - Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*II - ter o agente cometido o crime:*

*b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;*

Sem prejuízo da conexão ocasional decorrente de um ilícito ter ocasionado outro, o art. 76 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) reitera as duas definições extraídas da alínea “b” do inciso II do art. 61 do CP, de conexões materiais (ou objetivas) teleológica e consequencial - circunscritas às condutas de um mesmo autor e decorrentes de um ilícito ter sido praticado para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro ilícito -, e ainda prevê definições mais abrangentes para a conexão sob ótica instrumental, com o fim de se permitir uma única ação penal abarcando as apurações de mais de um ilícito. O mesmo dispositivo da lei processual penal também considera conexos os ilícitos em que a prova do cometimento ou das circunstâncias elementares de um influem na prova do outro (chamada conexão probatória ou instrumental), bem como os ilícitos que envolvem mais de um agente, se cometidos ao mesmo tempo por várias pessoas reunidas no mesmo local (em reunião ao mero acaso) ou independentemente se cometidos em tempo e lugar diversos, por várias pessoas em concurso (em acerto prévio), ou até mesmo se cometidos reciprocamente, por umas pessoas contra as outras (em três espécies da chamada de conexão intersubjetiva). Pode-se, então, dizer que estas são as condições que, em sentido estrito, as instâncias penal e processual penal consideram a conexão de ilícitos. Não se perca de vista que o instituto da conexão obrigatoriamente faz subentender o cometimento de dois ou mais ilícitos que guardam um liame entre si e que aconselham a unidade processual (uma única ação).

*CPP - Art. 76. A competência será determinada pela conexão:*

*I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;*

*II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;*

*III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.*

No cenário administrativo, de certa forma, pode-se dizer que, em princípio, o cometimento sucessivo (ou até mesmo simultâneo) de duas ou mais condutas que se amoldem a quaisquer dois ou mais enquadramentos da Lei nº 8.112, de 1990, configura dois ilícitos independentes. Assim, seria absolutamente inegotável a apresentação de lista de pluralidades de condutas que se amoldassem a todas as combinações de dois ou mais enquadramentos administrativos como exemplos de infrações independentes. Apenas para figurar, são independentes as condutas de um servidor ofender verbalmente um superior hierárquico e, em

seguida, ainda que no mesmo local, atuar de forma irregular na concessão de determinado tratamento tributário a um contribuinte ou destruir um bem patrimoniado da repartição e ausentar-se do local de trabalho sem autorização da chefia, dentre inúmeros outros exemplos que se poderia listar. Em quaisquer casos como estes, como regra, trata-se de infrações dissociadas uma da outra, a recomendarem, em princípio, apurações em processos separados (ou ao menos a autorizarem processamentos apartados, se assim parecer conveniente em fase de admissibilidade ou já no curso do processo disciplinar).

Em contrapartida, se, em primeiro instante, se verifica que um servidor extraiu de um procedimento fiscal um laudo de análise química sobre determinada mercadoria importada por um contribuinte e, no curso da fase de admissibilidade ou do processo administrativo disciplinar instaurado por tal fato, se vem à tona que, na verdade, ele deu causa ao extravio do laudo com o fim de posteriormente atuar no desembaraço aduaneiro de forma irregular, para fazê-lo com base em classificação fiscal indevidamente favorável ao contribuinte e discrepante do que apontava aquela análise química, tem-se certo que aqui também há duas infrações distintas mas que guardam relação de conexão material (ou objetiva) teleológica entre si (a segunda foi efeito da primeira) e que recomendam apurações em um mesmo processo. Da mesma forma, se, em primeiro momento, se verifica que um servidor concedeu irregularmente uma certidão negativa de débitos a um contribuinte que não fazia jus e, no curso da fase de admissibilidade ou do processo disciplinar instaurado por tal fato, se detecta que, posteriormente à emissão da certidão indevida, ele também acessou sistema informatizado do órgão e adulterou registros armazenados naquela base como forma de dar aparência de regularidade àquela emissão de certidão, igualmente tem-se certo que se trata de duas infrações distintas mas que guardam relação de conexão material (ou objetiva) consequencial entre si (a segunda tentou ocultar a primeira) e que recomendam apurações em um mesmo processo.

Diferentemente destes exemplos de espécies de conexão em que há relações de causa ou consequência a estabelecer uma forte ligação consecutiva entre os dois ilícitos, pode-se figurar a conexão apenas ocasional quando um servidor, com intenção de a princípio tão somente suprir a curiosidade pessoal acerca da situação fiscal de determinado contribuinte conhecido seu, comete um acesso imotivado a sistema informatizado e, sem que fizesse parte de seu desígnio inicial, ao se deparar com uma pendência fiscal, utiliza-se de sua senha para promover uma indevida regularização a favor daquele terceiro. Na mesma linha, também pode-se figurar a conexão material (ou objetiva) ocasional quando um servidor, inicialmente movido tão somente pela intenção de retardar um procedimento aduaneiro em desfavor de determinado contribuinte, retém injustificadamente o despacho e daí, com mercadoria pendente de liberação em seu poder, resolve subtrair algum exemplar do lote. Também, em ambos os casos, se justifica um único processo.

Um exemplo de conexão probatória (ou instrumental) ocorre quando, em primeiro momento, se verifica que um servidor agiu de forma irregular em determinado ato funcional e, no curso da fase de admissibilidade ou do processo disciplinar instaurado por tal fato, se detecta que, na verdade, o servidor recebeu ordem expressa e manifestamente ilegal de seu superior hierárquico para assim proceder, sendo certo que a prova do cometimento da infração por parte do subordinado, ao ter atuado de forma irregular no hipotético procedimento, requer que antes se comprove a ilegalidade da ordem emitida pelo superior (este infração é prejudicial daquela), parecendo inafastável a necessidade de apurações em um único processo.

Para ilustrar um exemplo de infrações conexas na reunião ao acaso de pessoas, pode-se mencionar a hipótese de diversos servidores, por desígnios próprios, individualizados e autônomos uns aos outros, em determinado momento, se afastarem do local de serviço comum a todos sem autorização da sua chefia imediata ou descumprirem uma ordem superior inequivocamente legal a todos dirigida. Para ilustrar um exemplo de infrações conexas em concurso de pessoas nos mesmos lugar e tempo, pode-se ter que dois servidores, no cumprimento de termo de distribuição de procedimento fiscal (TDPF) no estabelecimento de

um contribuinte, mediante combinação prévia, atuem em conluio, com um deles lavrando uma autuação sabidamente a maior e com o outro ofertando a assessoria tributária para realizar a peça de impugnação fiscal. Pode-se ter como exemplos de infrações conexas em concurso de pessoas em lugar e/ou tempo distinto(s) quando um servidor admite ou encaminha favoravelmente um determinado tratamento tributário favorável a pleito de contribuinte que será concluído ou decidido posteriormente por outro servidor, em ações reciprocamente conscientes e irregulares, tais como a admissão e a conclusão em regime especial de trânsito aduaneiro ou uma minuta propondo a concessão de um benefício fiscal a ser assinada pelo superior hierárquico, em que ambos agentes reciprocamente sabem da irregularidade de suas condutas e assim agem em acerto prévio e indevido. E, para exemplificar infrações conexas reciprocamente cometidas por mais de uma pessoa, uma contra a outra, mencionam-se as hipóteses de dois servidores, dirigirem ofensas verbais um ao outro ou de se agredirem fisicamente. Em todos estes exemplos, embora se trate de duas infrações distintas, cada uma praticada por um servidor (independente de serem ou não praticadas no mesmo tempo e no mesmo lugar), guardam conexão intersubjetiva pela reunião ou pelo concurso de pessoas ou pela reciprocidade e recomendam apuração em um único processo.

Das situações hipotéticas acima, para que se possa considerar duas (ou mais) infrações como conexas, à luz do sentido estrito como o conceito se opera em instâncias penal ou processual penal, é imprescindível que os fatos irregulares cometidos por um mesmo agente ou por mais de um agente guardem relação tamanha que a elucidação do cometimento ou das circunstâncias elementares de uma passa pelo esclarecimento da outra, de forma que a apuração conjunta e simultânea de ambas em único processo seja relevante e imprescindível para formar a convicção global dos fatos, em favor da economia e da celeridade processuais e da segurança jurídica.

Relembrando-se então o art. 76 do CPP e agora talvez podendo-se melhor compreendê-lo (no sentido de que é um comando legal que define conexão para fim de definição de competência julgadora), a consideração de que dois ou mais ilícitos são conexos, a aconselhar a união apuratória em só processo, pode decorrer do vínculo existente entre estes ilícitos (conexões materiais ou objetivas) ou pode decorrer da indissociabilidade das provas destes ilícitos (conexão probatória ou instrumental) ou, por fim, pode decorrer do liame entre os agentes destes ilícitos (conexões intersubjetivas).

Pelo exposto, o surgimento de novos fatos conexos, seja ainda no transcorrer da fase de admissibilidade, seja no curso do processo disciplinar, autoriza a sua inclusão no escopo inicial investigativo ou da apuração contraditória em andamento.

A detecção de novos fatos marcados por conexão em relação ao fato representado ou denunciado autoriza que sejam abarcados não só na fase de admissibilidade em andamento mas também até mesmo no processo administrativo disciplinar em curso (caso este já tenha sido instaurado). Em outras palavras, não há ilegalidade na extensão dos escopos investigativo e apuratório quando sobrevier o conhecimento de novos fatos ligados por relação de conexão com os fatos primitivos representados ou denunciados (quando tal ciência se der na fase de admissibilidade) ou ainda com relação aos fatos originalmente ensejadores da instauração (quando tal ciência se der pela comissão no curso do processo administrativo disciplinar - PAD ou da sindicância disciplinar). Acrescente-se que, no caso de conhecimento de novos fatos conexos já no curso do processo disciplinar, sua inclusão no escopo dos trabalhos somente é válida se ocorrida antes de eventual indicição do acusado, requerendo apenas a soberana deliberação da comissão e dispensando que a autoridade instauradora adite a portaria, da qual já conta a referência à extensão para fatos conexos.

Estes conceitos de ilícitos independentes e de ilícitos conexos não estão expressos no CP porque a lei penal os considera inseridos em outro conceito, de relevante definição, chamado concurso material (ou real) de ilícitos, este sim previsto de forma expressa no art. 69 do CP. O concurso material de ilícitos se dá quando o agente, em mais de uma conduta (em

mais de um processo de execução, comissivo ou omissivo, ou de mais de um desígnio, doloso ou culposo), sucessivamente, pratica dois ou mais ilícitos, independentemente se cometidos no mesmo tempo ou no mesmo lugar, obtendo, então, mais de um resultado delituoso. No concurso material de ilícitos, há mais de uma conduta do autor e, por conseguinte, ele incorre em mais de um ilícito, idênticos ou não, que podem ser independentes (recomendando *a priori* apuração em ações penais independentes ou ao menos autorizando que assim se o faça) ou conexos (recomendando apuração em uma mesma ação penal), conforme acima já exposto, mantendo como único elo a identidade do agente. Não se configura o concurso material de infrações se, com relação ao primeiro ilícito, já houve condenação definitiva - pois, assim, o que se pode configurar é reincidência - ou prescrição da punibilidade. Estando-se diante de autor cuja conduta merece grave reprovabilidade, a lei penal prevê o severo sancionamento, devendo ser somadas as penas de cada ilícito. Como se trata de mais de um ilícito, a prescrição é considerada para cada um isoladamente, mantendo-se a regra geral de cômputos independentes dos respectivos prazos a partir da consumação de cada ato, na leitura conjunta do art. 119 com o inciso I do art. 111, ambos do CP.

*CP - Concurso material*

*Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Em contrapartida ao concurso material de ilícitos, a lei penal define o concurso formal (ou ideal) de ilícitos, no art. 70 do CP, quando o agente comete uma única conduta (um único processo de execução, comissivo ou omissivo, e decorrente de um único desígnio, por meio de um único impulso volitivo, doloso ou culposo) e, simultaneamente, incorre em dois ilícitos, idênticos ou não, obtendo, então, mais de um resultado delituoso. No concurso formal de ilícitos, em geral, se tem dois ilícitos conexos, destacadamente em razão da peculiaridade de terem sido cometidos na mesma ocasião, para os quais se recomenda a apuração em uma mesma ação penal. Em tais casos, embora não deixe de ser dois ilícitos em concurso, tão somente por uma questão de política criminal, como regra, a lei penal prevê uma apenação inferior à que seria cabível em caso de concurso material, aplicando somente a pena mais grave (se distintas as penas de cada ilícito) ou somente uma delas (se iguais), mas com acréscimo, em ambos os casos de um sexto até a metade (exasperação da pena). Não obstante, como se trata de mais de um ilícito, a prescrição é considerada para cada um isoladamente, mantendo-se a regra geral de cômputos independentes dos respectivos prazos a partir da consumação de cada ato, na leitura conjunta do art. 119 com o inciso I do art. 111, ambos do CP.

*CP - Concurso formal*

*Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*Parágrafo único. Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Com o fim de se tentar refletir ambos os conceitos de concurso material e formal de ilícitos para a instância disciplinar (aplicação esta que, em **4.5.3**, se ratificará como relevante), de imediato, relembro-se que já se afirmou que a maioria das pluralidades de condutas configura infrações independentes, registra-se que praticamente todas estas se inserem no conceito de concurso material de ilícitos, às quais devem ainda ser somadas também muitas das pluralidades de condutas que configuram infrações conexas. Daí, pode-se afirmar que a

imensa maioria das situações que envolvem o cometimento de mais de uma infração de que se pode cogitar em instância disciplinar recai no conceito de concurso material de ilícitos, podendo ser aqui aproveitados, como exemplos, tanto a menção genérica de todas as combinações de condutas (sucessivas ou simultâneas) que se amoldem a quaisquer dois ou mais enquadramentos da Lei nº 8.112, de 1990, quanto os exemplos já enumerados acima de condutas conexas. Assim, caso se verifique, em fase de admissibilidade, a ocorrência de pluralidade de ilícitos configuradores de concurso material, em princípio, é recomendável, em decorrência, proposta de instauração de processos disciplinares autônomos (ou ao menos se justifica que assim se o faça, se as infrações são independentes) ou de um único processo disciplinar (se as infrações são conexas).

De outro lado, força-se concluir como residual e rara a possibilidade de, configurados mais de um ilícito, a conduta em instância administrativa se ajustar à definição de concurso formal de ilícitos. Como exemplo de concurso formal de ilícitos pode-se ter uma única manifestação pública de um servidor, sob um único desígnio, que, nesta condição, ao mesmo tempo, tanto ofenda a lealdade que se exige em relação à RFB quanto se dirija de forma desurbana ou com desprezo em relação à pessoa de um superior hierárquico. Um outro exemplo que se pode citar é se um servidor, com o fim de agredir outra pessoa, atira em sua direção um equipamento público e, naquele único desígnio, tanto atinge a vítima quanto destrói o bem. Assim, caso se verifique, em fase de admissibilidade, a ocorrência de pluralidade de ilícitos configuradores de concurso formal, em princípio, é recomendável, em decorrência, proposta de instauração de um único processo disciplinar.

Antecipando-se, em sintéticas palavras, o que será abordado detalhadamente em **4.13.1.4**, no caso de ilícitos independentes em concurso, na esteira da recomendação de emprego de distintos procedimentos (investigativos ou contraditórios), também se tem que os respectivos cômputos prescricionais se dissociam um do outro, atrelando-se às condicionantes de cometimento e de conhecimento de cada infração. E no caso de ciência de novos fatos conexos, ainda na fase de admissibilidade ou já no curso do processo disciplinar, inaugura-se, para cada um destes fatos recém-conhecidos um novo marco inicial do prazo prescricional, pois o termo inicial da inicial da contagem do prazo prescricional se dá com o conhecimento parcelado de cada ilícito, autonomamente considerado. Nesta linha de entendimento, é possível concluir que a fase de admissibilidade ou a apuração disciplinar de vários fatos em concurso (material ou formal) em uma unidade processual não afeta o tratamento legal dos marcos iniciais da prescrição, que deve ser computado separadamente em relação a cada infração, autonomamente considerada (sejam elas independentes, sejam elas até mesmo conexas).

Na sequência, a lei penal, no art. 71 do CP, define o ilícito continuado (ou continuidade delitiva) como sendo resultante de mais de uma conduta em que o agente pratica dois ou mais ilícitos de mesma espécie (não necessariamente idênticos, bastando ter os mesmos elementos descritivos) e sendo o(s) subsequente(s) possível(is) de ser(em) tomado(s) como continuação do primeiro. Importante destacar que o requisito de continuidade que deve ligar o(s) ilícito(s) posterior(es) ao primeiro deve ser aferido em termos tanto de condições objetivas, tais como de tempo, de lugar, de modo de execução e outras condições semelhantes, quanto em termos de ânimo subjetivo específico de o autor, em um único impulso volitivo (um único desígnio), querer (com dolo) ou manter (com culpa) a prática ilícita continuada, aproveitando-se, para a execução dos ilícitos posteriores, das mesmas relações e oportunidades propiciadas pelo primeiro ilícito, na forma de um único contexto ou de situações que se repetem ou que se prolongam no tempo. A doutrina e a jurisprudência convencionam acatar, acerca de tempo, um intervalo de ação de até trinta dias e, acerca de lugar, uma extensão que pode abarcar até municípios vizinhos. No caso de ilícito continuado, a recomendação é de que se apurem todos os ilícitos de que já se tem conhecimento até o momento de instauração de uma só ação.

*Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

A rigor, o ilícito continuado nada mais é que uma espécie de concurso material, já que engloba mais de uma conduta que acarreta mais de um ilícito, refletindo apenas um tratamento conceitual mais benéfico ao se agruparem os diversos ilícitos constituintes em uma única ação. Exclusivamente para o fim de fixar a apenação, por uma questão de política criminal, foi conceitualmente concebido como uma ficção jurídica, uma vez que a lei penal prevê um sancionamento intermediário ao do concurso material (em que se somam todas as penas) e do concurso formal (uma única pena aumentada no máximo até metade). Por operar uma redução de pena em relação ao concurso material (apesar de também consistir de mais de uma conduta e mais de um ilícito), a consideração de que determinada prática constitui ilícito continuado requer aplicação mais restritiva (daí porque se exigem requisitos objetivos e subjetivos de conduta do autor), não podendo ser confundido, por exemplo, com reincidência de ilícito já punido e nem mesmo com mera habitualidade delitiva por parte do agente.

A necessidade do elemento subjetivo de querer praticar a conduta continuada aproveitando-se das condições originalmente propiciadoras, em único desígnio, é essencial para diferenciar o ilícito continuado da habitualidade delitiva (habitualidade no crime ou criminosa), a fim de que o autor que comete vários ilícitos, movido, a cada ilícito, por um desígnio autônomo de vontade de delinquir (e que podem ser apurados em ações penais distintas), não seja beneficiado pela menor punição que se prevê para o ilícito continuado. Uma vez atendidos os requisitos já enumerados, à conduta considerada como ilícito continuado, como regra, aplica-se somente a pena mais grave (se distintas as penas de cada ilícito) ou somente uma delas (se iguais), mas com acréscimo, em ambos os casos de um sexto até dois terços (exasperação da pena), sendo portanto relevante a visão conglobante que somente uma única ação pode propiciar ao julgador. Como, na verdade, se trata de mais de um ilícito, a prescrição é considerada para cada um isoladamente, mantendo-se a regra geral de cálculos independentes dos respectivos prazos a partir da consumação de cada ato, na leitura conjunta do art. 119 com o inciso III do art. 111, ambos do CP.

Acrescente-se que o ilícito continuado não se confunde com o ilícito permanente, pois aquele é composto de várias condutas ilícitas enquanto este encerra apenas uma única conduta ilícita que, embora sua consumação se aperfeiçoe já desde o primeiro momento, não se exaure neste momento mas sim se prolonga no tempo.

Também não se confundem os conceitos de ilícito continuado e de ilícitos conexos, sob a estrita ótica penal e processual penal. Os ilícitos cometidos de forma continuada são atos independentes uns dos outros. Não há correlação de conexão entre cada ilícito praticado dentro deste conceito, uma vez que cada ato praticado é estanque em si próprio, encerra-se em si mesmo e não tem sua comprovação dependente da comprovação dos atos anteriores ou posteriores. O fato de cada ilícito ser praticado sob similaridade de espécie e de condições objetivas de tempo, lugar, modo de atuação e contexto e de oportunidades não lhes confere conexão, pois, para isto, apenas exige indissociabilidade dos respectivos elementos probantes. Não há de se confundir o fato de determinada conduta ser praticada sob os parâmetros de continuidade com cada ato desta sequência ser conexo um com o outro. Em consequência,

ilícitos continuados podem ter sua persecução fracionada em distintas ações com maior pertinência do que os ilícitos conexos, já que, para estes, em razão de os elementos de prova serem intrínsecos, a recomendação de um único processo se faz ainda mais forte.

Tanto é assim que uma decorrência importante do fato de ser o ilícito continuado apenas uma ficção jurídica (já que, na verdade, é uma espécie de concurso material de ilícitos) é que a coisa julgada em uma ação penal em relação a uma determinada continuidade de conduta se opera tão somente em relação aos ilícitos especificamente objeto daquela persecução. Desta forma, novos ilícitos cometidos sob os mesmos parâmetros objetivos e subjetivos não são atingidos pela coisa julgada daquela ação, ainda que sejam ligados aos ilícitos já apreciados pelos laços da continuidade, podendo novo processo ser instaurado em razão destes novos fatos. Em outras palavras, apesar da recomendação de se operar apuração em única ação para os ilícitos já conhecidos, não há impedimento de se ter outra ação para outros ilícitos de que se tenha conhecimento posterior.

Refletindo este conceito na instância administrativa, pode-se ter a configuração de ilícitos continuados quando o servidor, em curtos intervalos de tempo, em uma mesma unidade, utilizando de mesmo *modus operandi* e valendo-se das mesmas condições de contexto propiciadoras da prática, realiza continuamente atos infracionais de mesma espécie - em forte associação com os conhecimentos técnicos que detém, da área em que atua e dos acessos, em sentido amplo do termo, que as atribuições legais de seu cargo lhe propiciam -, tais como diversas inscrições ou alterações cadastrais de pessoa física ou de pessoa jurídica, diversos cancelamentos de débitos fiscais, diversas emissões de certidões negativas de débito, diversos registros de exportações fictícias em sistema informatizado de comércio exterior, diversos desembaraços aduaneiros de declarações de importação, sendo recomendável, em todos estes exemplos, que as apurações acerca dos fatos até então conhecidos se deem em um mesmo processo.

Interessante destacar aqui a peculiaridade em especial de um determinado ilícito disciplinar, que é o ato de improbidade por enriquecimento ilícito, previsto no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa), combinado com o inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, conforme se exporá em **4.7.4.4.3**. O enriquecimento ilícito em si não é um ato funcional e não se confunde com a conduta antijurídica em si, de ação ou de omissão, perpetrada na condição de servidor no exercício do cargo (como o são os diversos exemplos mencionados acima), mas sim o resultado que decorre do ato funcional infracional. Na esteira, embora se reconheça tratar-se de uma modelação ainda frágil e incipiente, pode-se aduzir que a sua natureza jurídica depende das circunstâncias materiais de cada caso concreto, uma vez que acompanha a natureza jurídica do ato funcional que lhe precede. Em outras palavras, se um ato ilícito único e instantâneo acarretar enriquecimento ilícito recebido de uma só vez, esta infração subsequente também pode ser tida como instantânea. Por outro lado, se qualquer uma das práticas ilícitas continuadas exemplificadas acima acarretar reiterados episódios de enriquecimento ilícito, estas infrações subsequentes poderão assumir a natureza de continuadas. Portanto, em função da natureza jurídica do ato funcional de que decorre, o enriquecimento ilícito pode ser uma infração instantânea ou continuada.

Pelo exposto, caso se tenha em fase de admissibilidade uma quantidade discreta de eventos na linha acima exemplificada (que atendam aos requisitos objetivos e subjetivos da continuidade, tais como diversas inscrições ou alterações cadastrais de pessoa física ou de pessoa jurídica, diversos cancelamentos de débitos fiscais, diversas emissões de certidões negativas de débito, diversos registros de exportações fictícias em sistema informatizado de comércio exterior, diversos desembaraços aduaneiros de declarações de importação) e, no curso do processo disciplinar, venha ao conhecimento da comissão novos episódios de conduta da mesma espécie, em princípio, na leitura restritiva que se teria dos conceitos em questão sob óticas penal e processual penal, embora, em regra os ilícitos em relação de continuidade recomendem um único processo, pode ser conveniente que se formule nova

representação à autoridade instauradora, a fim de se evitar alegação de extrapolação dos poderes apuratórios atribuídos na portaria instauradora e o enfrentamento da questão do marco inicial do prazo prescricional. Nesta linha cautelosa, repise-se que o ilícito continuado é apenas uma construção fictícia do Direito Penal, com o fim de imputar sanção menos severa que se imputaria caso se considerassem os ilícitos constituintes em concurso material, sendo certo que eventual coisa julgada em relação ao procedimento original não interfere em posterior apuração.

Entretanto, não obstante este posicionamento *a priori* conservador, é de se reconhecer que, em instância disciplinar, em que o universo de penas possível é discreto, esta diferenciação conceitual entre ilícito continuado e concurso material de ilícitos não teria efeito, conforme adiante se abordará com mais profundidade. Na prática, o fato de um servidor cometer uma determinada quantidade de atos ilícitos com defasagem temporal menor ou maior que a referência jurisprudencial de trinta dias, na mesma unidade ou em unidade localizada em outra localidade, valendo-se ou não de mesmo *modus operandi*, sem que, de um jeito ou de outro, se configure conexão no sentido estrito das instâncias penal ou processual penal, se, por um lado, não altera as recomendações de se autuarem em um mesmo processo disciplinar todos os ilícitos de que de imediato já se tem conhecimento e de, em princípio, a comissão formular representação à parte caso levante novos ilícitos no curso do inquérito administrativo, também, por outro lado, não conduz à irretorquível declaração de nulidade caso os novos ilícitos sejam abarcados no processo já em curso.

Com efeito, caso em fase de admissibilidade, demarcada por uma quantidade discreta de eventos que atendam aos requisitos objetivos e subjetivos da continuidade, se identifiquem novos episódios de conduta da mesma espécie, não se tem dúvida da legalidade da inclusão destes novos fatos no escopo investigativo em curso.

E, analogamente ao que se defendeu para infrações conexas em concurso, ainda que de forma menos hialina, no caso de se identificarem, no curso do processo disciplinar, novos fatos que se inserem no conceito jurídico de ilícito continuado em relação aos fatos que deram origem à instauração, admite-se que a comissão processante os inclua no objeto da apuração. Acrescente-se que a inclusão destes novos fatos no escopo dos trabalhos somente é válida se ocorrida antes de eventual indicição do acusado, requerendo apenas a soberana deliberação da comissão e dispensando que a autoridade instauradora adite a portaria.

E novamente antecipando em síntese o que detidamente se abordará em **4.13.1.4**, também para o ilícito continuado, na linha da regra geral para o concurso material de infrações, deve-se operar o cálculo da prescrição de forma individualizada, considerando a autonomia resultante do conhecimento particularizado de cada infração, seja ainda em fase de admissibilidade, seja já no curso do processo disciplinar. Apenas advirta-se que caso o conhecimento diferido no tempo dos diversos ilícitos de natureza continuada se dê antes da instauração, ainda na fase de admissibilidade, e também se dê de forma que, em razão da data de conhecimento de algum(ns) deste(s) ilícito(s), já se tenha operado a prescrição e para outros ainda não, já de pronto deve-se desconsiderar do escopo instaurador aqueles ilícitos para os quais o tempo decorrido desde o conhecimento já faz operar a prescrição e de manter no foco apuratório somente aqueles ilícitos para os quais este efeito extintor da punibilidade ainda não se operou.

Por fim, aborda-se o conceito doutrinário de ilícito habitual. Sem contar com definição expressa na lei penal, o ilícito habitual tem a peculiaridade de ser considerado configurado somente após a reiteração de determinados atos que, se tomados isoladamente, não atingem o patamar de ilicitude. O ilícito habitual decorre da reiteração com que o agente pratica atos que, por si sós, até seriam penalmente irrelevantes, mas que auferem reprovabilidade social justamente com a habitualidade. Obviamente, tratando-se, a rigor, de um conjunto de atos praticados com habitualidade e que, no seu todo, constituem um ilícito único, recomenda-se para o ilícito habitual uma ação penal única e considera-se iniciada sua contagem

prescricional na data de consumação do último ato constituinte, conforme se discorrerá mais detidamente em **4.13.1.4**.

Diferentemente do ilícito continuado (no qual, na verdade, cada ato em si já configura um ilícito e que, como já afirmado acima, trata-se de uma ficção jurídica para conter em apenas um conceito o que, na verdade, se constitui de diversos ilícitos em concurso material), o ilícito habitual é de fato um ilícito único, mas formado por diversos atos que, separadamente, são atípicos. No ilícito habitual, é a habitualidade que faz daquela prática um estilo ou um hábito de vida reprovável do agente, sendo então, um elemento do tipo.

O ilícito habitual não se confunde nem mesmo com o conceito de habitualidade delitativa (ou habitualidade no crime ou criminosa) por parte do agente que comete vários ilícitos independentes. Enquanto no ilícito habitual a habitualidade é uma qualidade do ilícito, na habitualidade delitativa do agente o que se tem é a pluralidade de condutas ilícitas, sendo a habitualidade uma qualidade do autor. Na instância penal, esta diferenciação é relevante, a fim de que não se beneficie o agente que se move pela vontade de cometer diversos ilícitos e que, como tal, deve se sujeitar ao sancionamento cumulativo do concurso de ilícitos, com a mesma sanção a que se sujeita o autor que incorre no ilícito único de natureza habitual.

Ademais, embora ambos conceitos se insiram na recomendação da unidade processual, também não se deve confundir ilícito habitual com ilícitos conexos, no sentido estrito deste conceito. Enquanto o primeiro se refere a um ilícito único, configurado após a reiteração de determinados atos que, por si sós, não configuram ilicitude, por outro lado, a conexão se configura com dois ou mais ilícitos que guardam entre si, em algum grau, indissociabilidade apuratória.

E, embora ambos sejam ilícitos únicos, também não se confunde o ilícito habitual com o ilícito permanente, pois aquele não se consuma com um ato único e se caracteriza pela reiteração, enquanto este possui a particularidade de que já se consuma desde o primeiro momento, a despeito de a conduta antijurídica se prolongar ininterruptamente no tempo. No ilícito permanente, desde o primeiro momento da ação antijurídica, a ilicitude está configurada e mantém-se ininterruptamente configurada um dia após, uma semana após, um mês após; enfim, assim mantém-se pelo tempo em que permanece a ação, até quando o agente cessar a afronta ao bem jurídico tutelado - não obstante, ratifique-se, já estar configurado desde o nascedouro da ação. No ilícito habitual, diferentemente, além de os atos antijurídicos poderem ser interpolados e cometidos com algum espaçamento temporal, de forma não ininterrupta, os primeiros atos não possuem o condão de fazer consumada a ilicitude, que somente se aperfeiçoa, se concretiza e se sedimenta com a reiteração, e não desde o primeiro momento.

O reflexo do conceito de ilícito habitual em instância administrativa, embora deva ser fortemente ponderado por cautela, pode se fazer razoável excepcionalmente em alguns casos concretos. A Lei nº 8.112, de 1990, prevê repercussão disciplinar, por exemplo, para o servidor que deixa de ser assíduo e pontual ao serviço ou que exerce atividade incompatível com o cargo ou que proceda de forma desidiosa (conduta que também pode se amoldar, dependendo das peculiaridades de cada caso concreto, ao conceito de ilícito continuado) ou que participe da gerência ou da administração de sociedade ou que exerça o comércio. Com as ponderações necessárias diante do caráter vinculante dos enquadramentos administrativos, pode-se compreender que, em tese, a ausência ao serviço em discretas oportunidades, ou a prática de um único ato isolado e pontual em vida privada que não se harmonize com as atribuições públicas ou de desleixo, desapego ou descompromisso culposos no exercício do cargo ou de gestão em uma sociedade ou um ato de venda de determinado bem não atingem o patamar de ofender aos bens jurídicos respectivamente tutelados pelo Estatuto. Todavia, a prática ou o exercício habituais de cometer qualquer um destes atos - que, em princípio, isoladamente não fazem merecer persecução e apenação disciplinar - configuram enquadramentos previstos na Lei nº 8.112, de 1990, que podem ser tidos, então, com certa

afinidade com o conceito extraído da doutrina penal de ilícitos habituais e devem todos estes atos constituintes de que se tem conhecimento em fase de admissibilidade serem apreciados de forma conglobante em um único processo. Há posicionamento institucional neste sentido.

*Orientação Coger n° 28*

*O enquadramento no art. 117, X, da Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990, requer a reiteração da conduta, não se consumando com atos pontuais ou eventuais, que, se tomados isoladamente, não atingem o patamar de ilicitude, conforme a doutrina define ilícito de natureza jurídica habitual.*

*Em contrapartida, como regra geral do regime disciplinar, o conceito de ilícito habitual não se aplica e não se faz como pré-requisito para imputar a um servidor acusação por cometimento de infrações cabíveis na maioria dos enquadramentos estatutários. A título de exemplo, a falta de zelo ou de dedicação no exercício do cargo ou a ausência do serviço sem autorização superior não são fatos por si sós desprovidos de reprovabilidade e que somente alcançam o patamar de constituírem infrações quando cometidos com habitualidade; mesmo em condutas únicas, fatos daquelas naturezas já podem merecer persecução e apenação disciplinar.*

Vencida a apresentação conceitual, quanto à questão da ciência de novos fatos sob o manto da habitualidade, independentemente do momento em que tal conhecimento se dê - se antes ou depois da instauração do processo disciplinar -, é válido que sejam abarcados no procedimento em curso. Caso se cogite em fase de admissibilidade de suposto ilícito habitual, demarcado por uma quantidade discreta de eventos e, seja ainda na subfase investigativa, seja já no curso do processo disciplinar, venha ao conhecimento novos episódios de conduta da mesma espécie, independentemente de não se confundirem com o conceito estrito de fatos conexos, é plausível a tese de que faz sentido que sejam abarcados na mesma investigação ou no mesmo apuratório, uma vez que podem ser relevantes para a caracterização da habitualidade requerida para a configuração da infração - já que o conceito de habitualidade conduz à infração única, pode-se defender que não haja fracionamento da apuração em autos distintos.

Acrescente-se que, no caso de conhecimento de novos fatos sob o conceito de habitualidade já no curso do processo disciplinar, sua inclusão no escopo dos trabalhos somente é válida se ocorrida antes de eventual indicição do acusado, requerendo apenas a soberana deliberação da comissão e dispensando que a autoridade instauradora adite a portaria.

E quanto à prescrição, mais uma vez sintetizando antecipação do que se analisará em **4.13.1.4**, dada a estrutura jurídica da infração habitual, que se configura mediante a prática reiterada de vários atos que integram o conjunto de condutas indesejável pelo ordenamento legal, a renovação do conhecimento relativamente a cada nova ação, que indica que o agente não cessou a habitualidade transgressora, repercute diretamente na retomada do início da contagem do prazo de prescrição, seja ainda na fase de admissibilidade, seja já no curso do processo administrativo disciplinar instaurado. Há posicionamento institucional neste sentido.

*Orientação Coger n° 29*

*À vista das definições doutrinárias de que ilícito habitual encerra uma única infração e de que sua prescrição começa a correr do último ato cometido, ainda que já tenham ocorrido atos enquadráveis no art. 117, X, da Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para os quais já se tenha fluído o prazo prescricional, o conhecimento de novos atos renova o termo inicial da contagem e possibilita a instauração de procedimento investigativo ou disciplinar.*

Por fim, diferentemente de todo o exposto a partir de quando se abordaram hipóteses de pluralidade de condutas e de pluralidade de ilícitos (concurso material ou formal de ilícitos, ilícito continuado e ilícito habitual), faz-se necessário mencionar um outro fenômeno jurídico, denominado concurso (ou conflito) aparente de normas, que se configura quando o

aplicador do Direito tem diante de si uma situação de uma única conduta e de um único ilícito mas que parece se enquadrar em mais de um dispositivo legal, conforme se detalhará em **4.5.3**. Tratando-se de conduta única e de ilícito único, deve receber um único tratamento jurídico, já que é de se presumir que o ordenamento deve ser harmônico. Para este fim, devem ser empregados os critérios de resolução do conflito - que, de fato, se demonstra apenas aparente, já que sempre haverá um critério que o solucione.

Refletindo esta diferenciação em instância administrativa, pode-se mencionar, a título de exemplo, a hipótese de um servidor que, ao desembaraçar de forma consciente e irregular uma determinada mercadoria (este é o ato único), na base de sua conduta, deixa de observar uma norma vigente que determina que aquela mercadoria seja apreendida. Não há no exemplo em questão, de uma única conduta, concurso de infrações, nem independentes tampouco conexas, menos ainda há infrações continuadas ou habituais. Há apenas uma infração final, de irregularmente liberar a mercadoria (que, a rigor, deveria ter sido apreendida), que absorve o ato inicial (de inobservar a norma que determinava a apreensão), integrante da conduta acabada, resolvendo-se o conflito apenas aparente de normas, que parecia indicar dois enquadramentos possíveis, pelo critério da subsidiariedade.

Feita a apresentação destes conceitos oriundos da instância penal e esboçados alguns exemplos de como eles poderiam se fazer refletir na instância disciplinar, é de se ratificar o enfoque com que se introduziu o presente tema. Diante das características inerentes ao Direito Penal, no qual os ilícitos encontram rígida definição demarcada pela tipicidade e cuja sanção, além de sempre gravosa no círculo de direitos pessoais, comporta significativa elasticidade no *quantum* a ser aplicado, este conjunto de conceitos legais e doutrinários é extremamente relevante naquela instância, com o fim de ponderar com equilíbrio a aplicação da pena, sobretudo nas diferentes espécies de concurso. Com o objetivo de evitar sanções desproporcionais, na instância penal, as delimitações, fronteiras e diferenças entre os presentes conceitos são tratadas com rigor, mantendo-se, de fato, um forte grau de estanqueidade e incomunicabilidade entre os conjuntos de hipóteses que respectivamente em cada um deles se enquadram. Afinal, para a instância penal, é extremamente relevante diferenciar se o concurso importará na cumulatividade das penas ou tão somente na exasperação da pena ou ainda na pena única associada ao ilícito habitual. Daí, os conceitos de conexão e de concurso de ilícitos, ilícitos continuados e ilícitos habituais rigidamente diferem entre si, bem como as consequências que implicam em termos de unidade ou pluralidade processual e de cômputo prescricional, e, diante da severidade das sanções penais, guardam natureza inafastavelmente excludente.

Todavia, é de ratificar que a instância disciplinar, sem jamais se afastar de princípios constitucionais garantistas da defesa, dinâmica e simultaneamente também se rege por alguns princípios específicos (como da autotutela, da indisponibilidade do interesse público, do formalismo moderado, da verdade material e da oficialidade, evidenciadores de maiores liberdade e economicidade na atuação administrativa) e que, nela, os ilícitos são definidos sob a generalidade abrangente dos enquadramentos e as penas são discretas e sem a característica do casuísmo penal, conforme se demonstrará em **4.6.3**. À vista destas peculiaridades, é de se demarcar que os conceitos de concurso de ilícitos, ilícitos continuado e habitual e de conexão até podem ser considerados na aplicação do regime e do processo disciplinares, mas de forma menos rígida e severa e sem a rigorosa estanqueidade com que se aplicam na instância penal, inclusive na repercussão determinadora de único ou de múltiplos processos.

A superficial menção a estes conceitos de instâncias penal material e processual, sem se confundir com qualquer vinculação a eles em instância disciplinar e apenas para enriquecer o arrazoado em grau de analogia, se justifica em meio à apresentação da fase de admissibilidade porque é de se enfatizar a pertinência de se esgotarem as investigações antes da emissão do juízo de admissibilidade. Menos do que aqui estabelecer supostas hipóteses de nulidade processual caso a Administração, por seus diferentes agentes envolvidos na aplicação do regime disciplinar (autoridade ou comissão, seja em fase de admissibilidade, seja

em rito contraditório do processo disciplinar), no maior grau de liberdade com que lhe é consentido atuar, mitigue as repercussões decorrentes de classificação de ilícito como independente, conexo, continuado ou habitual, o que se quer é estimular o aprofundamento das pesquisas e das ferramentas investigativas.

O importante a se destacar por ora é que deve a fase de admissibilidade buscar esgotar todas as investigações pertinentes ao objeto da denúncia ou representação sob análise, de forma a propiciar à autoridade instauradora a mais completa visão que seja possível neste momento incipiente acerca de eventuais desdobramentos da conduta funcional. Com isto, a autoridade instauradora passa a contar com todos os subsídios para a decisão de instaurar um processo disciplinar abarcando o rol de episódios que guardam natureza conexa, continuada ou habitual que se possa identificar e, na sequência, a comissão a ser designada terá diante de si um universo delimitado de trabalho, dispensando-lhe esforços investigativos com o fim de agregar novos fatos a seu escopo apuratório; ou, por outro lado, a autoridade instauradora pode, a seu critério, instaurar diferentes processos administrativos disciplinares para a apuração de ilícitos independentes.

Mas, caso a fase de admissibilidade não tenha exaurido a identificação fática, é pacífica, não só à vista da maior liberdade de ação da instância disciplinar mas até mesmo de acordo com os dispositivos trazidos subsidiariamente do CP e do CPP, a possibilidade (que não se confunde com obrigatoriedade) de unidade processual em casos de concurso de ilícitos conexos e de novos fatos demarcadores da habitualidade em ilícito habitual, de acordo como estes conceitos estritamente são elaborados na instância penal. Assim, conforme se ratificará em **4.2.2.1.1**, é possível a comissão abarcar para seu escopo apuratório eventuais infrações conexas - seja pela inter-relação material teleológica, consequencial ou ocasional dos fatos cometidos pelo mesmo autor, seja por reunião ou concurso de pessoas ou reciprocidade ou ainda por indissociabilidade probatória de modo geral - àquelas que tenham provocado a decisão de instaurar o processo disciplinar e que, como tal, não tenham feito parte do rol motivador da decisão da autoridade instauradora, acatando o caráter propositivo do parecer de admissibilidade. Com ainda maior facilidade se defende a plausibilidade de a comissão abarcar para o apuratório em curso fatos demarcadores da habitualidade da infração única sob apuração e que porventura não tenham sido levantados na fase de admissibilidade e instruído a decisão de instaurar o processo disciplinar.

Todavia, como já se reconheceu ao abordar a continuidade delitiva, apesar dos esforços hermenêuticos ali lançados, a mesma convergência entre a linha de atuação administrativa e os conceitos mais rígidos oriundos da instância penal e, por conseguinte, a mesma facilidade conclusiva não se encontram quando se analisa a hipótese de a comissão se deparar, no curso de seus trabalhos apuratórios, com ilícitos com vínculo de continuidade em relação aos fatos que tenham provocado a instauração do processo disciplinar. Nestes casos, tomando-se pelo estrito rigor da conceituação extraída da instância penal, para se evitar possível alegação de que, em tese, se teria extrapolado os poderes expressos na portaria de designação, poderia soar mais recomendável que a comissão encaminhasse representação à parte para a autoridade instauradora, a fim de que estes novos fatos fossem submetidos a novo juízo de admissibilidade, conforme mais detidamente se retornará a este tema em **4.2.2.1.2**.

Não obstante, à vista das peculiaridades já manifestadas do Direito Disciplinar em face do Direito Penal, sob a informação de princípios especificamente caros da autotutela, da indisponibilidade do interesse público, da verdade material e da oficialidade, que aqui repercutem na aceitação de que o conceito de conexão estritamente compreendido nas instâncias penal e processual penal pode ser tomado de forma mais abrangente e elástica e menos delimitada e rigorosa, a teórica recomendação acima exposta, de representação à parte diante de novos episódios continuados, não aufere o condão de, a *contrario sensu*, ter como nula a extensão dos trabalhos apuratórios, por parte da comissão, para abarcar estes fatos de natureza continuada que vieram ao conhecimento somente ao tempo do inquérito administrativo, ao amparo de doutrina do Ministério da Transparência, Fiscalização e

Controladoria-Geral da União (CGU).

*“Deverão ser examinados no mesmo processo, ou seja, apuradas e julgadas num só processo disciplinar:*

*a) os fatos ligados entre si, por pontos de conveniências, em que o conhecimento de um deles ajuda a entender outro;*

*b) as faltas disciplinares cometidas em co-autoria (faltas cometidas por vários acusados quando houver relação acusatória entre eles).*

*c) os fatos continuados, quando o mesmo servidor cometeu diversos atos de mesmo conteúdo, em caráter contínuo (infração continuada = série de ilícitos da mesma natureza)*

*Os fatos novos que não tenham relação direta com os que motivaram a instauração do processo disciplinar devem ser objeto de apuração isolada, em outro procedimento.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 129 e 130, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Acrescente-se, como reforço a esta flexibilização com que se importam os conceitos em tela, da instância penal, para a instância administrativa, pode-se defender que, aqui, os termos “conexos” e “conexão”, comumente expressos na portaria de instauração, vão além do sentido estrito e exaustivo da lista de incisos do art. 76 do CPP e venham a assumir um sentido mais elástico e abrangente de qualquer forma de liame - no sentido léxico de coesão, ligação, relação a unir - que, à vista das já mencionadas peculiaridades da base principiológica estruturante da esfera disciplinar, autorizem a unidade processual.

No mesmo rumo, é de se trazer à tona o conceito processual penal da continência, mencionado nos arts. 77 a 79 do CPP. Da mesma forma como se introduziu o conceito de conexão, tem-se que o instituto da continência não se associa à ideia de mais uma forma de se classificarem ilícitos mas sim está associado à competência, na inteligência de que diversos fatos possam ser considerados, ainda que ficticiamente “contidos” em um único ilícito - como um continente - a ser congruentemente julgado, em um único processo, por uma única autoridade julgadora, a quem se oferta uma visão conglobante de todo o conjunto probatório, igualmente a fim de prevenir a ocorrência de decisões discrepantes, propiciando economia processual, razoável duração do processo e, sobretudo, segurança jurídica.

*CPP - Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:*

*I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;*

*II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal.*

*Art. 79. A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo:*

As remissões do inciso II do art. 77 do CPP, se atualizadas, se reportam aos conceitos de crime continuado, de erro na execução (a chamada *aberratio ictus*) e de resultado diverso do pretendido (a chamada *aberratio criminis*), respectivamente, nos atuais arts. 71, 73 e 74 do CP. Assim, das quatro hipóteses mencionadas no art. 77 do CPP, apenas duas aqui se demonstram relevantes para também serem agregadas às possibilidades autorizadas de unidade processual, em leitura conjunta com o *caput* do art. 79, ambos do CPP: quando dois ou mais agentes cometem um único ilícito (de se perceber que não se trata de qualquer espécie de conexão intersubjetiva, já que conexão requer multiplicidade de ilícitos e a hipótese em tela comporta apenas um ilícito) e quando se comete crime continuado.

Estas hipóteses que se agregam às possibilidades de unidade processual por continência podem ser figuradas por meio de exemplos para a instância administrativa. Pode-se ter a continência por dois agentes cometendo um mesmo ilícito, indicadora de um único processo, no caso de dois servidores, no cumprimento de TDPF no estabelecimento de um contribuinte, mediante combinação prévia, exijam determinada vantagem com o fim de não

procederem à vinculada autuação, devendo a conduta de ambos agentes ser encartada em um único ilícito continente a fim de ser processada em uma única ação. E pode-se ter a continência por ilícito continuado, também indicadora de um único processo, no caso de um servidor que, aproveitando-se das condições objetivas reinantes de tempo e de espaço de não haver vigilância em determinada repartição do fim do expediente, de forma continuada, sob mesmo *modus operandi*, invade algumas salas e furta diferentes bens públicos; tendo em vista que somente um daqueles recintos conta com câmara de segurança, apenas este encaminha representação; e, seja ainda em fase de admissibilidade, seja já no curso do processo disciplinar, vindo à tona os furtos também cometidos nas demais salas que não noticiaram, devem todos os furtos serem encartados em um único e fictício ilícito continente a fim de ser processado em uma única ação.

O exemplo acima edificado para atos continuados, cometidos praticamente em uma conduta ininterrupta, é mais fácil de se vislumbrar como ilícito de natureza continuada a inserir-se no conceito de continência a indicar um único processo. Mas também os exemplos já mencionados quando se abordou a conceituação de ilícito continuado (tais como diversas inscrições ou alterações cadastrais de pessoa física ou de pessoa jurídica, diversos cancelamentos de débitos fiscais, diversas emissões de certidões negativas de débito, diversos registros de exportações fictícias em sistema informatizado de comércio exterior, diversos desembaraços aduaneiros de declarações de importação), que são cometidos de forma interpolada no tempo, igualmente encontram a justificativa jurídica para a unidade processual - ainda que com maior esforço construtivo - no mesmo conceito da continência. Este tipo de conduta continuada - seja com todos os ilícitos detectados antes da instauração, seja com parte dos ilícitos detectados antes da instauração e parte detectada já no curso do inquérito administrativo - justifica ou ao menos autoriza, sem risco de nulidade, a inclusão em único processo disciplinar por força do conceito da continência.

Novamente, é de se destacar o maior grau de liberdade com que se move a instância disciplinar. Se, por um lado, o *caput* do art. 79 do CPP impõe a unidade processual para o caso de continência na instância penal, na processualística disciplinar se pode aduzir que a existência de continência por razão de continuidade de infrações disciplinares, se não obriga, ao menos permite a análise de conveniência e oportunidade para que fatos de natureza continuada conhecidos já após a instauração sejam abarcados no mesmo inquérito administrativo em curso.

Em síntese, em função da natureza jurídica da ilicitude que veio a lume em momento posterior, bem como da aferição se existe algum liame entre esta e o fato ilícito originalmente conhecido, são abarcadas na consideração *lato sensu* como fatos conexos - o que autoriza a unicidade processual - as noções de conexão estrita prevista no art. 76 do CPP (a que a doutrina chama de conexões teleológica, consequencial, ocasional, probatória e intersubjetiva), continência, nos termos do art. 77 do mesmo diploma, que inclui por sua vez a continuidade delitiva (com definição no art. 71 do CP), além do conceito doutrinário de ilícito habitual. Ademais, os fatos assim definidos como conexos podem integrar a fase de admissibilidade ou o processo disciplinar já em curso. No caso de processo disciplinar, a extensão dos trabalhos para fatos conexos conhecidos após a instauração é válida desde que ocorra antes da indicição, dispensa qualquer alteração da portaria instauradora, de que consta a expressão “fatos conexos”, e pode ser objeto de soberana e motivada deliberação da comissão, sem necessidade de se submeter à autoridade instauradora. Há posicionamentos institucionais neste sentido.

*Orientação Coger nº 40*

*Conexão, em matéria processual disciplinar, compreende não só as espécies estritas de ilícitos conexos elencadas no art. 76 do CPP mas também os ilícitos tidos como habituais, os ilícitos continuados definidos no art. 71 do CP e os ilícitos compreendidos na definição de continência, constante do art. 77 do CPP.*

*Orientação Coger nº 41*

*O conhecimento de novas irregularidades tidas no conceito amplo de conexão permite a sua inclusão no escopo de trabalho de fase de admissibilidade ou de PAD já em curso, desde que, neste último caso, se dê em momento anterior à indicição.*

*Orientação Coger nº 42*

*A inclusão de novas irregularidades tidas no conceito amplo de conexão no escopo apuratório de PAD já em curso não impõe alteração da portaria instauradora e pode ser objeto de soberana deliberação da comissão, sem necessidade de submissão à autoridade instauradora.*

Embora se guardem as diferenças intrínsecas a cada instância judicial do Direito público e do Direito privado, destaque-se a processualística civil também reconhece os institutos da conexão e da continência como indicadores da unicidade processual, conforme os arts. 54 a 57 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC).

*CPC - Art. 54. A competência relativa poderá modificar-se pela conexão ou pela continência, observado o disposto nesta Seção.*

*Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.*

*§ 1º Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado.*

*§ 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.*

*Art. 56. Dá-se a continência entre 2 (duas) ou mais ações quando houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o pedido de uma, por ser mais amplo, abrange o das demais.*

*Art. 57. Quando houver continência e a ação continente tiver sido proposta anteriormente, no processo relativo à ação contida será proferida sentença sem resolução de mérito, caso contrário, as ações serão necessariamente reunidas.*

Mas, não obstante a flexibilização aceita acima, é de prevalecer a recomendação de que, em fase de admissibilidade, deve-se procurar, sempre que possível, dependendo da natureza do fato representado ou denunciado, esgotar as possibilidades de investigação. Se o fato noticiado é tal que haja possibilidade de trazer consigo demais fatos conexos e, destacadamente, demais fatos com liame de continuidade ou de habitualidade, deve o servidor incumbido das subfases investigativa e/ou analítica (seja integrante do grupo de assessoramento, seja integrante do grupo de investigação disciplinar) utilizar todas as ferramentas válidas a seu dispor, com o fim de exaurir o universo fático a ser objeto das apurações contraditórias. Não é recomendável que este servidor designado para a tarefa se satisfaça apenas com uma superficial e breve amostragem da conduta funcional para, de imediato e precipitadamente, já provocar a autoridade instauradora a estabelecer o rito disciplinar, já que, muito provavelmente, de forma inadequada, caberá à comissão ainda esgotar o universo fático no curso das apurações contraditórias.

A título de exemplo, representações ou denúncias acerca de discreta quantidade de atos por si sós ilícitos mas que também podem ser continuados na conduta funcional (sob idênticas condições objetivas e subjetivas, tais como emissão e alteração cadastral de pessoas físicas e jurídicas, baixas de débitos fiscais em sistemas informatizados, emissões de certidões negativas de débitos, elaboração e transmissão de declarações, desembaraços aduaneiros de declarações de importação ou de exportações fictícias, dentre outros) ou de atos que auferem a ilicitude tão somente em razão da habitualidade (tais como, impontualidade ou ausência ao serviço, ato incompatível com o cargo ou atuação como gerente ou administrador de sociedade, dentre outros), devem ser, ainda em fase de admissibilidade, objeto de extensa varredura por parte do(s) servidor(es) incumbido(s) das subfases investigativa e/ou analítica, a fim de que a proposta de instaurar o rito disciplinar já venha amparada pelo universo fático

delimitado sobre o qual *a priori* deve a comissão se concentrar em seus trabalhos, poupando ao colegiado o gasto de tempo e de energia com investigações. Além de propiciar economia processual e eficiência, ambos parâmetros erigidos a patamar de princípios reitores, tal postura exaustiva em fase de admissibilidade previne o incidente de a comissão ter de avaliar a necessidade ou a pertinência de representar à parte e de se instaurar mais um processo disciplinar por fatos de alguma forma vinculados àqueles que determinaram a instauração, bem como evita questionamentos acerca de prescrição em caso de extensão do escopo apuratório e ainda evita possíveis julgamentos discrepantes sobre fatos de mesma natureza, em afronta à segurança jurídica. Afinal, nas peculiaridades com que se opera o instituto da prescrição na instância disciplinar, ainda que, na hipótese de extensão das apurações a fatos conexos àqueles que determinaram a instauração ou de novos episódios de ilícito único marcado pela habitualidade ou ainda alcançados pela continência, estes novos fatos sejam brindados com nova e específica contagem prescricional medida a partir da data em que se tornaram conhecidos, conforme se aduzirá em **4.13.1.4**, este é um tema que sempre comporta discussões e que provavelmente imporá à Administração enfrentar tese de defesa a favor da unicidade prescricional.

Caso sejam identificados em meio à instrução de rito investigativo de natureza patrimonial (seja iniciado por provocação, seja iniciado de ofício), podem ser incluídos, no escopo dos trabalhos, os fatos também associados à questão patrimonial pretéritos ou posteriores aos períodos denunciados ou representados (em sindicância patrimonial) ou aos períodos abrangidos nos critérios de seleção (em investigação patrimonial) e ocorridos até a data da conclusão daquele procedimento de investigação, desde que os dados necessários estejam disponíveis (o que significa, em caso de retroação da análise, a recomendação conservadora de não retroagir demais a ponto de já não mais se obterem documentos necessários à formação da convicção) e que o ato de instauração não tenha expressado delimitação de período. Esta análise conglobante não só resta autorizada sob seus aspectos jurídicos e dogmáticos - uma vez que é defensável concentrar em um único procedimento de investigação atos infracionais de natureza jurídica continuada, como pode ser o ilícito de índole patrimonial, de que se tem conhecimento em diferentes períodos -, como também pode até se demonstrar recomendável dos pontos de vista gerencial, pragmático e operacional. Há posicionamento institucional neste sentido.

*Orientação Coger nº 15*

*Não obstante não alterarem o início da contagem do prazo prescricional, podem ser incluídos, no escopo dos trabalhos de quaisquer procedimentos investigativos de natureza patrimonial, fatos novos também associados à questão patrimonial ocorridos em períodos anteriores ou posteriores àqueles que deram ensejo à instauração do rito e dos quais se tem conhecimento em meio à instrução, desde que o ato de instauração não tenha delimitado o alcance temporal.*

Mas, *a priori*, conforme se exporá em **4.13.1.4**, em razão da natureza jurídica do ilícito de índole patrimonial, em postura conservadora, estes acréscimos no alcance objetivo não possuem o condão de permitir que se considerem como fatos novos a deslocarem o início da contagem do prazo prescricional, que se mantém vinculado à regra geral para cada rito - a menos que, excepcionalmente, se restrinja a investigação original aos períodos denunciados ou representados (em sindicância patrimonial) ou aos períodos abrangidos nos critérios de seleção (em investigação patrimonial) e que se represente para que seja instaurado novo procedimento de investigação para os fatos pretéritos ou posteriores ou que, não se confirmando os indícios em relação àqueles períodos denunciados ou representados ou aos períodos abrangidos nos critérios de seleção, o relatório do rito investigativo figure como representação, hipóteses em que se pode iniciar a contagem do prazo prescricional para estes fatos novos a partir desta nova provocação.

E, quando a equipe de investigação ou comissão de sindicância, no curso de

procedimentos de investigação de natureza patrimonial (sejam iniciados por provocação, sejam iniciados de ofício), identifica fatos novos que não guardam conexão ou relação de habitualidade com o fato original que provocou sua designação, estes novos fatos devem ser objeto de representação diretamente apresentada à autoridade instauradora. Obviamente, se aqui se cogita de, em meio a procedimento investigativo de natureza patrimonial, se identificar novos fatos sem relação de conexão ou habitualidade com o fato originário, é porque esta nova provocação pode ter qualquer outra natureza, que não patrimonial. E, como de outra forma não poderia mesmo ser, requerem processamentos individualizados notícias de ilicitude de natureza patrimonial e notícias de irregularidades associadas a atos funcionais, ainda que de um mesmo servidor.

O ato ilícito de improbidade administrativa causador de enriquecimento ilícito em decorrência de variação patrimonial desproporcional, definido no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, guarda uma peculiaridade em comparação com a imensa maioria dos demais enquadramentos disciplinares. Conforme já dito linhas acima, enquanto a regra é de os enquadramentos refletirem, definirem e punirem atos funcionais praticados no pleno exercício das atribuições legais do cargo ou atos que no mínimo guardam relação com o cargo ocupado, o ilícito supraespecificado não é um ato funcional em si mas sim o resultado de um ou de diversos atos. A espécie em tela de enriquecimento ilícito não se confunde com a conduta antijurídica em si, de ação ou de omissão, perpetrada na condição de servidor no exercício do cargo, mas sim é o resultado que decorre do ato funcional infracional em geral realizado à custa de uma recompensa patrimonial.

E, como se verá em **4.7.4.4.3**, após um histórico e denso processo hermenêutico, chegou-se à construção de que a caracterização processual desta espécie de ato de improbidade administrativo causadora de enriquecimento ilícito não requer a identificação do ato funcional de que tenha decorrido o acréscimo patrimonial. Mais que isto, o ordenamento jurídico vigente tem assentado que a comprovação do resultante enriquecimento ilícito é bastante, por si só, para justificar a persecução disciplinar e a consequente apenação (quando cabível), sem nenhuma vinculação ou dependência com comprovação de que a variação patrimonial decorreu de determinado ato funcional. À vista do longo embate hermenêutico travado nos primeiros anos subsequentes à edição da Lei nº 8.429, de 1992, após o quê a tese ora exposta enfim se demonstrou correta e passou a ser aceita e aplicada, se pratica o entendimento de que não apenas se dispensa mas sim se tem mesmo a convicção de que não se deve jamais buscar a vinculação do enriquecimento com um ato funcional antecedente. Sendo assim, justifica-se que a identificação de ilícitos cometidos no pleno exercício das atribuições legais do cargo ou com ele ao menos relacionados no curso de procedimento investigativo de natureza patrimonial deve ensejar representação, a fim de que estes novos fatos sejam tratados e investigados em outro procedimento, de forma independente da apreciação patrimonial do servidor. À vista de toda a evolução hermenêutica construída sobre esta espécie ímproba, soaria até incoerente cogitar de juntar investigação de natureza patrimonial com investigação de ato funcional.

A mencionada representação deve ser formulada assim que tais fatos novos se revelem materializados, momento este que pode ser incidental, em meio à instrução do procedimento (hipótese em que não deve postergar esta provocação para o fim de seus trabalhos) ou, se for o caso, pode coincidir com as conclusões de seu relatório. Por fim, conforme se aduzirá em **4.13.1.4**, estes fatos novos têm o início da contagem do prazo prescricional desvinculado do fato original que provocou a designação, tendo seu termo inicial vinculado a seu específico conhecimento por parte da Administração, que se dá com a mencionada representação dirigida à autoridade instauradora, e a ser verificado até a publicação da portaria de instauração do feito disciplinar, em harmonia com a manifestação da AGU, por meio do seu Parecer AGU nº GQ-55, e também com posicionamento institucional neste mesmo sentido.

*Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: “13. Não raro, durante a apuração das irregularidades exsurtem evidências quanto à autoria, de forma a envolver*

*outros servidores, ou emergem infrações disciplinares conexas, ou não, com o objeto do processo disciplinar. São fatos que devem ser tidos como consentâneos com a finalidade da instauração do processo e incapazes de acarretar sua nulidade, desde que a c.i. adote as medidas procedimentais compatíveis com o contraditório e a ampla defesa, na execução dos trabalhos de apuração.*

*14. Em casos tais, a comissão deve possuir o discernimento necessário para adotar os atos que se impuserem com vistas a garantir ao servidor faltoso o exercício do direito assegurado no art. 156, suso, mas sem descuidar da agilidade processual. Assim, caso a c.i. não tenha concluído seus trabalhos, deve ser notificado o novel acusado para que, se o pretender, requeira o cumprimento de qualquer dos atos assegurados no art. 156, no respeitante à apuração já efetuada, atentando-se, destarte, para a faculdade atribuída ao presidente da comissão no § 1º do mesmo preceptivo. Já as infrações, verificadas no curso do apuratório, serão igualmente apuradas, se conexas com as faltas objeto do processo ou, se inexistente a conexão, a investigação não compromete a razoável agilidade da conclusão dos trabalhos. Senão, deve a c.i. propor a designação de outro colegiado, sem prejuízo de suas incumbências.”*

*Orientação Coger nº 17*

*Fatos novos dissociados da questão patrimonial que venham a ser identificados no curso de quaisquer procedimentos investigativos de natureza patrimonial devem ser objeto de representação, imediatamente após se revelarem materializados nos autos (seja incidentalmente em meio à instrução, seja no relatório) e têm o início da respectiva contagem do prazo prescricional desvinculado dos fatos originais de natureza patrimonial.*

Ainda neste longo parêntese acerca de rito investigativo de natureza patrimonial, é de se acrescentar que a aplicação extensiva, à fase de admissibilidade, do art. 18 do CPP e da Súmula nº 524 do Supremo Tribunal Federal - STF (que condicionam a reabertura de investigação criminal ou o início da ação penal, após arquivado o inquérito policial pela autoridade judiciária, ao surgimento de novas provas), autoriza que o conhecimento, por parte da Administração, de fatos novos também associados à questão patrimonial e ocorridos nos períodos que tenham sido objeto de procedimento de investigação de natureza patrimonial (seja iniciado por provocação, seja iniciado de ofício) já arquivado possa suscitar o desarquivamento do procedimento original ou a instauração de novo procedimento.

*CPP - Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.*

*STF, Súmula nº 524: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.”*

Quanto às condições necessárias para que o conhecimento deste fato novo autorize o desarquivamento do procedimento original ou a instauração de novo procedimento, esta retomada das investigações é possível mesmo que os dados ou provas referentes àquele fato novo já estejam disponíveis em sistemas informatizados da RFB. Nesta linha, basta que o fato possa ser considerado como materialmente novo, assim compreendido o fato que seja inédito no curso do procedimento original, cujos dados ou provas a ele referentes, ainda que estejam disponíveis e potencialmente passíveis de serem conhecidos (ou seja, dos quais se pode ter conhecimento potencial), não tenham sido diligentemente trabalhados, de forma a não constarem dos autos e tampouco terem sido efetivamente empregados. Os dados ou provas referentes àquele fato novo que apenas tenham a possibilidade de serem identificados - embora o acesso a eles seja possível por meio de pesquisa em sistema interno, não tenham sido utilizados no procedimento - não impedem o desarquivamento do procedimento original ou a instauração de novo procedimento. O fato novo que impede a retomada das investigações é aquele cujos dados ou provas a ele referentes, mais do que estarem potencialmente

disponíveis (por exemplo, em um sistema interno), já tenham sido efetivamente acessados e constem do procedimento original e sobre os quais a Administração queira, a destempo, fazer re-análise ou submeter-lhes a uma nova forma de apreciação ou deles extrair uma nova conclusão. E, conforme se aduzirá em **4.13.1.4**, quanto ao reflexo no início da contagem do prazo prescricional no caso de estarem satisfeitas as condições para o desarquivamento do procedimento original ou a instauração de novo procedimento, é aceitável que a contagem do prazo prescricional se reinicia na data do conhecimento deste fato novo. Há entendimento institucional neste sentido.

*Orientação Coger nº 16*

*O conhecimento, por parte da administração, de fatos novos também associados à questão patrimonial e ocorridos nos períodos que tenham sido objeto de quaisquer procedimentos investigativos de natureza patrimonial já arquivados, pode suscitar a retomada das investigações.*

Por fim, também é de se mencionar a possibilidade de a fase de admissibilidade abarcar uma grande quantidade de servidores envolvidos ou uma ampla diversidade de fatos a se esclarecer, seja por já terem sido apontados desde a representação ou denúncia, seja por terem surgido em decorrência do esgotamento das investigações preliminares. Em tais situações, pode a autoridade instauradora proceder ao desmembramento, de acordo com os balizamentos tanto de ordem jurídica (existência ou não de conexão) quanto de ordem operacional (inviabilidade de se instrumentalizar com eficiência e com qualidade trabalhos apuratórios com alto grau de dispersão e abrangência), conforme se exporá em **4.2.3**.

No presente tópico, se concentrou a exposição no embasamento para a proposta de instauração de processo disciplinar, mas, por óbvio, tem-se que o esgotamento das investigações em fase de admissibilidade também pode propiciar o robusto amparo para proposta de arquivamento, não se cogitando de desperdício de tempo ou de trabalho em nenhuma das duas hipóteses.

## **2.5.4 - O Tratamento Dado em Admissibilidade à Denúncia Anônima e à Notícia Veiculada em Mídia**

Após se ter exposto toda riqueza, profundidade e grau de detalhismo com que deve se enfrentar a necessidade de exaustivamente instruir uma fase de admissibilidade de origem ordinária e conhecida (qual seja, oriunda de representação de servidor ou de denúncia de particular), é indispensável expor o grau de conservadorismo e cautela ainda maior com que se recebe uma notícia de autoria não individualizável, em razão de decorrer de denúncia anônima ou de notícia veiculada em mídia.

De imediato, neste tema, releva aduzir que soa atécnico se cogitar de “representação anônima”. Pela própria natureza do instituto da representação funcional, requer-se que a peça tenha sido elaborada por agente público, o que, desde sempre, faz subentender que se sabe de sua autoria para que se possa denominá-la como tal.

Assim, a peça apócrifa noticiadora de supostas irregularidades cometidas no âmbito da Administração recai na denominação residual de denúncia anônima, ainda que, na experiência profissional e na percepção de quem a analisa, se depreenda que, por seu teor rebuscado e detalhado, o autor deva ser um agente público. Mesmo em tal hipótese, não se trata de representação sem autoria definida, recebendo o tratamento de denúncia anônima.

Embora em princípio, por previsão legal para a denúncia (*caput* do art. 144 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990) e por leitura extensiva de dispositivos normativos voltados à representação (a saber, o § 1º do art. 9º da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça normas gerais para a atuação correccional no âmbito do Ministério da Fazenda - MF; o § 2º do art. 5º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013; e o

§ 2º do art. 7º da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, que dispõem sobre a apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos da Pasta como um todo e especificamente da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB), se exija a formalidade da identificação do denunciante, tem-se que o anonimato, por si só, não é motivo para liminarmente se excluir uma denúncia sobre irregularidade cometida na Administração Pública e não impede a realização do juízo de admissibilidade e, se for o caso, a consequente instauração do rito disciplinar. Diante do poder-dever conferido no *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990, no âmbito da máxima do *in dubio pro societate*, neste caso, deve o parecer de admissibilidade verificar ainda com mais profundidade e cautela a existência de mínimos critérios de plausibilidade.

Não cabe aqui a adoção de uma leitura restritiva dos dispositivos acima que regulam a representação e a denúncia (exigindo a identificação do denunciante), como se eles delimitassem todo o universo de possibilidades de se noticiar o cometimento de irregularidades. Ao contrário, diante dos diversos meios de se levar o conhecimento de suposta infração à Administração, tem-se que aqueles dispositivos devem ser vistos apenas como formas específicas reguladas em norma, mas não as únicas lícitamente aceitáveis para provocar a instância disciplinar.

Neste rumo, defende-se que, diante da forte refração que a sociedade e o ordenamento (que, em tese, reflete os valores sociais) manifestam pelas condutas infracionais, se a autoridade se mantivesse inerte, à vista de notícia bem formulada e detalhada de suposta infração disciplinar, com indicação de indícios de materialidade e de autoria, por conta unicamente do anonimato, afrontaria princípios e normas que tratam como dever apurar suposta irregularidade de que se tem conhecimento na Administração Pública federal. Tampouco a comum alegação por parte de denunciados, de inconstitucionalidade, obtém sucesso. Uma vez que a previsão constitucional da livre manifestação do pensamento (inciso IV do art. 5º da Constituição Federal - CF) em nada se confunde com o oferecimento de denúncia à Administração em virtude de se ter ciência de suposta irregularidade, a este instituto não se aplica a vedação do anonimato. Ademais, conforme se abordará em **4.4.14.2**, o interesse público deve prevalecer sobre o interesse particular. O tema recebe pacíficos amparos jurisprudencial e doutrinário.

*STF, 'Habeas Corpus' nº 99.490: “Ementa: (...) Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada “denúncia anônima”, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados (86.082, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 22.08.2008; 90.178, rel. min. Cezar Peluso, DJe de 26.03.2010; e HC 95.244, rel. min. Dias Toffoli, DJe de 30.04.2010)”.*

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

*Idem: STJ, Mandados de Segurança nº 7.069, 12.385 e 13.348, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 4.435 e Recurso Especial nº 867.666*

*“(…) Em outras palavras, o fato de a Constituição Federal vedar o anonimato não autoriza a Administração Pública a desconsiderar as situações irregulares de que tenha conhecimento, por ausência de identificação da fonte informativa.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 104, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“O fato de a Constituição Federal vedar o anonimato não tem interpretação que autorize a Administração Pública a desconsiderar as situações irregulares de que tenha ciência sem a identificação da fonte. A exigência de identificação do responsável por denúncia, como posta nos estatutos funcionais, refere-se a uma das muitas formas de conhecimento de ilícitos administrativos. Desse modo, a denúncia anônima enseja a averiguação, que recolherá elementos mínimos de razoabilidade e informará a conveniência ou não de ser instaurada uma sindicância.” Léo da Silva Alves, “Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas”, pg. 42, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005*

Mencione-se, por fim, que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de outubro de 2003, foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006 - sendo, portanto, admitida no ordenamento nacional com força de lei - e reconhece a denúncia anônima.

*Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - Promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 2006 - Art. 13.*

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

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

Mas é claro que a autoridade não se precipitará a instaurar a instância disciplinar, com todos os ônus a ela inerentes, à vista tão somente de uma denúncia anônima. Se mesmo nos casos ordinários, de notícia identificada, se defende que a fase de admissibilidade deva ser conduzida com extrema cautela e enriquecida por procedimento de investigação, ainda mais se enfatiza tal recomendação em notícia originada anonimamente. Nestes casos, deve-se proceder com maior cautela antes de se decidir pela instauração do processo disciplinar, para evitar precipitada e injusta ofensa à honra do servidor (vez que o anonimato pode tentar ocultar vieses de personalidade e de animosidade), promovendo investigação ainda mais criteriosa, aprofundada, crítica e exigente (não contraditória, pois não há a figura de acusado), atendendo ao art. 2º da Portaria Coger-MF nº 24, de 29 de outubro de 2013, acerca do fato constante da peça anônima.

Busca-se, neste caso, consubstanciar, por meio de investigações e pesquisas a cargo do servidor incumbido da fase de admissibilidade (seja integrante do grupo de assessoramento, seja integrante do grupo de investigação disciplinar), todo o teor fático (em termos de materialidade e de autoria) trazido na denúncia. Se, por um lado, a denúncia anônima não deve ser liminarmente descartada tão somente por este detalhe de sua origem, por outro lado, não deve, de imediato, por si só, justificar a instauração de processo disciplinar. Faz-se necessário, para evitar instauração precipitada, avaliar se todo o teor infracional da conduta denunciada é mesmo possível de ter ocorrido.

E este é o entendimento pacificado no âmbito da Administração, não só por meio da

inequívoca positivação encontrada no § 3º do art. 6º da Portaria CGU nº 335, de 30 de maio de 2006, como também na manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 3, de 4 de maio de 2011.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 6º*

*§ 3º A denúncia cuja autoria não seja identificada, desde que fundamentada e uma vez que contenha os elementos indicados no § 1º, poderá ensejar a instauração de investigação preliminar.*

*Enunciado CGU/CCC nº 3, de 2011: “Delação anônima. Instauração. A delação anônima é apta a deflagrar apuração preliminar no âmbito da Administração Pública, devendo ser colhidos outros elementos que a comprovem.”*

No mesmo sentido, voltou a se posicionar a CGU, por meio de norma conjunta da Corregedoria-Geral da União da CGU (CGU/CRG) e da Ouvidoria-Geral da União da CGU (CGU/OGU). De acordo com o art. 2º da Instrução Normativa Conjunta CGU/CRG-CGU/OGU nº 1, de 24 de junho de 2014, a denúncia anônima que der entrada no Poder Executivo federal deve receber tratamento de ser encaminhada ao órgão a que o fato diz respeito e, neste âmbito, caso tenha elementos que justifiquem, deve ser o motivador para cautelosos trabalhos prévios investigativos.

*Instrução Normativa Conjunta CGU/CRG-CGU/OGU nº 1, de 2014 - Art. 2º Apresentada denúncia anônima frente a ouvidoria do Poder Executivo federal, esta a receberá e a tratará, devendo encaminhá-la aos órgãos responsáveis pela apuração desde que haja elementos suficientes à verificação dos fatos descritos.*

*§ 1º Recebida a denúncia anônima, os órgãos apuratórios a arquivarão e, se houver elementos suficientes, procederão, por iniciativa própria, à instauração de procedimento investigatório preliminar.*

*§ 2º O procedimento investigatório preliminar mencionado no parágrafo anterior não poderá ter caráter punitivo.*

Mas a relevante inovação que esta norma trouxe ao ordenamento foi normatizar a possibilidade da reserva de identidade do denunciante, seja a pedido do interessado, seja por iniciativa de ofício. A mencionada Instrução Normativa Conjunta, em seu art. 3º, dispõe que, sempre que o denunciante requerer, o órgão público deve atender o pedido de ocultação de sua identidade e dos demais dados pessoais, bem como autoriza que o próprio órgão, a seu critério, por assim entender necessário, proceda à reserva da identidade do denunciante. Neste caso, o encaminhamento da denúncia ao órgão de destino, embora inicialmente de origem identificada, deve ser feito com a ocultação da identificação e receber, a partir daí, no processamento, o tratamento de uma denúncia anônima.

*Instrução Normativa Conjunta CGU/CRG-CGU/OGU nº 1, de 2014 - Art. 3º Sempre que solicitado, a ouvidoria deve garantir acesso restrito à identidade do requerente e às demais informações pessoais constantes das manifestações recebidas.*

*§ 1º A ouvidoria, de ofício ou mediante solicitação de reserva de identidade, deverá encaminhar a manifestação aos órgãos de apuração sem o nome do demandante, hipótese em que o tratamento da denúncia será o previsto no art. 2º deste normativo;*

*§ 2º Caso indispensável à apuração dos fatos, o nome do denunciante será encaminhado ao órgão apuratório, que ficará responsável a restringir acesso à identidade do manifestante à terceiros.*

*§ 3º A restrição de acesso estabelecida no caput deste dispositivo não se aplica caso se configure denúncia caluniosa (art. 339 do Decreto-Lei n. 2.848/40 - Código Penal) ou flagrante má-fé por parte do manifestante.*

*§ 4º A restrição de acesso estabelecida no caput deste dispositivo encontra fundamento no art. 31 da Lei n. 12.527/11, devendo perdurar pelo prazo de 100*

*(cem) anos.*

Voltando à descrição instrumental, se a investigação processada pelo servidor incumbido da fase de admissibilidade se deparar com insuperável incoerência ou ausência de plausibilidade da notícia anônima, o juízo de admissibilidade deve ser decidido pelo liminar arquivamento. Mas, por outro lado, se esta investigação confirmar ao menos a plausibilidade, ainda que por meio de indícios, do objeto da denúncia anônima, convalidando-a, ela passa a suprir a lacuna do anonimato. Daí, pode-se dizer que o parecer de admissibilidade se ordena não pela formalidade de o denunciante ter se identificado ou ter se mantido anônimo. A proposta deste parecer, previsto no art. 3º da Portaria Coger-MF nº 24, de 2013, para que o processo disciplinar seja instaurado, com o fim de comprovar o fato e a sua autoria, garantindo-se ao servidor a ampla defesa e o contraditório, não mais se baseia na denúncia anônima em si, mas sim no resultado do procedimento de investigação, promovido e relatado por algum servidor dotado de fé pública e que, sob ótica disciplinar, ratificou os fatos denunciados. De uma certa forma, a investigação promovida pelo servidor incumbido da fase de admissibilidade supre lacunas que se poderiam alegar como existentes na notícia inicial e alimenta o parecer propositivo, de forma que o respectivo parecerista se equipara à figura de um representante, pois será seu relatório, calcado na investigação, que levará adiante a fase contraditória.

A mesma cautela, e até com maiores requisitos para não se deixar influenciar por pressão de opinião pública e de imprensa, deve se aplicar às denúncias que cheguem ao conhecimento da autoridade competente por meio da mídia, termo este que aqui, em harmonia com o atual estágio da sociedade, compreende não só todos os formatos da imprensa e da atividade jornalística mas também os movimentos e fóruns entabulados em redes sociais, ainda que virtuais. Não sendo esta uma forma ilícita de se trazer fatos ao processo, não resta nenhuma afronta ao ordenamento e aos princípios reitores da matéria tomar aquelas notícias como deflagrações do poder-dever de a autoridade regimentalmente vinculada dar início às investigações. Se a autoridade competente tomou conhecimento de suposta irregularidade seja por um veículo de pequena circulação, seja de circulação nacional, seja de mera existência virtual, tem-se que o meio é lícito e ela tem amparo para determinar a investigação, tomando todas as cautelas, antes de precipitadamente se expor a honra do servidor.

Deve-se destacar, no entanto, que, para fim de demarcação do termo inicial do prazo prescricional (conforme se aduzirá em **4.13.1.4**), quando o fato supostamente irregular vem à tona por meio de veículos de comunicação de qualquer natureza, somente se pode presumir conhecido pela autoridade competente no caso de notícia veiculada em mídia de expressão, circulação ou divulgação nacional, em que prevalece a presunção de conhecimento por todos (inclusive a autoridade) na data de sua divulgação. A mesma presunção, de conhecimento por parte de todos no caso de notícia veiculada em veículos de mídia de pequena ou restrita repercussão e de redes sociais virtuais, poderia induzir ao risco de equivocadamente se deduzir que a autoridade também teve conhecimento e se manteve inerte.

Da mesma forma como no anonimato, por um lado, afirma-se que, diante da forte refração que a sociedade e o ordenamento (que, em tese, reflete os valores sociais) manifestam pelas condutas infracionais, se a autoridade se mantivesse inerte, por conta unicamente do caráter difuso da notícia, afrontaria princípios e normas que tratam como dever apurar suposta irregularidade de que se tem conhecimento na Administração Pública federal, e com amparo da doutrina.

*“Desde que não tenham sido conseguidos por meios ilícitos, os conectivos processuais de instauração podem chegar ao conhecimento da autoridade competente de modo meramente informativo (difuso) ou de maneira postulatória (precisa).*

*A via informativa poderá dar-se até mesmo por intermédio dos meios de comunicação social (jornal, rádio, televisão, etc), embora, nesses casos, deva a autoridade administrativa competente verificar, de pronto, se a versão*

*veiculada constitui, pelo menos em tese, infração disciplinar, devendo, até, exigir que o responsável por tal divulgação confirme por escrito tais increpações.*

*Somente depois desses cuidados, podem tais elementos configurar um princípio de prova autorizador da instauração do processo disciplinar.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 205, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“Nasce o processo disciplinar de uma denúncia, que poderá originar-se: (...) - de notícia na imprensa.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 130, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“O noticiário na imprensa, especialmente os textos escritos, podem servir de comunicação de indícios de irregularidades (...).” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 59, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Mas, por outro lado, repete-se que a autoridade não deve se precipitar na instauração da instância disciplinar, com todos os ônus a ela inerentes, à vista de notícias de mídia *lato sensu*. Se mesmo nos casos ordinários, de notícia de origem personificada, se defende que a fase de admissibilidade deva ser conduzida com extrema cautela e enriquecida por procedimento de investigação, ainda mais se enfatiza tal recomendação em notícia originada pelo caráter difuso da mídia. Nestes casos, deve-se proceder com maior cautela antes de se decidir pela instauração do processo disciplinar, para evitar precipitada e injusta ofensa à honra do servidor (vez que a notícia de mídia pode ser precipitada e carecer de fundamentação, de aprofundamento e até de credibilidade), promovendo investigação ainda mais criteriosa, aprofundada, crítica e exigente (não contraditória, pois não há a figura de acusado), atendendo ao art. 2º da Portaria Coger-MF nº 24, de 2013, acerca do fato noticiado.

Igualmente ao anonimato, busca-se, neste caso, consubstanciar, por meio de investigações e pesquisas a cargo do servidor incumbido da fase de admissibilidade (seja integrante do grupo de assessoramento, seja integrante do grupo de investigação disciplinar), todo o teor fático (em termos de materialidade e de autoria) trazido na notícia. Se, por um lado, a notícia de mídia não deve ser liminarmente descartada tão somente por este detalhe de sua origem, por outro lado, não deve, de imediato, por si só, justificar a instauração de processo disciplinar. Faz-se necessário, para evitar instauração precipitada, avaliar se todo o teor infracional da conduta noticiada é mesmo possível de ter ocorrido.

Se esta investigação confirmar a plausibilidade, ainda que por meio de indícios, da notícia difusa veiculada pela mídia, convalidando-a, ela passa a aperfeiçoar sua lacuna. Daí, pode-se dizer que o parecer de admissibilidade se ordena não pela formalidade de o conhecimento da irregularidade ter se dado pessoalmente pela autoridade ou por meio difuso. A proposta deste parecer, previsto no art. 3º da Portaria Coger-MF nº 24, de 29/10/13, para que o processo disciplinar seja instaurado, com o fim de comprovar o fato e a sua autoria, garantindo-se ao servidor a ampla defesa e o contraditório, não mais se baseia na peça jornalística de qualquer natureza ou na rede social virtual em si mas sim no resultado do procedimento de investigação, promovido e relatado por algum servidor dotado de fé pública e que, sob ótica disciplinar, ratificou os fatos noticiados. De uma certa forma, a investigação promovida pelo servidor incumbido da fase de admissibilidade supre lacunas que se poderiam alegar como existentes na notícia inicial e alimenta o parecer propositivo, de forma que o respectivo parecerista se equipara à figura de um representante, pois será seu relatório, calcado na investigação, que levará adiante a fase contraditória..

Assim, por um lado, jamais se recomenda a imediata (e talvez até precipitada) instauração de instância disciplinar mediante notícia anônima ou decorrente de mídia de qualquer natureza (mas aqui não se declara juridicamente nula tal decisão; apenas não se recomenda); por outro lado, afirma-se que a denúncia anônima ou veiculada em noticiários ou

redes sociais (independente do grau de repercussão, alcance ou divulgação do instrumento de veiculação) é meio válido e lícito para provocar na autoridade instauradora o dever de determinar o procedimento de investigação e que a instauração da instância disciplinar decorrente destas investigações provocadas por notícia anônima ou decorrente de mídia não possui nenhum vício formal ou nulidade.

### **2.5.5 - O Parecer de Admissibilidade e a Atuação “*In Dubio pro Societate*”**

Esgotada a apresentação da extensa e variável procedimentalização com vista a instruir a fase de admissibilidade, chega-se, enfim, ao ponto de se abordar o parecer propositivo, como a peça derradeira que antecede a decisão em si da autoridade instauradora.

Neste momento, dentre as três iniciais possibilidades de estado de instrução dos autos, já se permite partir do pressuposto de que não mais se cogita de se ter uma condição insatisfatória e imprecisa em termos de convicção (em que os elementos autuados não concediam nem a segurança favorável ao liminar arquivamento e tampouco amparavam a pertinência de instaurar o rito disciplinar). Em outras palavras, agora se abordam apenas as duas possibilidades mais determinísticas: ou se tem nos autos notícia de fato sem nenhum interesse disciplinar (por inequívoca falta de materialidade ou de autoria de irregularidade funcional) ou se tem nos autos indícios de tais requisitos configuradores de ilicitude. E ambas possibilidades tanto podem decorrer de originalmente assim já ter chegado a representação ou denúncia ou de terem sido satisfatoriamente realizados procedimentos de investigação, descritos em 2.5.3.2, apontando para um daqueles dois extremos.

No fluxo mais comum e frequente, não se vislumbrando mais o que se investigar, pode o servidor do grupo de assessoramento incumbido da subfase analítica da fase de admissibilidade autuar os elementos finais de pesquisa porventura ainda não autuados e que se revelem relevantes na configuração da existência ou não dos mencionados indícios e então dar início à redação de sua peça final, em forma de parecer.

Este parecer de admissibilidade tem previsão normativa no art. 3º da Portaria Coger-MF nº 24, de 29 de outubro de 2013, e assume a forma de uma análise jurídica de caráter propositivo, voltada à autoridade instauradora. Destaque-se que a norma não exige a existência de tal parecer; o que se exige é que, caso haja o parecer, a peça deve então seguir os requisitos dos incisos I e II do mencionado art. 3º da Portaria Coger-MF nº 24, de 2013, quais sejam, a descrição fática e a manifestação analítico-conclusiva. Mas a praxe é que exista este parecer.

*Portaria Coger nº 24, de 2013 - Art. 3º A autoridade correcional, a fim de subsidiar o seu juízo de admissibilidade, poderá solicitar manifestação técnica, de caráter não vinculante, contendo, pelo menos:*

*I - breve descrição do fato noticiado;*

*II - análise quanto à existência ou não de indícios de autoria e materialidade da suposta irregularidade disciplinar.*

Em harmonia com a linha exigida pelo art. 3º da Portaria Coger-MF nº 24, de 2013, eis que não só a boa prática redacional mas também o Manual de Redação e Elaboração de Atos Administrativos da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria RFB nº 1.887, de 26 de dezembro de 2013, recomendam que, em termos formais, o parecer se inicie com uma ementa, que apresente, de forma extremamente sintética, o teor conclusivo da peça, seguida do corpo de texto em si, dividido em três tópicos básicos (aceitando-se livre subdivisão caso a caso em subtópicos).

No primeiro tópico, meramente descritivo, à vista do que consta dos autos (originalmente desde a representação ou a denúncia e, se for o caso, com a instrução das diligências prévias), deve o parecerista descrever de forma breve o fato relatado na representação ou denúncia e as investigações realizadas. O segundo tópico, essencialmente

analítico, deve apresentar uma avaliação conclusiva sobre a existência ou não de indícios da irregularidade (materialidade e autoria). E o terceiro e último tópico, conclusivo, por conseguinte, à vista da ausência de conectivos lógicos que justifiquem a instauração, deve propor o arquivamento ou, ao contrário, deve propor a instauração de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar (PAD) ou ainda, se for o caso de atendimento de todas as condições, deve propor a oferta de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) de que trata a Instrução Normativa CGU nº 2, de 30 de maio de 2017, conforme se abordará em **2.5.7**. De se ressaltar que não poderia mesmo a Portaria Coger-MF nº 24, de 2013, ter mencionado o TAC em seu texto pois o instituto somente foi adotado na instância disciplinar ppr aquela posterior Instrução Normativa CGU.

A propósito, em atendimento ao § 2º do art. 6º da citada Instrução Normativa, convém que o parecerista aduza em sua peça a proposta para que a autoridade instauradora ofereça o TAC ao servidor, quando for o caso de restarem atendidas todas as condições normativas para tal celebração de acordo, ou, ao contrário, já deixe registrado, com a devida motivação, que o benefício é incabível e inaplicável, pois eventual pedido posterior do interessado pode ser liminarmente denegado pela autoridade retornando a remissão ao parecer de admissibilidade.

Sendo o parecer de admissibilidade um texto em geral de mediana extensão, composto de algumas folhas, convém dedicar atenção às convenções formais de grafia de nomes compostos e de suas siglas e de menção a normas, expostos em **4.3.11.4**. As diferenças entre sindicância disciplinar e PAD e os respectivos critérios de instauração serão abordados em **3.4.1**.

Uma vez concluído o parecer e aprovado pela autoridade, ao final da fase de admissibilidade, conforme determinam os arts. 1º, 4º e 5º da Ordem de Serviço Coger nº 1, de 13 de junho de 2013, deve ser disponibilizada, na pasta virtual compartilhada referente ao Escritório de Corregedoria - Escor (ou Núcleo de Corregedoria - Nucor), cópia em formato editável do parecer propositivo, em subpastas específicas organizadas por ano, e, em caso de arquivamento, deve também ser disponibilizada cópia digitalizada (escaneada) integral dos autos, identificada de acordo com a Portaria Coger nº 55, de 20 de julho de 2012, em subpastas específicas organizadas por nº de processo.

*Portaria Coger nº 55, de 2012 - Art. 1º Deverão ser digitalizados todos os processos disciplinares, sindicâncias acusatórias e sindicâncias investigativas no âmbito da Corregedoria-Geral, dos Escritório de Corregedoria nas Regiões Fiscais (Escor) e no Núcleo de Corregedoria em Manaus (Nucor).*

*Ordem de Serviço Coger nº 1, de 2013 - Art. 1º A Divisão de Controle da Atividade Correcional (Dicac) criará, em pastas identificadas com os nomes dos Escritórios e do Núcleo de Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil (Escor/Nucor), no endereço <\\compartilhamentos.rfoc.srf\RFOC\ESCORXXDIGITAL>, subpastas denominadas:*

*III - PROCESSOS CONCLUÍDOS COM JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NEGATIVO, onde serão armazenados cópias dos processos administrativos encerrados no Escor/Nucor que não resultarem em PAD ou Sindicância Disciplinar; e*

*IV - DOCUMENTOS EDITÁVEIS, onde serão disponibilizados, em formato editável, cópias dos relatórios finais produzidos pelas Comissões de Inquérito (CI) e pelas Comissões de Sindicância Disciplinar (CS), dos pareceres de juízo de admissibilidade, dos pareceres de julgamento, dos pareceres de análise de recursos e das informações relativas às atividades supervisionadas pela Divisão de Análise Correcional (Diac) prestadas ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à Advocacia-Geral da União, à Controladoria-Geral da União e a outros órgãos externos à Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

*§ 1º As subpastas PAD EM ANDAMENTO, PAD CONCLUÍDO e PROCESSOS CONCLUÍDOS COM JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NEGATIVO serão*

*subdivididas em subpastas identificadas pelos números dos respectivos processos, cujas cópias deverão ser armazenadas com separação em volumes, anexos e apensos, conforme padrão estabelecido no Anexo I da Portaria Coger nº 55, de 20 de julho de 2012.*

*§ 2º A subpasta DOCUMENTOS EDITÁVEIS será subdividida nas subpastas RELATÓRIOS FINAIS DE CI E CS, PARECERES DE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE, PARECERES DE JULGAMENTO, PARECERES DE ANÁLISE DE RECURSOS e INFORMAÇÕES.*

*§ 3º As subpastas mencionadas no parágrafo anterior deverão estar organizadas por ano.*

*Art. 4º No caso de processo administrativo que resultar em arquivamento sem abertura de PAD ou Sindicância Disciplinar, o servidor responsável pelo juízo de admissibilidade enviará ao respectivo chefe de Escor/Nucor cópia da versão final do processo digitalizado, para disponibilização na subpasta PROCESSOS CONCLUÍDOS COM JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NEGATIVO.*

*Art. 5º Os presidentes de Comissão de Inquérito, os presidentes de Comissão de Sindicância Disciplinar e os demais servidores do Escor/Nucor, no âmbito de suas atividades, enviarão ao respectivo chefe de Escor/Nucor, para disponibilização na subpasta DOCUMENTOS EDITÁVEIS, a versão final, em formato editável (.doc ou .odt), de cópia das seguintes peças: relatórios finais produzidos pelas Comissões de Inquérito e de Sindicância Disciplinar, pareceres de juízo de admissibilidade, pareceres de julgamento, pareceres de análise de recursos e informações relativas às atividades supervisionadas pela Diaco prestadas ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à Advocacia-Geral da União, à Controladoria-Geral da União e a outros órgãos externos à Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

Também, o parecer de admissibilidade deve ser inserido na base de dados do Sistema Normas - Atos Decisórios, no perfil específico da corregedoria, a que somente servidores da Coger e dos Escor têm acesso. Esta ferramenta tecnológica, que conta com recurso de pesquisa, opera no sentido da celeridade processual e da uniformização, ao dispor para o usuário a base de dados de pareceres de admissibilidade feitos nas demais subunidades.

Na sequência, por ora, basta destacar que, tendo se logrado, ao fim da fase de admissibilidade, configurar nos autos indícios de materialidade e autoria, deve a autoridade instauradora determinar a imediata apuração, via sindicância disciplinar ou PAD, deflagrando a primeira fase do devido processo legal contraditório, a fase de instauração, cuja descrição e prosseguimento se darão em **4.2.1** - ou, do contrário, deve determinar o arquivamento dos autos ou, ainda, de forma mais residual, deve celebrar TAC com o servidor. É óbvio que não se espera neste momento inequívoca, cabal e indiscutível configuração da irregularidade, visto que esta concretização e a consequente responsabilização somente ficarão definitivamente caracterizadas após o curso das apurações contraditórias, bastando, neste momento inicial, para que se instaure a instância disciplinar, a existência de plausibilidade da ocorrência do fato e de sua autoria, através de indícios.

Ao amparo do que se expôs acima, para este fim, a autoridade pode se valer do já mencionado parecer de admissibilidade, de viés opinativo ou propositivo - e, em geral, é isto que ocorre, na prática administrativa. Neste rumo, são perfeitamente válidas para a fase de admissibilidade as razões expostas em **4.10.3.2**, a cuja leitura aqui se remete, em que se aduzirá sobre a possibilidade de a autoridade competente amparar suas decisões em pareceres opinativos ou propositivos de seu grupo de assessoramento.

Nesta praxe conhecida e aceita na instância administrativa, a autoridade, regularmente ampara-se no trabalho do seu grupo de assessoramento, aprova o parecer e adota como seus os fundamentos da peça informativa e pode então emitir uma decisão cuja motivação se lê na peça antecedente e à qual se reporta, na chamada motivação *aliunde*, prevista inclusive no § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo

Administrativo, que regula a processualística no âmbito da Administração Pública federal). É possível e lícito que a decisão emanada pela autoridade instauradora, por si só, se sintetize em um termo conciso e enxuto e, sobretudo, que expresse apenas a aprovação do parecer, sem reproduzir sua linha de argumentação jurídica, e a adoção de seus fundamentos, fazendo subentender que adotou as razões, argumentações e análises, enfim, a motivação exposta no parecer.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 2º A Administração Pública obedecerá dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

*Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*

*VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;*

*Art. 50.*

*§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.*

Reitere-se que, a rigor, a existência deste parecer não é obrigatória. Conforme já aduzido em **2.5.3.1**, é aceita a flexibilização do fluxo de rotina proposto, podendo a própria autoridade decidir apenas à vista dos elementos probatórios autuados, sem parecer algum, ou podendo ela mesma também manifestar-se de forma analítica antes de exarar sua decisão.

Na tabela a seguir, sintetizam-se todos os diversos conceitos e termos empregados na longa descrição da fase de admissibilidade encetada neste texto, demonstrando a relação entre os diferentes ritos empregáveis e as diversas ferramentas aplicáveis nas investigações preliminares.

A fase de admissibilidade (no sentido amplo da expressão) pode empregar diferentes procedimentos de investigação e ferramentas (pesquisas) investigativas	Subfase analítica: sem procedimentos de investigação, com base apenas em análises jurídicas e modelos teóricos, a cargo do grupo de assessoramento			E, de uma forma e/ou de outra, redunda no parecer final de análise jurídica (parecer de admissibilidade), em forma de peça de caráter propositivo, a cargo do grupo de assessoramento, sobre o qual a autoridade instauradora emite sua decisão cognitiva (o juízo de admissibilidade propriamente dito)
	Subfase investigativa: com procedimentos de investigação, sob os seguintes ritos e instruídos pelas seguintes ferramentas (pesquisas):			
	Ferramentas (pesquisas) investigativas:			
	Básicas, em geral a cargo do grupo de assessoramento:	Aprofundadas, em geral a cargo do grupo de investigação disciplinar:	Ritos:	
	Manifestações do representado e do representante; solicitação de documentos e informações a representado, representante, outros servidores, chefia, outras autoridades internas, outros órgãos e entidades; diligências; consultas e assistências técnicas; estudo da legislação de regência; pesquisas simples em sistemas internos, na intranet e na internet	Pesquisas aprofundadas em sistemas internos e externos; pesquisas em redes sociais, em sítios eletrônicos localizadores de endereços; pedidos circularizados; apuração especial; operações conjuntas; e diligências de campo	Investigações disciplinares: investigação preliminar; sindicância patrimonial; sindicância investigativa e investigação patrimonial	

Acrescente-se que a fundamentação da decisão de instaurar ou não a instância disciplinar, por meio do juízo de admissibilidade - com parecer da lavra de outro servidor ou com arrazoado próprio -, consubstancia uma garantia para a autoridade instauradora, uma vez que o ato de externar os motivos de assim decidir, em nome da Administração, atende aos

preceitos não só do já mencionado § 1º do art. 50 mas também do *caput* e do inciso VII do art. 2º, ambos da Lei nº 9.784, de 1999, e acima reproduzidos. E isto se torna ainda mais relevante na decisão liminar de arquivar a representação ou denúncia, que, conforme já aduzido em **2.5.3.3**, sempre pode expor a questionamentos. A leitura imediata do *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, indicaria que a intenção do legislador teria sido de ver instaurada a instância disciplinar a cada notícia de irregularidade. Pode-se entender que a decisão liminar de arquivamento, sem se confundir jamais com ilegal, de certa forma frustra a primeira vontade da Lei e deve então ser bem motivada e fundamentada. Isto porque, principiologicamente, é como se, neste momento preliminar, atuasse sobre a Administração a vontade ou determinação da sociedade de que o Poder Público esclarecesse todas as notícias de supostas irregularidades disciplinares; juridicamente, esta construção reflete o princípio do *in dubio pro societate*.

Tendo sido superada toda a cautela anteriormente abordada para evitar instaurações inócuas e havendo elementos indiciários indicadores de suposta irregularidade disciplinar, em analogia ao processo penal (em que princípios da oficialidade, da indisponibilidade do interesse público e da legalidade impõem que o Ministério Público Federal (MPF) promova a ação penal), neste estágio do processo administrativo também prevalece em instância administrativa aquela máxima de que, em tese, a sociedade exige a apuração, conforme doutrina do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU).

*“Colocada a questão da obrigatoriedade de apuração da irregularidade que chegar ao conhecimento da autoridade competente, é importante observar que tal obrigação não é absoluta, mas permite flexibilizações, já que nem todas as notícias de irregularidade, após a devida análise, levarão a aludida autoridade a concluir pela existência de infração disciplinarmente censurável. Por outro lado, impende destacar que, havendo dúvida, deverá a autoridade determinar a apuração dos fatos. Aplica-se neste caso, a máxima ‘in dubio, pro societate’. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 62, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Por um lado, não se expõe a críticas e muito menos a risco de responsabilizações o servidor do grupo de assessoramento e a autoridade instauradora que, diante dos elementos inicialmente coletados, tenham firmado convicção preliminar de existência de indícios de materialidade e de autoria e, conseqüentemente, provocaram a instauração da instância disciplinar e, ao final do rito contraditório, a ilicitude não restou comprovada. O fato de a fase de admissibilidade fornecer convicção prévia de existência daqueles indícios é lícitamente válido e suficiente para provocar a decisão de instauração da instância disciplinar, em nada vinculando os trabalhos da comissão a ser designada e também não expõe a autoridade a nenhum risco se, após o minucioso rito contraditório, os indícios de irregularidade não se concretizarem.

Neste momento, atua um *minus* nos requisitos de provocação para que a autoridade instauradora se sinta compelida a decidir no sentido do *in dubio pro societate*, instaurando a instância disciplinar. Ao final do processo disciplinar, no momento de se concluir pela responsabilização ou não, o salutar equilíbrio de forças jurídicas se restabelece e se satisfaz com a inversão para o princípio do *in dubio pro reo* caso restem dúvidas da efetiva configuração do ilícito. Na esteira, abstraindo das hipóteses de atuação eivada de má-fé, não há que se cogitar de danos morais, e conseqüentemente de direito de indenização ao servidor por ter figurado no polo passivo do processo disciplinar que tenha se encerrado com arquivamento, conforme se coleta amparo jurisprudencial.

*STJ, Recurso Especial nº 678.240: “Ementa: 6. A simples instauração de PAD normalmente não enseja a condenação da Administração Pública em danos morais. Tendo sido constatada uma irregularidade, a Administração tem o*

*dever de apurar a infração, nos termos do art. 143 da Lei n. 8.112/90. 7. O fato de os colegas do recorrido terem tomado conhecimento da instauração do PAD porque houve coleta de provas e oitiva de testemunhas justamente no círculo social dele (recorrido) não é suficiente para configurar ato ilícito (...).”*

E, mesmo com a adoção do TAC no ordenamento disciplinar, é muito limitado o poder concedido à autoridade para compor, perdoar ou transigir por meio de solução alternativa. Até para celebrar o TAC se faz necessário que o servidor e que a conduta, cumulativamente, atendam condições objetivas descritas na norma de regência. A rigor, tampouco esta autoridade tem a seu favor, neste momento, o princípio da oportunidade, já que, tendo chegado a seu conhecimento o suposto cometimento de irregularidade funcional, a ela, a princípio, em termos estritamente legais, não se confere o poder discricionário para examinar a conveniência e a oportunidade de dar o devido prosseguimento ao caso ou de arquivar de imediato o feito. A instauração do processo disciplinar ou a celebração de TAC decorrem de critérios analíticos, técnicos e racionais, restando, por conseguinte, a terceira hipótese viável, do arquivamento do feito, também indiretamente dependente de apreciação objetiva (no caso, indicadora de inexistência dos parâmetros determinantes ou da instauração ou da celebração).

Não obstante, relembre-se o já exposto em **2.5.3**, de que se faz necessária alguma ponderação diante de tal vinculação, não sendo razoável que a decisão da autoridade instauradora atenha-se apenas a parâmetros formais de possível ocorrência de irregularidade (materialidade) envolvendo como suposto responsável servidor público como suficientes para determinar a instauração. A decisão pela instauração da onerosa e residual instância disciplinar deve ser temperada pela consideração de parâmetros pragmáticos e concretos extrajurídicos de bom senso e viabilidade probatória.

Ademais, apesar de se buscarem maiores determinismo e robustez na fase de admissibilidade, eventualmente, em casos muito específicos e residuais, pode esta análise, após o esgotamento de todos os esforços de instrução ora possíveis ou disponíveis, não concluir nem pelo arquivamento e nem pela instauração do rito disciplinar. Nestes casos, nada impede que o parecer de admissibilidade, não vislumbrando de imediato o cometimento de irregularidade, proponha à autoridade instauradora o retorno do processo para a unidade fiscal de ocorrência do fato, para as providências de sua alçada na matéria-fim, ou que proponha outras medidas (tais como a realização de auditoria procedimental a cargo da Coordenação-Geral de Auditoria Interna - Audit), podendo ainda haver ou não a solicitação de retorno dos autos para o sistema correcional em caso de, posteriormente, surgirem indícios de infração.

Por fim, independentemente das conclusões a que se chega no juízo de admissibilidade (seja pelo arquivamento, seja pela instauração do processo disciplinar, seja pela celebração de TAC nos casos limitados de emprego deste instrumento, tendo sido ou não antecedida por procedimentos de investigação), esta análise propositiva pode recomendar medidas fiscais, administrativas e gerenciais, à unidade de ocorrência do fato noticiado, com o fim de prevenir e inibir o cometimento de novos fatos.

## **2.5.6 - O Sigilo da Fase de Admissibilidade**

Um tema que se faz relevante é a questão do direito de acesso, por parte do próprio servidor representado, denunciado ou investigado, de seu procurador (se eventualmente constituído) e de terceiros outros quaisquer (em que se destacam o representante ou o denunciante, quando existente), aos elementos da fase de admissibilidade em curso na Administração. No sentido abrangente definido em **2.5.1** e em **2.5.3.2**, a presente abordagem abarca não só a própria peça inicial (a representação, denúncia ou qualquer forma de notícia da suposta irregularidade) mas também todo o ferramental instrucional investigativo dela decorrente; quaisquer formas de procedimentos de investigação; a expressão da análise em si, em forma de parecer opinativo; e, por fim, o ato decisório de juízo de admissibilidade.

Relembre-se também, quanto aos procedimentos de investigação empregados em fase de admissibilidade, que são válidos os institutos da investigação preliminar, da investigação patrimonial, da sindicância investigativa e da sindicância patrimonial. Em comum, seja a mais residual pesquisa investigativa, seja qualquer um dos procedimentos de investigação elencados, tem-se que a fase de admissibilidade possui natureza investigativa, na qual se destacam as características inquisitorial e sigilosa, não se submetendo a rito contraditório a favor de quem quer que seja e tampouco se concedendo publicidade de seu teor.

Neste rumo, o fato de a fase de admissibilidade em geral ser protocolizada em processo administrativo *lato sensu* não lhe retira o caráter inquisitorial e, daí, sigiloso. A formalização de processo administrativo se dá por mero intuito operacional de agrupar documentos que encartam diligências e linhas investigativas esgotadas (devendo se manter à margem da autuação aqueles elementos referentes a linhas investigativas ainda incipientes) e de simplificar as remissões e a organizar cronologicamente os fatos autuados. Como mera decisão gerencial, a protocolização não tem o condão de fazer inaugurar a instância contraditória e, a despeito de sua ocorrência, a fase de admissibilidade em nada se confunde com o processo disciplinar, regido especificamente pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 19/90.

Não obstante o acima exposto, reconhece-se que a matéria ainda preserva certo grau de controvérsia ao ter a análise limitada ao ordenamento legal e infralegal, sobretudo quando se enfrenta a questão de haver petição de acesso, vista, cópia ou esclarecimento de parte do servidor representado, denunciado ou investigado, ou de seu procurador porventura constituído, ou do representante ou denunciante ou ainda de um terceiro qualquer. Daí, como de outra forma não poderia ser, o enfrentamento da questão em tela mantém sempre, como contexto de fundo, o ordenamento constitucional, destacadamente os dispositivos que, em reflexo do Estado Democrático de Direito, asseguram a garantia de direitos fundamentais a quem quer que seja, e, aqui em especial, o direito de petição junto aos órgãos públicos, erigidos nos incisos XXXIII e XXXIV do art. 5º e também no § 2º do art. 216 da Constituição Federal (CF).

*CF - Art. 5º*

*XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;*

*XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*

*a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;*

*b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;*

*Art. 216.*

*§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.*

### **2.5.6.1 - A Analogia com o Inquérito da Polícia Judiciária e a Desobrigação de Acesso, Vista, Cópia ou Esclarecimento Ex Officio**

Demarcada a inafastável atenção a estes ditames constitucionais (e também a outros, igualmente encartados na lista de direitos fundamentais), sem prejuízo da consagrada independência das instâncias, inicia-se o percurso na busca da elucidação do presente dilema inicialmente objetivando compreender, à luz da válida ferramenta hermenêutica da integração, como se move, em tema análogo, a rica instância penal.

Neste rumo, sabe-se que o Direito Penal é a instância jurídica eleita para a tutela dos

bens de maior relevância em nome da sociedade e que sua atuação atinge da forma mais dramática o direito pessoal do infrator, a saber, na sua liberdade. Ainda assim, mesmo sabedor de que sua persecução é por demais gravosa, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), no *caput* do seu art. 20, estabelece a fase preliminar (do inquérito policial, a cargo da polícia judiciária) como discricionária, inquisitorial e sigilosa, sem garantia de contraditório e de publicidade a quem quer que seja; em outras palavras, define sua natureza investigativa, de forma também pacificada na doutrina.

*CPP - Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.*

*“Se o inquérito policial visa à investigação, à elucidação, à descoberta das infrações penais e das respectivas autorias, pouco ou quase nada valeria a ação da Polícia Judiciária, se não pudesse ser guardado o necessário sigilo durante a sua realização.”, Fernando da Costa Tourinho Filho, “Processo Penal”, pg. 183, Vol. 1, Editora Saraiva, 12ª edição, 1990*

*“O caráter inquisitivo do inquérito faz com que seja impossível dar ao investigado o direito de defesa, pois ele não está sendo acusado de nada, mas sim, sendo objeto de uma pesquisa feita pela autoridade policial.*

*A inquisição dá à autoridade policial a discricionariedade de iniciar as investigações da forma que melhor lhe aprouver. Por isto, o inquérito é de forma livre. (...)*

*O sigilo que deve ser adotado no inquérito policial é aquele necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. (...)*

*(...) ao estabelecer que ‘aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’, [a CF] deixa claro que só há contraditório onde há acusação, e no inquérito não há.” Paulo Rangel, “Direito Processual Penal”, pgs. 85, 87 e 88, Editora Lúmen Júris, 6ª edição, 2002*

*“O inquérito policial também traz a característica de ser um procedimento sigiloso. (...)*

*Destarte, tratando-se o inquérito de procedimento de investigação, não prevalece quanto ao mesmo a regra da publicidade dos atos processuais.*

*Nesse sentido Tourinho Filho:*

*‘O princípio da publicidade, que domina o processo, não se harmoniza, não se afina, com o inquérito policial. Sem o necessário sigilo, diz Tornaghi, o inquérito seria uma burla, um atentado. Se até mesmo na fase judicial a lei permite ou impõe o sigilo, quanto mais em se tratando de simples investigação, de simples coleta de provas.’ (...)*

*Ora, é da própria essência do sistema penal brasileiro a bifurcação das duas fases da persecução penal - a primeira investigatória (sem as garantias processuais) e a segunda processual propriamente dita.*

*Não importa que se trate de inquérito policial ou outra investigação criminal, já que o procedimento investigatório sempre poderá se revestir de caráter sigiloso, inexistindo, na espécie, contraditório. (...)*

*Por outro lado, o contraditório que é assegurado constitucionalmente refere-se à fase processual, consoante se vê do art. 5º, LV: (...)*

*Portanto, não sendo o inquérito processo, inexistindo na fase investigatória litigantes ou acusados, conforme o próprio mandamento constitucional, continua a fase de inquérito ou de investigação penal inquisitiva, não se autorizando o contraditório.” Marcellus Pollastri Lima, “Curso de Processo Penal”, pgs. 94 a 97, Vol. I, Editora Lúmen Júris, 3ª edição, 2006*

Antes de se avançar na análise da natureza investigativa do inquérito, convém abrir rápido parêntese para esclarecer o conceito aplicado acima, de polícia judiciária, visto que esta expressão se fará relevante não só aqui mas também em outras passagens ao longo do presente texto. Parte das atividades referentes à segurança pública associa-se à chamada polícia judiciária, expressão que se refere à atividade policial competente para a investigação

de fatos previstos na lei penal como crime, conforme o *caput* do art. 4º do CPP. A Constituição Federal (CF), nos incisos I e IV do § 1º e no § 4º, ambos do seu art. 144, estabelece tal competência, a ser exercida por meio do procedimento do inquérito policial, para o Departamento de Polícia Federal (DPF) e para as Polícias Cíveis dos Estados, de ambas diferenciando as Polícias Militares estaduais, às quais incumbem as atividades ostensivas de preservação da ordem pública. O esclarecimento se determinado fato com indício de crime será investigado pelo DPF ou pela Polícia Civil estadual decorre da verificação de sua inserção ou não no rol de competências exclusivamente reservadas àquele primeiro órgão, restando residualmente as demais condutas para a alçada das autoridades policiais estaduais. Advirta-se que o § 1º do art. 144 da CF atribuiu ao DPF uma série de competências exclusivas, sobretudo acerca de fatos de amplitudes e de repercussões nacional e federal, sendo a atividade de polícia judiciária da União apenas uma espécie. No caso das condutas funcionais que possam ser objeto de interesse da matéria correcional e, conseqüentemente, deste texto, a regra é de o inquérito policial transcorrer no âmbito do DPF, seja por iniciativa da própria autoridade policial, seja por requisição do Poder Judiciário ou do Ministério Público Federal (MPF), conforme melhor se aduzirá em **4.14.2**, ao se mencionar o rito da responsabilização penal. Residualmente, em regra fora do escopo de interesse deste texto, demais condutas tipificadas na lei penal como crime podem vir a ser objeto de inquérito policial no âmbito das Polícias Cíveis dos Estados, por iniciativa própria da autoridade policial ou por requisição do respectivo Poder Judiciário ou do Ministério Público estaduais.

*CF - Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:*

*I - polícia federal;*

*II - polícia rodoviária federal;*

*III - polícia ferroviária federal;*

*IV - polícias cíveis;*

*V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.*

*§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional - EC nº 19, de 4 de junho de 1998)*

*I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;*

*II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;*

*III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela EC nº 19, de 1998)*

*IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.*

*§ 4º - às polícias cíveis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.*

*§ 5º - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.*

*CPP - Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9 de maio de 1995)*

Fechado este parêntese acerca do conceito de polícia judiciária, voltando-se à análise da natureza do inquérito policial, extrai-se da própria literalidade do art. 20 do CPP e das construções doutrinárias destinadas a esclarecê-lo que a instância de Direito Público punitivo

preserva o sigilo de suas diligências investigativas como forma de atentar para o inafastável princípio reitor da indisponibilidade do interesse público - princípio este de índole pública que, no presente tema, diante da dinâmica característica do arcabouço principiológico, prevalece sobre princípios garantidores de direitos individuais.

Das manifestações doutrinárias acima reproduzidas, merece destaque também o ensinamento de que a própria literalidade do inciso LV do art. 5º da CF esclarece que somente se cogita de contraditório para litigantes em processos judicial ou administrativo e para acusados em geral, condições que não contemplam o mero investigado. Na fase investigativa administrativa, assim como, analogamente, no inquérito policial, não há litigantes ou acusados da forma como estes dois termos foram empregados na CF, uma vez que nos procedimentos de investigação empregados (investigações preliminares, investigações patrimoniais, sindicâncias patrimoniais e sindicâncias investigativas) não há que se falar de litígio estabelecido em um processo *stricto sensu* ou de acusação. Melhor aduzindo, descartando-se de plano a hipótese de haver litígio em fase de admissibilidade e dedicando-se à análise da hipótese que merece maiores esforços - de existência ou não de acusação -, uma vez que aqueles procedimentos de investigação não possuem finalidade punitiva, afirma-se que neles não há acusação. Portanto, pode-se ratificar que a CF não garante o contraditório ao investigado em instância administrativa.

Daí, em reforço à normatização legal e infralegal já mencionada em **2.5.1**, tem-se que a integração por analogia com a instância penal reforça a compreensão de que, também na instância disciplinar, a fase de admissibilidade em geral e os procedimentos de investigação empregados são de natureza investigativa, a ser preservada por cláusula de sigilo e marcada pela discricionariedade e pela inquisitorialidade, não se submetendo ao princípio do contraditório, que se opera apenas, se for o caso, após a instauração do PAD ou da sindicância disciplinar, em consonância com a doutrina do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU).

*‘Sobre a específica questão do sigilo, é possível encontrar na doutrina brasileira, ainda que de forma isolada, posicionamento no sentido de que tal característica dos procedimentos em estudo seria inconstitucional. A justificativa apresentada para essa conclusão é a de que, ao investigar notícia de irregularidade de forma sigilosa, a Administração estaria desobedecendo ao direito do devido processo legal e do acesso à informação, ainda que o faça na condição de representante do interesse público e sob os ditames que esse mesmo interesse lhe impõe, ditames esses também subsidiados por direitos constitucionais, como, por exemplo, direito à igualdade, direito à honra e à imagem e presunção de inocência ou não-culpabilidade.*

*Para adotar esse entendimento, a doutrina em referência necessariamente esqueceu de pelo menos uma das mais importantes normas de interpretação das regras e princípios constitucionais, qual seja, a da não absolutização dos direitos. Sobre a matéria, transcreve-se o ensino de Bernardo Gonçalves Fernandes:*

*‘O entendimento contemporâneo dos direitos fundamentais, ainda mais quando tomados como valores, representa uma leitura relativista dos mesmos. Isto é, os direitos fundamentais não podem ser tomados como elementos absolutos na ordem jurídica, mas sempre compreendidos e analisados caso a caso e de modo relativo (ou limitado).’*

*Ainda sobre o assunto, tem-se a sempre precisa e abalizada lição de Alexandre de Moraes:*

*‘Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.’*

*Isso posto, resta impossível conceder qualquer razão à citada posição doutrinária de absolutização de direitos fundamentais, sob pena de se instalar verdadeiro caos na sociedade, haja vista que, a prevalecer tal entendimento, suas conclusões necessariamente haveriam de ser estendidas aos demais casos de conflito de direitos, gerando, a título de exemplo, as seguintes anomalias jurídicas: o direito à livre locomoção como um obstáculo à decretação de prisão e o direito de liberdade de expressão amparando a incitação ao racismo ou a apologia ao crime.*

*Somando-se a isso tudo, e para finalizar a questão, aponte-se uma última consequência desse errôneo posicionamento: retirar-se-ia das Polícias Judiciárias (Polícias Civil e Federal), do Ministério Público (Estadual e Federal), da Receita Federal do Brasil e da própria Controladoria-Geral da União como um todo, a possibilidade de continuarem a realizar suas investigações sigilosas que já foram responsáveis por desmontar, para o bem da sociedade, inumeráveis esquemas criminosos e de desvio de recursos públicos por todo o Brasil.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 67 e 68, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

À idêntica conclusão se chega ao amparo do entendimento jurisprudencial voltado especificamente para a instância administrativa. Podendo se considerar que, por um lado, a fase de admissibilidade é um conceito amplo e abrangente, capaz de abarcar inúmeros procedimentos de investigação juridicamente válidos, no que se inclui a sindicância investigativa, em todos os casos com o fim de se levantar a existência ou não de indícios mínimos de materialidade e autoria capazes de suscitar a instauração de instância disciplinar, verificam-se nos julgados abaixo as confirmações de que o rito é inquisitorial e de que esta fase investigativa não se coaduna com a oferta de ampla defesa e de contraditório.

*STF, Mandado de Segurança nº 22.888: Voto: “(...) No caso concreto, (...) teve-se a sindicância, que chamei de ‘procedimento unilateral inquisitivo’. (...) o art. 143, ao prever a sindicância, fala em ampla defesa. Mas, a meu ver, o sistema - se é que se pode chamar de sistema esse aglomerado de dispositivos da Lei 8.112 - leva-nos a interpretar cum grano salis essa alusão à ampla defesa. Ela frequentemente não pode ser facultada desde o início, porque a sindicância pode ter por objeto buscar, já não digo a prova, mas indícios, elementos informativos sobre a existência da irregularidade de que se teve vaga notícia e de quem possa ser o seu autor, para que, aí sim, resultar, se a falta é grave, na instauração do processo, com a imprescindível notificação inicial para que o acusado acompanhe toda a instrução, esta, iniludivelmente contraditória. Nesse caso, não faria efetivamente sentido - que a essa sindicância - que se destina unicamente a concretizar uma imputação, a ser objeto de uma instrução contraditória futura - que já se exigisse fosse ela contraditória. (...)”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.983: “Ementa: 1. A sindicância que vise apurar a ocorrência de infrações administrativa, sem estar dirigida, desde logo, à aplicação de sanção, prescinde da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, por se tratar de procedimento inquisitorial, prévio à acusação e anterior ao processo administrativo disciplinar.”*

*Idem: STJ, Mandados de Segurança nº 10.827, 10.828 e 12.880*

Como primeira consequência imediata da ratificação de que a fase admissibilidade não se sujeita ao princípio do contraditório é de que não se presume participação e atuação do servidor representado, denunciado ou investigado e mesmo de seu procurador (caso constituído desde já) e, portanto, não se obriga que a Administração, de ofício, ofereça qualquer forma de notícia acerca dos trabalhos sigilosos em curso, conduzidos interna e unilateralmente pelo sistema correcional. Necessário reforçar que, na fase de admissibilidade em geral e nos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar), os fatos objeto

de investigação estão sob análise do respectivo Escor (ou, excepcionalmente, da Coger), na busca de elementos que indiquem robustos indícios de materialidade e autoria, e, nesta fase, como regra geral, o único interessado nas apurações é a própria unidade correcional, como ente administrativo.

Na sequência do encadeamento lógico por ora construído, também se conclui que, tendo a fase de admissibilidade como um todo e especificamente os procedimentos de investigação empregados natureza investigativa (discricionária, sigilosa e inquisitorial), não está a Administração obrigada a, de ofício, fornecer acesso, vista, cópia ou esclarecimento nem mesmo ao servidor representado, denunciado ou investigado. E, ainda com mais ênfase, se assevera que muito menos estaria a Administração obrigada a conceder, de ofício, acesso, vista, cópia ou esclarecimento ao representante ou denunciante e tampouco a terceiros outros quaisquer. No mesmo rumo, as assertivas ora apresentadas são fortalecidas pelo fato também já exposto de que, como regra, a fase de admissibilidade transcorre de forma sigilosa, não contemplando qualquer ciência ou participação de quem quer que seja, o que faz presumir que, em princípio, nem o próprio servidor representado, denunciado ou investigado tem conhecimento da existência dos trabalhos e de seu andamento e muito menos o tem qualquer outro terceiro, no que se inclui o representante ou denunciante.

#### **2.5.6.2 - A Questão do Acesso, Vista, Cópia ou Esclarecimento ao Próprio Servidor ou a Outros, Mediante Pedido**

Todavia, diferentemente da cristalina resposta negativa à hipótese de obrigação de concessão *ex officio* e independente de provocação, a questão se aprofunda quando se tem o pedido, por parte do servidor representado, denunciado ou investigado ou por parte de seu procurador e ainda por parte de terceiros outros, a fim de que a Administração lhe conceda acesso, vista, cópia ou esclarecimento dos elementos coletados em fase de admissibilidade. Esclareça-se a plausibilidade de se enfrentar pedido desta natureza, uma vez que, embora residual, pode se fazer excepcionalmente necessário intimar o próprio servidor ou quem deu a notícia ou até mesmo qualquer outra pessoa para apresentar informações adicionais, hipótese em que a própria Administração concede a este notificado o conhecimento da existência dos trabalhos investigativos em curso. Além disto, também não se pode afastar por completo a hipótese de, por meios próprios, o servidor representado, denunciado ou investigado ou o representante ou denunciante ou ainda qualquer outra pessoa lograr o conhecimento de que transcorrem as investigações. Enfim, independentemente da forma como se chega ao conhecimento a existência de fase de admissibilidade, pode a Administração se deparar com pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento de seus elementos.

Analisando primeiramente no que pertine à hipótese de o próprio representado, denunciado ou investigado ou ainda seu procurador porventura constituído peticionar por acesso, vista, cópia ou esclarecimento em fase de admissibilidade em geral ou nos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar), resta forçoso flexibilizar a primeira leitura já apresentada, de irrestrita homenagem ao interesse público em detrimento do interesse particular, quando se asseverou a inexistência de obrigação de fornecimento de qualquer notícia de ofício por parte da Administração.

Mais uma vez homenageando o caráter dinâmico com que deve ser compreendida a rica base principiológica reitora, diante de provocação do próprio servidor objeto das investigações, é de se inverter a construção inicial e agora asseverar que deve a Administração buscar a harmonização da necessária preservação do interesse público de não inviabilizar ou esvaziar os trabalhos investigativos com o atendimento de garantia fundamental prevista na Constituição Federal (CF), asseguradora do direito de petição.

Nesta contraposição de interesses ou de direitos (de um lado, a tentativa de se manter a

eficácia e o sigilo da fase de admissibilidade e, de outro, a demanda do servidor para ter conhecimento do material a seu próprio respeito que ele sabe estar de posse da Administração), deve o aplicador do Direito ponderar e harmonizar as normatizações em aparente confronto, de forma que preservação do interesse público, capitaneado pela atividade estatal, não necessariamente signifique a absoluta eliminação do direito do administrado. Se é certo que, por um lado, a disponibilização de acesso, vista, cópia ou esclarecimento acerca do conteúdo da fase de admissibilidade em geral e dos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar) em favor do servidor representado, denunciado ou investigado pode atuar em detrimento da atividade pública (possibilitando a destruição de provas, por exemplo), por outro lado, deve a Administração buscar tanto manter seus interesses e preservar seus múnus de ofício quanto respeitar, em certa medida, sem negar por completo, o exercício da garantia fundamental assegurada ao peticionante.

Nesta senda, destaque-se que, nem mesmo sob amparo dos já reproduzidos incisos XXXIII ou XXXIV do art. 5º da CF, é de se franquear ao servidor representado, denunciado ou investigado conhecimento amplo e irrestrito de todos os trabalhos investigativos internos em curso. É necessário se ponderar o respeito à garantia constitucional fundamental com a preservação do interesse público da continuidade e viabilidade das investigações promovidas pela Administração com o fim de esclarecer supostas irregularidades. Se, por um lado, é verdade indiscutível que a CF, naqueles dois dispositivos, estabeleceu como garantia fundamental de qualquer cidadão o direito de petição junto a órgãos públicos atinente a matérias de seu interesse, por outro lado, a leitura sistemática do texto constitucional indica a necessária preservação do interesse público, porque, a rigor, o final do aludido inciso XXXIII excepciona o direito individual em caso em que o “*sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*”.

#### ***2.5.6.2.1 - A Preservação do Sigilo Mesmo Após a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011***

Neste ponto, se faz relevante abrir um parêntese na análise em curso, acerca da natureza investigativa da fase de admissibilidade em geral e dos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar), para detalhar a regulação exigida pelo inciso XXXIII do art. 5º e também pelo § 2º do art. 216, ambos da Constituição Federal (CF) e que restou operada pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (a chamada Lei de Acesso à Informação Pública), tanto em termos materiais (ao definir as informações em geral em poder da Administração sujeitas ou não à divulgação pública), quanto em termos procedimentais (ao estabelecer um processamento para os pedidos de acesso a tais informações - acesso aqui em qualquer sentido, como, por exemplo, fornecimento de vista, cópia ou esclarecimento). Isto porque nem mesmo as inovações legislativas referentes ao acesso a informações públicas, trazidas pela mencionada Lei, eliminaram a imposição de sigilo para determinados dados e documentos em poder da Administração.

*CF - Art. 216.*

*§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.*

De antemão, é de se destacar que, materialmente, a Lei nº 12.527, de 2011, tem como base principiológica a acessibilidade pública para dados de natureza geral em poder da Administração, devendo este diploma legal ser compreendido como forte ferramenta de controle social, ao propiciar a participação, o monitoramento e o controle, por parte da sociedade, na gestão pública. Não obstante seus primados básicos de divulgação espontânea de informações governamentais e de transparência pública como regra no atendimento das

demandas da sociedade, a Lei excepcionou da ampla acessibilidade aquelas informações que extrapolam o objetivo de controle participativo na gestão de políticas públicas e que, conforme ressalva a parte final do inciso XXXIII do art. 5º da CF, expõem a risco o interesse público consubstanciado na segurança da sociedade e do Estado.

Sob o foco material da exceção regulada, é de se compreender, então, que a Lei nº 12.527, de 2011, em seu art. 23, acrescentou ao ordenamento uma definição mais generalista de sigilo, voltada às informações em geral em poder da Administração, a se somar a definições específicas de sigilo que acobertam, por exemplo, informações de natureza disciplinar, fiscal, bancária ou profissional (em que se inclui a documentação referente à perícia médica) ou extraídas de comunicação telefônica, bem como todas as demais informações relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem, e ainda aquelas de segredo de justiça e que permaneceram inalteradas diante da inovação legislativa. É de se destacar que a regra apriorística da publicidade e a definição mais generalista de sigilo, previstas na Lei nº 12.527, de 2011, em nada prejudicam as definições específicas de sigilo constantes em diversos diplomas legais, conforme expressamente ressalva o art. 22 da citada Lei.

*Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.*

*Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:*

*I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;*

*II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;*

*III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;*

*IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;*

*V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas;*

*VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;*

*VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou*

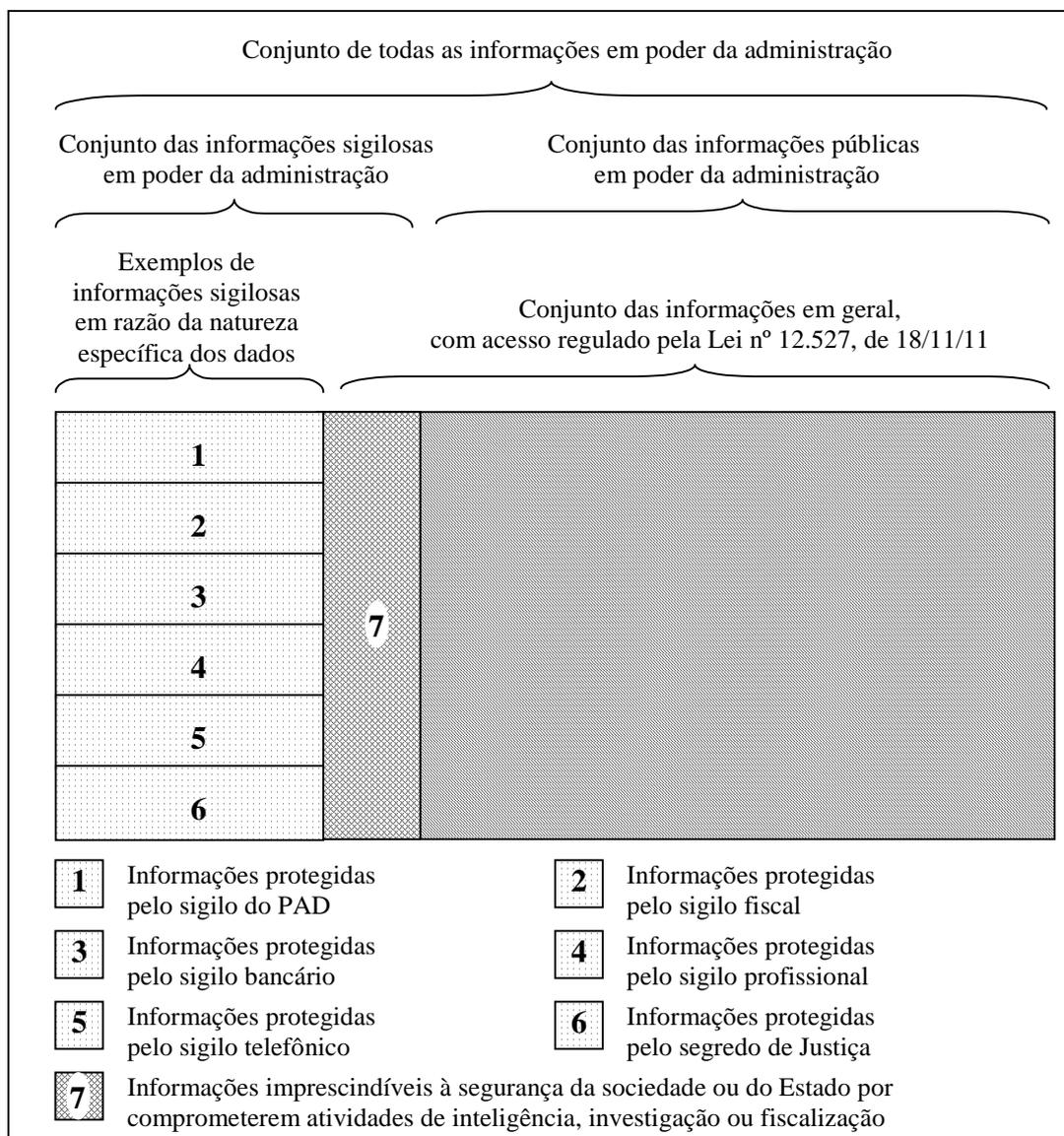
*VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.*

Assim, mesmo diante de pedidos de acesso, vista, cópia ou esclarecimento de informação com interesse pessoal ou coletivo, a Lei nº 12.527, de 2011, preservou sob cláusula de sigilo aquelas informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade (em aspectos associados à vida humana ou à segurança ou à saúde da população) ou do Estado (em aspectos associados à soberania nacional, às relações internacionais e a determinadas atividades investigativas de interesse público). Como exceção ao preceito da publicidade apriorística das informações em poder da Administração, o legislador compreendeu que a divulgação de informações alcançadas pelas oito hipóteses elencadas nos incisos do mencionado art. 23 da citada Lei iria além do objetivo legal de propiciar o controle social, pois poria em risco a própria sociedade e o Estado.

Ainda no foco excepcional de materialmente fazer preponderar o interesse público de preservação da sociedade e do Estado em face de pleitos pessoais, imposto pela própria Lei nº 12.527, de 2011, no que mais proximamente interessa à matéria disciplinar, foi salvaguardada,

no inciso VIII de seu art. 23, a cláusula de sigilo para as informações cuja divulgação ou acesso possam comprometer atividades de inteligência, de investigação ou de fiscalização em andamento, relacionados com prevenção ou repressão de infrações.

O quadro a seguir esquematiza a divisão de todas as informações em poder da Administração, dividindo-as em sigilosas e públicas.



Assim, na abrangência material mais generalista da Lei nº 12.527, de 2011, além de outras definições legais específicas de sigilo, em contraposição à observância da publicidade como preceito, as informações em geral sob poder da Administração enquadradas na definição acima devem receber, das autoridades competentes, classificação de sigilo (que pode ser atribuída à íntegra das informações ou apenas a parte delas) em três graus: ultrassecretas, secretas ou reservadas, com o fim de terem afastada a acessibilidade apriorística pelos prazos máximos de 25, 15 e 5 anos contados de sua produção, conforme o § 1º do seu art. 24. Grosso modo, segundo o *caput* e os incisos I, II e III do seu art. 27, para estas informações de natureza geral, a classificação de sigilo em grau ultrassecreto incumbe ao Presidente da República e a Ministros de Estado; no grau secreto, além das autoridades anteriores, aos titulares de autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas; e no grau reservado, além das autoridades anteriores, às que ocupam funções de direção, comando ou chefias do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - código DAS 101.5 ou superior (o que, no caso, da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), restringe-se ao Secretário da Receita Federal do Brasil.

*Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 24. A informação em poder dos órgãos e entidades públicas, observado o seu teor e em razão de sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado, poderá ser classificada como ultrassecreta, secreta ou reservada.*

*§ 1º Os prazos máximos de restrição de acesso à informação, conforme a classificação prevista no caput, vigoram a partir da data de sua produção e são os seguintes:*

*I - ultrassecreta: 25 (vinte e cinco) anos;*

*II - secreta: 15 (quinze) anos; e*

*III - reservada: 5 (cinco) anos.*

*Art. 27. A classificação do sigilo de informações no âmbito da administração pública federal é de competência:*

*I - no grau de ultrassecreto, das seguintes autoridades:*

*a) Presidente da República;*

*b) Vice-Presidente da República;*

*c) Ministros de Estado e autoridades com as mesmas prerrogativas;*

*d) Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; e*

*e) Chefes de Missões Diplomáticas e Consulares permanentes no exterior;*

*II - no grau de secreto, das autoridades referidas no inciso I, dos titulares de autarquias, fundações ou empresas públicas e sociedades de economia mista; e*

*III - no grau de reservado, das autoridades referidas nos incisos I e II e das que exerçam funções de direção, comando ou chefia, nível DAS 101.5, ou superior, do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores, ou de hierarquia equivalente, de acordo com regulamentação específica de cada órgão ou entidade, observado o disposto nesta Lei.*

Até o ponto aqui abordado, a regulamentação da Lei nº 12.527, de 2011, operada pelo Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, simplesmente fez refletir os comandos legais, inclusive com o inciso IX do seu art. 25 reproduzindo literalmente a previsão legal de sigilo estabelecida no inciso VIII do art. 23 da Lei nº 12.527, de 2011, para informações cuja divulgação possa comprometer atividades de inteligência, de investigação e de fiscalização em curso, na prevenção e na repressão de infrações. De relevante em âmbito da regulamentação, ressalte-se que o mencionado Decreto, mais especificamente no inciso III e nos §§ 2º a 4º do art. 30 e no art. 31, especificou que o ato de classificação de determinada informação geral em poder da Administração, em qualquer dos três graus de sigilo, deve ser formalizado em decisão da autoridade competente, individualizada para cada informação ou documento (por meio do chamado Termo de Classificação de Informação - TCI, adotado como Anexo ao Decreto), mencionando o seu assunto, o fundamento da classificação e o prazo do sigilo e que a competência para atribuição do grau reservado pode ser delegada, pelo dirigente máximo do órgão, a favor de autoridade que exerça função de direção, comando ou chefia, vedando a subdelegação.

*Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 25. São passíveis de classificação as informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:*

*IX - comprometer atividades de inteligência, de investigação ou de fiscalização em andamento, relacionadas com prevenção ou repressão de infrações.*

*Art. 30. A classificação de informação é de competência:*

*III - no grau reservado, das autoridades referidas nos incisos I e II do caput e das que exerçam funções de direção, comando ou chefia do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, nível DAS 101.5 ou superior, e seus equivalentes.*

*§ 2º O dirigente máximo do órgão ou entidade poderá delegar a competência para classificação no grau reservado a agente público que exerça função de direção, comando ou chefia.*

*§ 3º É vedada a subdelegação da competência de que trata o § 2º.*

*§ 4º Os agentes públicos referidos no § 2º deverão dar ciência do ato de classificação à autoridade delegante, no prazo de noventa dias.*

*Art. 31. A decisão que classificar a informação em qualquer grau de sigilo deverá ser formalizada no Termo de Classificação de Informação -TCI, conforme modelo contido no Anexo, e conterá o seguinte:*

*I - código de indexação de documento;*

*II - grau de sigilo;*

*III - categoria na qual se enquadra a informação;*

*IV - tipo de documento;*

*V - data da produção do documento;*

*VI - indicação de dispositivo legal que fundamenta a classificação;*

*VII - razões da classificação, observados os critérios estabelecidos no art. 27;*

*VIII - indicação do prazo de sigilo, contado em anos, meses ou dias, ou do evento que defina o seu termo final, observados os limites previstos no art. 28;*

*IX - data da classificação; e*

*X - identificação da autoridade que classificou a informação.*

*§ 1º O TCI seguirá anexo à informação.*

*§ 2º As informações previstas no inciso VII do caput deverão ser mantidas no mesmo grau de sigilo que a informação classificada.*

Acrescente-se, de relevância para o interesse em tela - qual seja, da repercussão da inovação legislativa trazida à lume pela Lei nº 12.527, de 2011, a procedimentos de natureza disciplinar - que a mencionada Lei e seu Decreto regulamentador contemplam o fato de determinadas informações estarem encartadas em meio a procedimentos cujo fim é a emanção de uma decisão. Esta ideia de procedimento ou de instrumentalização se aplica integralmente não só à fase de admissibilidade em geral e aos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar) mas também ao processo administrativo disciplinar (PAD) e à sindicância disciplinar. Tanto a fase de admissibilidade quanto os ritos contraditórios subsistem e caminham tão somente no interesse de uma manifestação decisória final (no primeiro caso, de se decidir pelo arquivamento preliminar do feito ou pela instauração da instância contraditória e, no segundo caso, de se julgar pelo arquivamento definitivo do feito ou pela atribuição da devida responsabilização funcional ao infrator). Daí, a leitura a *contrario sensu* do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, e do *caput* do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 2012, estabelece que os documentos preparatórios e utilizados como fundamento da decisão ou do ato administrativo têm o acesso preservado até a edição da decisão ou do ato.

*Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 7º*

*§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.*

*Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 20. O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão.*

Neste sentido, reproduz-se a manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 14, de 31 de maio de 2016.

*Enunciado CGU/CCC nº 14, de 2016: “Restrição de acesso dos procedimentos disciplinares. Os procedimentos disciplinares têm acesso restrito para terceiros até o julgamento, nos termos do art. 7º, parágrafo 3º, da Lei nº 12.527/2011, regulamentado pelo art. 20, caput, do Decreto nº 7.724/2012, sem prejuízo das demais hipóteses legais sobre informações sigilosas.”*

Em outras palavras, uma vez que, no curso da fase de admissibilidade em geral e nos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar), cada ato ou informação é

produzido ou coletada com o fim de amparar a decisão final (de arquivamento preliminar ou de instauração da instância disciplinar), também por este foco de análise ratifica-se que recai sobre todo o rito preparatório a cláusula de sigilo estabelecida pelo art. 23 da Lei nº 12.527, de 2011.

Em reforço à argumentação acima exposta, a título de informação, acrescenta-se que a CGU, na condição de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SisCor-PEF), também adotou normatização restritiva ao acesso a dados encartados em fase de admissibilidade em curso em seu próprio âmbito, conforme se depreende do *caput* e dos incisos IV, V e VII do art. 4º da Portaria CGU nº 1.613, de 26 de julho de 2012. Embora tal norma tenha aplicação restrita àquele órgão, convém sua menção no presente, a título de referência.

*Portaria CGU nº 1.613, de 2012 - Art. 4º A CGU manterá, independentemente de classificação, acesso restrito em relação às informações e documentos, sob seu controle e posse, mantidas em qualquer suporte, relacionadas a:*

*IV - identificação do denunciante, até que se conclua procedimento investigativo;*

*V - papéis de trabalho e procedimentos relativos a ações de controle e de inspeção correicional ou de qualquer espécie de ação investigativa, nos termos do 3º do art. 26 da Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001;*

*VII - relatórios e notas técnicas decorrentes de investigações, auditorias e fiscalizações, e outros documentos relativos à atividade de correição, bem como outras ações na área de competência da CGU, quando ainda não concluídos os respectivos procedimentos.*

Concluindo esta primeira abordagem material do tema, tem-se que, partindo da definição, em gênero, de sigilo como a cláusula que recai sobre informações de determinadas naturezas com o fim de impossibilitar seu conhecimento ostensivo, o ordenamento pátrio, mesmo antes desta inovação legislativa, contempla diversas espécies de sigilo, individualizadas e estanques entre si, e que, diante da indivisibilidade dos relevantes bens jurídicos que respectivamente visam a proteger, não contemplam classificações ou subdivisões em graus e tampouco prazos pré-definidos para seu afastamento (o que não se confunde com que sejam absolutamente inafastáveis). Nesta senda, melhor especificando menções feitas acima, pode-se citar, a título de exemplos, os sigilos da instância disciplinar (estabelecido no *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990); fiscal (estabelecido no art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional - CTN); bancário (estabelecido na Lei Complementar - LC nº 105, de 10 de janeiro de 2001); profissional (mencionado, por exemplo, no art. 207 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal - CPP e previsto em diversas leis reguladoras de carreiras, profissões ou ofícios, em que se inclui o sigilo referente às perícias médicas); telefônico e demais espécies de proteção à intimidade, vida privada, honra e imagem (estabelecidos nos incisos X e XII do art. 5º da CF e especificamente na Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996); e o segredo de justiça (estabelecido no inciso IX do art. 93 da CF, no parágrafo único do art. 11 e no art. 189, ambos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) e no § 6º do art. 201 do CPP). Como, com exceção do segredo de justiça, todos os demais sigilos acima descritos serão oportuna e detalhadamente abordados em outras passagens deste texto, aproveita-se para reproduzir aqui a sua base legal.

*CF - Art. 93.*

*IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional - EC nº 45, de 30 de dezembro de 2004)*

*CPP - Art. 201.*

*§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008)*

*CPC - Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:*

*I - em que o exija o interesse público ou social;*

*II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;*

*III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;*

*IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.*

*§ 1º O direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores.*

*§ 2º O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação.*

Isto posto, em adição a tais espécies de sigilo fortemente associadas às específicas naturezas das informações protegidas, a Lei nº 12.527, de 2011, acrescentou, por meio de seu art. 23, uma nova espécie de sigilo, multiforme e voltada a delimitar a regra apriorística da ostensiva publicidade que caracteriza as informações em geral sob poder da Administração: mesmo para estas informações em geral (não aquelas informações de naturezas específicas), a Lei estabeleceu uma espécie de sigilo de exceção ao preceito da publicidade, genericamente associada à segurança da sociedade e do Estado, e, como isto abarca diversas possibilidades de informações com variados riscos inerentes às suas divulgações, subclassificou tal espécie de sigilo em três graus e a eles associou diferentes prazos de afastamento da restrição de acesso.

Desta forma, o grande gênero da cláusula de sigilo se desdobra nas espécies de sigilo intrinsecamente associadas às naturezas específicas de determinadas informações - tais como o sigilo da instância disciplinar, o sigilo fiscal, o sigilo bancário, o sigilo profissional (em que se inclui a documentação de perícia médica), o sigilo telefônico e demais dados relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem e o segredo de justiça -, sem subdivisões e sem prazos pré-determinados de afastamento; e ainda na espécie residual de exceção ao preceito de publicidade para as informações em geral que exponham a risco a sociedade e o Estado, esta subdividida em três graus com prazos pré-determinados de afastamento. Esta construção também resta refletida no inciso IV do art. 3º e no inciso I do art. 6º, ambos do Decreto nº 7.724, de 2012.

*Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:*

*IV - informação sigilosa - informação submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado, e aquelas abrangidas pelas demais hipóteses legais de sigilo;*

*Art. 6º O acesso à informação disciplinado neste Decreto não se aplica:*

*I - às hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça; e*

Ratifique-se que, ainda que esteja fora do interesse do presente texto, a título apenas de informação, a Lei nº 12.527, de 2011, também tratou materialmente como exceção ao preceito apriorístico da publicidade e da disponibilização das informações em geral sob poder da Administração aqueles dados considerados como pessoais, relacionados à intimidade, vida

privada, honra e imagem, bem como às liberdades e garantias individuais de uma pessoa natural identificada ou identificável. Por expressa determinação legal, estas informações pessoais são automaticamente protegidas por sigilo em face de terceiros, dispensando-se atribuição de qualquer grau de sigilo por autoridade, tendo acesso restrito pelo prazo máximo de cem anos a contar da sua data de produção.

Antes de se apresentar a instrumentalização estabelecida pela Lei nº 12.527, de 2011, e regulamentada pelo Decreto nº 7.724, de 2012, para o processamento de pedidos de acesso, vista, cópia ou esclarecimento das informações em geral em poder da Administração, antecipa-se desde já que, diante de informações encartadas em PAD ou em sindicância disciplinar em curso ou, a qualquer tempo, diante de informações de natureza fiscal, bancária, profissional (como, por exemplo, referentes à perícia médica) ou ainda reveladoras da intimidade, vida privada honra e imagem, não há que se cogitar do regramento que a seguir será exposto, visto tais espécies de sigilo contarem com normatizações específicas e em nada alteradas pela Lei nº 12.527, de 2011. A instrumentalização que adiante se exporá, dentro das diversas formas de atuação do sistema correcional, se aplica tão somente às informações encartadas em fase de admissibilidade em geral ou nos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar), prévios à instauração do rito disciplinar, ainda em curso ou já arquivados, ou, por fim, nos PAD ou sindicâncias disciplinares já arquivados. De um lado, uma vez instaurada a instância disciplinar, opera-se, de forma automática, indivisível e atemporal, a cláusula de sigilo específica prevista no *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990; de outro lado, ainda em fase de admissibilidade ou já após arquivada a instância disciplinar, opera-se o sigilo previsto no inciso VIII do art. 23 da Lei nº 12.527, de 2011, mas que, para sua efetiva aplicação com o fim de inibir a divulgação de dados que prejudiquem atividades em curso de inteligência, investigação ou fiscalização, requer, da Administração, a providência estabelecida na mesma Lei, com a atribuição de grau reservado de sigilo.

Feita esta apresentação material da inovação legislativa, definidora da espécie de sigilo genericamente associada à segurança da sociedade e do Estado e da competência para tal atividade, passa-se a abordar a procedimentalização imposta pela Lei nº 12.527, de 2011, e regulamentada pelo Decreto nº 7.724, de 2012, para a apreciação de pedidos de acesso, vista, cópia ou esclarecimento da informação pública em geral - ou seja, àquelas informações em poder da Administração e que são de acesso irrestrito, por, especificamente, não possuírem natureza disciplinar, fiscal, bancária, profissional (e em especial médico-pericial), telefônico ou por, de forma mais geral, não serem imprescindíveis para a segurança da sociedade ou do Estado, como, por exemplo, por não prejudicarem as atividades investigativas.

Nos termos regulamentados pelo Decreto nº 7.724, de 2012, em seus arts. 9º e 10, no § 1º do art. 15 e no art. 16, cabe ao interessado apresentar o pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento desta espécie de informações no Serviço de Informações ao Cidadão (SIC) do órgão correspondente ou, ainda, por meio de sítio eletrônico institucional, seja do próprio órgão, seja por meio do Sistema e-SIC, disponibilizado pela CGU em seu sítio eletrônico. Atendendo, enfim, à necessidade de regulação da parte final do inciso XXXIII do art. 5º da CF, o Decreto, refletindo o comando do art. 11 da Lei nº 12.527, de 2011, estabelece que, caso o pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento de informação geral não possa ser prontamente atendido, o SIC do órgão possui prazo de vinte dias, contado da apresentação do pedido e prorrogável por mais dez dias, para enviar ao solicitante a informação ou a resposta de denegação, acompanhada da motivação da decisão e de comunicado de possibilidades de pedido de recurso ou de desclassificação da informação e da autoridade competente para sua apreciação.

*Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 9º Os órgãos e entidades deverão criar Serviço de Informações ao Cidadão - SIC, com o objetivo de:*

- I - atender e orientar o público quanto ao acesso à informação;*
- II - informar sobre a tramitação de documentos nas unidades; e*

*III - receber e registrar pedidos de acesso à informação.*

*Parágrafo único. Compete ao SIC:*

*I - o recebimento do pedido de acesso e, sempre que possível, o fornecimento imediato da informação;*

*II - o registro do pedido de acesso em sistema eletrônico específico e a entrega de número do protocolo, que conterà a data de apresentação do pedido; e*

*III - o encaminhamento do pedido recebido e registrado à unidade responsável pelo fornecimento da informação, quando couber.*

*Art. 10. O SIC será instalado em unidade física identificada, de fácil acesso e aberta ao público.*

*Art. 15. Recebido o pedido e estando a informação disponível, o acesso será imediato.*

*§ 1º Caso não seja possível o acesso imediato, o órgão ou entidade deverá, no prazo de até vinte dias:*

*I - enviar a informação ao endereço físico ou eletrônico informado;*

*II - comunicar data, local e modo para realizar consulta à informação, efetuar reprodução ou obter certidão relativa à informação;*

*III - comunicar que não possui a informação ou que não tem conhecimento de sua existência;*

*IV - indicar, caso tenha conhecimento, o órgão ou entidade responsável pela informação ou que a detenha; ou*

*V - indicar as razões da negativa, total ou parcial, do acesso.*

*Art. 16. O prazo para resposta do pedido poderá ser prorrogado por dez dias, mediante justificativa encaminhada ao requerente antes do término do prazo inicial de vinte dias.*

Em atenção à Lei nº 12.527, de 2011, e ao Decreto nº 7.724, de 2012, foi editada a Portaria MF nº 233, de 26 de junho de 2012, com o fim de estabelecer os procedimentos referentes ao acesso a informações públicas em geral no âmbito específico do Ministério da Fazenda (MF). Esta Portaria, em seu art. 22, reproduziu internamente o modelo de decisão, a cargo da autoridade competente, por meio do TCI, para atribuição dos três graus de sigilo a informações gerais que excepcionalmente se enquadrem nas já mencionadas condições restritivas de acesso nos oito incisos do art. 23 da Lei nº 12.527, de 2011. Destaque-se ainda que o inciso IX do art. 18 da Portaria MF nº 233, de 2012, que reproduz o inciso IX do art. 25 do Decreto nº 7.724, de 2012, e o inciso VIII do art. 23 da Lei nº 12.527, de 2011, autorizando a classificação, como sigilosa, das informações que possam prejudicar atividades de inteligência, de investigação ou de fiscalização em curso, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

Além disto, em termos procedimentais, a Portaria MF nº 233, de 2012, em seus arts. 4º, 6º, 12 e 13, dos quais se destacam alguns dispositivos, instituiu o Serviço de Informações ao Cidadão (SIC-MF), no âmbito da Ouvidoria do Ministério da Fazenda, a qual incumbe, por meio do Protocolo-SIC-MF, situado no Edifício Órgãos Centrais, em Brasília, centralizar o recebimento de pedidos de acesso, vista, cópia ou esclarecimento de informações públicas de caráter geral sob poder da Administração e exclusivamente fundamentados nos direitos estabelecidos pela Lei nº 12.527, de 2011, incluindo a triagem dos pedidos recebidos fisicamente (sejam aqueles apresentados pelo solicitante já no próprio Protocolo-SIC-MF, sejam aqueles apresentados em quaisquer unidades descentralizadas do MF, a serem remetidos por malote para o Protocolo-SIC-MF) ou recebidos virtualmente (sejam aqueles formulados pelo solicitante no sítio eletrônico do MF, sejam ainda aqueles formulados no sítio eletrônico da CGU e por este órgão encaminhados via Sistema e-SIC); converter os pedidos formulados verbalmente ou apresentados por escrito para o formato eletrônico padrão do Sistema e-SIC; informar ao solicitante o número de protocolo da demanda no referido sistema; e, por meio do Núcleo de Transparência Passiva do SIC-MF, responder às demandas, se possível, de imediato; ou encaminhar os pedidos aos órgãos da Pasta, em que se inclui a RFB, a fim de serem repassadas às unidades competentes; receber resposta de deferimento ou de indeferimento por parte do órgão fazendário; e repassar a resposta ao solicitante.

*Portaria MF nº 233, de 2012 - Art. 4º Fica instituído o Serviço de Informações ao Cidadão (SIC-MF), no âmbito da Ouvidoria do Ministério da Fazenda, em atendimento ao disposto no inciso I do art. 9º da Lei nº 12.527, de 2011, para atender os seguintes órgãos:*

*V - Secretaria da Receita Federal do Brasil e suas unidades descentralizadas;*

*Art. 6º O Protocolo-SIC exercerá as seguintes funções:*

*II - receber os pedidos de acesso à informação que sejam protocolados por escrito;*

*III - receber e reduzir a termo os pedidos de acesso à informação que forem solicitados verbalmente;*

*IV - converter os pedidos para formato eletrônico no Sistema e-SIC;*

*V - informar ao requerente o número de protocolo no Sistema e-SIC, bem como o prazo máximo de resposta;*

*VI - incluir o pedido de acesso à informação no Sistema Comprotdoc;*

*Parágrafo único. Serão disponibilizadas unidades físicas de protocolo do SIC-MF para atender a todos os órgãos do Ministério da Fazenda, conforme demanda a ser analisada.*

*Art. 12. Recepcionado o pedido no Protocolo-SIC, em meio físico, caberá ao servidor responsável:*

*I - incluir no Sistema SIC os pedidos de acesso à informação que atendam aos requisitos de que trata o inciso I;*

*V - encaminhar no prazo de 01 (um) dia, via Comprotdoc, a solicitação de informação ao Núcleo de Transparência Passiva do SIC-MF para que este possa realizar o acompanhamento interno do pedido.*

*§ 1º O requerente poderá protocolar o pedido de acesso à informação em unidades descentralizadas do Ministério da Fazenda, devendo fornecer endereço físico ou eletrônico para recebimento do número do protocolo da demanda no Sistema e-SIC.*

*§ 2º Na hipótese do § 1º deverá o servidor do protocolo da unidade descentralizada verificar se o pedido de acesso à informação contém os requisitos mínimos, constantes do art. 11 desta Portaria, receber e encaminhar ao Protocolo-SIC, via malote acompanhado de comprovante de recebimento ou Comprot.*

*§ 3º O prazo para resposta do pedido inicia-se a partir da efetiva entrada do pedido no Sistema e-SIC, que cientificará e encaminhará o respectivo número de protocolo ao endereço fornecido pelo requerente nos termos do § 1º.*

*Art. 13. Caberá ao Núcleo de Transparência Passiva do SIC-MF:*

*V - responder de imediato ao requerente quando a informação requerida se encontrar disponível nos sítios eletrônicos dos órgãos do Ministério da Fazenda, sempre acompanhada de orientação sobre recursos;*

*VI - não sendo possível atender ao pedido de imediato, enviar a solicitação de informação ao órgão responsável pelo assunto que terá o prazo de 15 (quinze) dias para manifestação;*

*VII - comunicar ao requerente que o Ministério da Fazenda não possui a informação e indicar, se for do seu conhecimento, o órgão ou a entidade que a detém, sempre acompanhada de orientação sobre recursos; e*

*VIII - encaminhar ao órgão ou entidade responsável de que trata o inciso VI deste artigo o pedido de informação.*

*Parágrafo único. A orientação sobre recursos compreende:*

*I - informação sobre a possibilidade de interposição de recurso;*

*II - os prazos e as condições para a interposição do recurso;*

*III - a indicação da autoridade competente para o julgamento do recurso; e*

*IV - a possibilidade de apresentação de pedido de desclassificação, se for o caso, com a indicação da autoridade classificadora que o apreciará.*

Prosseguindo na instrumentalização interna estabelecida pela Portaria MF nº 233, de 2012, destacadamente em seu art. 14, o órgão do MF responsável pela informação pública de caráter geral (que pode vir a ser a RFB e seu sistema correccional) deverá verificar se a possui;

comunicar ao Núcleo de Transparência Passiva do SIC-MF, de imediato, que não a possui; ou, em até quinze dias do recebimento da demanda por intermédio daquele Núcleo, retornar a este a comunicação de necessidade de prorrogação do prazo por mais dez dias ou a resposta denegatória do pedido, indicando a razão de sigilo e a possibilidade de recurso à autoridade hierarquicamente superior; ou, por fim, remeter ao mencionado Núcleo a informação requerida.

*Portaria MF nº 233, de 2012 - Art. 14. O órgão do Ministério da Fazenda responsável pela informação deverá:*

*I - verificar se possui a informação requerida, comunicando imediatamente ao Núcleo de Transparência Passiva do SIC-MF o fato de não possuí-la;*

*II - encaminhar a informação requerida ao Núcleo de Transparência Passiva do SIC-MF quando esta for de responsabilidade do órgão e puder ser divulgada de imediato ao requerente;*

*III - comunicar ao Núcleo de Transparência Passiva do SIC-MF, antes do término do prazo inicial de 15 (quinze) dias, a necessidade de prorrogação de prazo para resposta, nos termos art. 16 do Decreto nº 7.724, de 2012, acompanhada da devida justificativa; e*

*IV - comunicar ao Núcleo de Transparência Passiva do SIC-MF, mediante justificativa, a impossibilidade de divulgação da informação requerida.*

*§ 1º O Núcleo de Transparência Passiva do SIC-MF deverá notificar o requerente sobre a prorrogação de que trata o inciso III do caput, acompanhada da respectiva justificativa, dentro do prazo inicial para resposta.*

*§ 2º O Núcleo de Transparência Passiva do SIC-MF dará conhecimento da informação ao requerente ou comunicará data, local e modo para realização da consulta ou reprodução.*

Por fim, no âmbito da RFB, por meio da Portaria RFB nº 1.277, de 9 de julho de 2012, o Secretário da Receita Federal do Brasil a quem originalmente incumbe a classificação de informações sigilosas em geral em poder do órgão no grau reservado em razão de sua divulgação oferecer riscos à sociedade ou ao Estado, delegou a competência às autoridades que exerçam cargo em comissão código DAS-101.4, o que, no caso do sistema correcional, contempla apenas o Corregedor. Daí, para classificar como sigilosa uma informação em geral (que já não seja, por sua própria natureza, protegida por regra específica, como sigilo disciplinar por se encontrar nos autos de PAD ou de sindicância disciplinar em curso ou sigilo fiscal, bancário, profissional - e em especial médico-pericial -, telefônico ou segredo de justiça), em trâmite no sistema correcional, destacadamente em fase investigativa, apenas o Corregedor é competente para decidir, empregando-se o modelo do TCI, instituído pelo Decreto nº 7.724, de 2012, e igualmente adotado como Anexo na Portaria MF nº 233, de 2012. Neste caso, mesmo estando em curso simultaneamente diversas informações distintas de mesma natureza (como por exemplo, peças de diferentes fases de admissibilidade em geral ou de diferentes procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar), e que requeiram imposição de sigilo, a classificação deve ser feita isoladamente, caso a caso, sobre cada dado ou documento, podendo o Corregedor, por delegação, atribuir-lhes o grau reservado (por cinco anos a contar da produção da informação), com o fim excepcionalmente de afastar o acesso irrestrito, sobretudo de terceiros para estas vias investigativas ou ainda para o rito contraditório já arquivado (acesso este que, não estando vedado pelo art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, e excluindo-se dados especificamente protegidos por sigilo fiscal, bancário, profissional - e em especial médico-pericial -, telefônico ou segredo de justiça, a princípio, seria franqueado pela regra geral da Lei de Acesso à Informação Pública).

Neste ponto, convém lembrar o comando do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, e do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 2012, ratificados pelo Enunciado CGU/CCC nº 14, de 2016, no sentido que os documentos ou informações preparatórios à edição de ato decisório sigiloso (como é o caso da fase de admissibilidade, até a emanação do parecer de admissibilidade) também se acobertam pelo sigilo até a edição do ato.

Portanto, à vista do ordenamento interno da RFB, caso o Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor) ou do Núcleo de Corregedoria (Nucor) entenda que determinada informação encartada em fase de admissibilidade em geral ou nos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar) deve ter cláusula de sigilo em razão do risco que sua divulgação expõe a sociedade ou o Estado - por sua divulgação poder prejudicar atividades de inteligência, de investigação ou de fiscalização em curso, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações, nos termos do inciso IX do art. 18 da Portaria MF nº 233, de 2012, ou do inciso IX do art. 25 do Decreto nº 7.724, de 2012, ou do inciso VIII do art. 23 da Lei nº 12.527, de 2011 -, deve provocar o Corregedor, a fim que este, nos moldes do TCI, atribua o grau reservado, por cinco anos desde a produção da informação. Por óbvio, para as informações em trâmite na Coger, se assim entender pertinente, nos mesmos moldes acima, pode o Corregedor decidir pela atribuição de grau reservado. E o mesmo se aplica para informações encartadas em PAD ou em sindicância disciplinar já arquivados.

Ressalte-se que não necessariamente a atribuição de grau reservado a determinada informação encartada em fase de admissibilidade em geral ou nos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar) ou ainda em rito contraditório já arquivado deve se dar espontaneamente antes de o interessado ter protocolizado o pedido. É cabível que o Corregedor, de ofício ou por provocação, faça a tal atribuição partir do momento em que já se tem o pedido por parte do peticionante, conforme autoriza o art. 20 da Portaria MF nº 233, de 2012.

*Portaria MF nº 233, de 2012 - Art. 20. A classificação deverá ser realizada no momento em que a informação for gerada ou, posteriormente, sempre que necessário.*

Ademais, qualquer pedido, sobretudo de terceiros, de acesso, vista, cópia ou esclarecimento de informações de natureza correcional encartadas em fase de admissibilidade em geral ou nos procedimentos de investigação empregados ou ainda em instância disciplinar já arquivada, com lastro exclusivamente nos direitos estabelecidos pela Lei nº 12.527, de 2011 (ou no Decreto nº 7.724, de 2012, ou na Portaria MF nº 233, de 2012), deve ser manejado à luz do regramento específico daquele diploma legal e de seus regulamentos infralegais.

Assim, em caso de pedido protocolizado fisicamente no Protocolo-SIC-MF, situado no Edifício Órgãos Centrais, em Brasília, ou, virtualmente, pelos sítios eletrônicos do MF ou da CGU, deve aquele protocolo centralizador do MF, após providenciar o registro da demanda no Sistema e-SIC, encaminhá-la, via Módulo Documento do Sistema de Comunicação e Protocolo (Comprot), o aplicativo Comprotdoc Web, para a RFB, por intermédio da Ouvidoria deste órgão (Gabin/Ouvid - informe-se que, originalmente, esta entrada se dava por intermédio da Divisão de Atividades Administrativas (Gabin/Diadm), também a exemplo da Ouvidoria, vinculada ao Gabinete do Secretário da Receita Federal do Brasil). A Gabin/Ouvid repassa a demanda, via e-processo, para a unidade competente (Coger ou Escor ou Nucor, no caso). Na sequência, a unidade correcional deve elaborar a resposta, seja esclarecendo de imediato não possuir a informação solicitada; seja, no prazo de quinze dias, fornecendo a informação solicitada ou denegando-a de forma motivada em virtude de oposição de cláusula de sigilo (ou porque a informação desde sempre é protegida por se inserir em um rito disciplinar em curso ou por ser de natureza fiscal, bancária, profissional - e em especial médico-pericial -, telefônica ou segredo de justiça ou ainda porque, encartando-se em fase de admissibilidade e não sendo daquelas espécies de natureza, a ela o Corregedor atribuiu grau reservado, com base no inciso VIII do art. 23 da Lei nº 12.527, de 2011, em razão de sua disponibilização prejudicar atividades de inteligência, investigação ou fiscalização em andamento com o fim de prevenir ou de reprimir infrações), ou ainda solicitando prorrogação do prazo por mais dez dias; e encaminhar esta resposta, via e-processo, à Gabin/Ouvid. À

Gabin/Ouvid incumbe formalizar a resposta e encaminhá-la à Ouvidoria do MF, via Sistema Comprotdoc Web, para que esta, enfim, a forneça ao solicitante.

A mesma procedimentalização se obriga ainda que o solicitante formule diretamente no Escor, no Nucor ou na Coger ou até mesmo em qualquer unidade descentralizada da RFB o pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento de informações de natureza correcional encartadas em fase de admissibilidade em geral ou nos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar) ou em PAD ou sindicância disciplinar já arquivados. Baseando-se o pedido exclusivamente nos direitos estabelecidos pela Lei nº 12.527, de 2011 (ou no Decreto nº 7.724, de 2012, ou na Portaria MF nº 233, de 2012), deve o titular da unidade de entrada remetê-lo por malote para o Protocolo-SIC-MF, a fim de ser registrado no Sistema e-SIC e ser remetido de volta, da forma acima descrita, pela Gabin/Diadm para unidade correcional provocada. De se destacar que, nas hipóteses de o pedido ser apresentado diretamente na unidade correcional, mesmo se a autoridade entender que a demanda deve ser deferida, havendo ou não atribuição de grau reservado pelo Corregedor, não lhe cabe imediatamente fornecer o acesso à informação, bem como não lhe cabe diretamente responder pelo indeferimento, uma vez que os pedidos baseados exclusivamente na Lei nº 12.527, de 2011 (ou no Decreto nº 7.724, de 2012, ou na Portaria MF nº 233, de 2012), devem ser instrumentalizados da forma prevista no diploma legal e na sua regulamentação infralegal, destacadamente nos incisos II e IV do art. 14 da mencionada Portaria MF.

É de se destacar a possibilidade de o servidor representado, denunciado ou investigado peticionar diretamente na unidade correcional pedido de acesso a informações acerca da fase de admissibilidade em curso, lastreando-o na Lei nº 12.527, de 2011, e a resposta ter de incluir dados pessoais, fiscais, bancários, telefônicos ou médico-periciais do próprio solicitante. Sendo certo que a resposta deve seguir o rito específico, via Gabinete, Protocolo-SIC-MF e Ouvidoria do MF, com o fim de evitar que dados acobertados por aquelas espécies de sigilo associadas à natureza das informações tramitem por unidades estranhas ao sistema correcional e até por órgãos estranhos à RFB, recomenda-se a emissão de uma resposta comunicando a pertinência do pleito e que as informações solicitadas, por conterem dados sob aquelas cláusulas específicas de sigilo, não podem ser remetidas na via eletrônica e se encontram à disposição, na unidade correcional provocada, para serem retiradas pessoalmente pelo próprio solicitante ou por seu procurador constituído.

Acrescente-se ainda que, em caso de pedido dirigido ao Nucor, ao Escor ou à Coger para acesso, vista, cópia ou esclarecimento de informações de natureza correcional encartadas em fase de admissibilidade em geral ou nos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar) ou ainda em PAD ou em sindicância disciplinar já arquivados, a decisão denegatória (em razão de atribuição de grau reservado pelo Corregedor), a cargo do correspondente titular da unidade correcional provocada, deve indicar, respectivamente, o Chefe de Escor, o Corregedor ou o Secretário da Receita Federal do Brasil como autoridade competente para apreciar eventual recurso; e, em todos os casos, deve indicar este último como autoridade reclassificadora da atribuição de grau reservado pelo Corregedor. De se destacar ainda que eventual existência de decisão, a cargo do Corregedor, atribuindo grau reservado a determinada informação não afasta a competência para o Chefe de Escor ou do Nucor formular a resposta, caso a fase investigativa transcorra naquelas unidades e a elas tenha sido dirigido o pedido.

Neste rumo, ressalve-se que não se impõe à Administração o dever de prestar informações diante de pedidos genéricos, desarrazoados, desproporcionais ou que exijam trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações, tais como uma apuração especial, conforme se depreende do art. 13 do Decreto nº 7.724, de 2012, e do § 2º do art. 15 da Portaria MF nº 233, de 2012.

*Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 13. Não serão atendidos pedidos de acesso à informação:*

*I - genéricos;*

*II - desproporcionais ou desarrazoados; ou*

*III - que exijam trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações, ou serviço de produção ou tratamento de dados que não seja de competência do órgão ou entidade.*

*Parágrafo único. Na hipótese do inciso III do caput, o órgão ou entidade deverá, caso tenha conhecimento, indicar o local onde se encontram as informações a partir das quais o requerente poderá realizar a interpretação, consolidação ou tratamento de dados.*

*Portaria MF nº 233, de 2012 - Art. 15.*

*§ 2º Para os fins do inciso III do caput, consideram-se pedidos que exigem trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados aqueles que envolverem informações fiscais que dependam de apuração especial em prestador de serviço de tecnologia da informação.*

Não obstante, o pedido apresentado por servidor com o fim de ser informado se houve ou se há, contra ele, algum procedimento investigativo concluído ou em curso no sistema correcional deve ser solucionado à luz do disciplinamento e do rito, garantista, do direito à informação, impostos pela Lei nº 12.527, de 2011, qual seja, via Protocolo-SIC-MF e com registro no Sistema e-SIC, independentemente da unidade em que foi apresentado. Não podendo ser considerado como genérico, visto a possibilidade de a Administração obter a resposta, na hipótese de não ter havido e de não haver procedimento em face do peticionante (em que se inclui a hipótese de ter havido e de ter sido concluído pelo arquivamento), basta fornecer tal resposta; e, na hipótese de haver um procedimento de investigação em curso ou já concluído com proposta de instauração, tal resposta pode ou não ser fornecida, em função da possibilidade de o conhecimento prévio frustrar, impedir ou inibir a efetividade das investigações. Neste último caso, pode a autoridade correcional responder que a concessão do acesso traria prejuízo à atividade de investigação e que, por tal razão, a informação solicitada encontra-se acobertada pela cláusula de sigilo prevista no inciso VIII do art. 23 da Lei nº 12.527, de 2011.

De acordo com o art. 11 da Lei nº 12.527, de 2011, e com os arts. 15 e 16 do Decreto nº 7.724, de 2012, o prazo de resposta ao pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento de informações gerais é de até vinte dias, contado da entrada do pedido do solicitante no Protocolo-SIC-MF (que deve coincidir com a data de inclusão do pedido no sistema e-SIC, inclusive na hipótese de o solicitante ter dado entrada no pedido em qualquer unidade descentralizada com localização diferente do Edifício Órgãos Centrais em Brasília, em que deverá ser remetido por malote), com possibilidade de prorrogação de dez dias, enquanto a Portaria MF nº 233, de 2012, no inciso VI do seu art. 13 e no inciso III do seu art. 14, estabelece, para o órgão efetivamente responsável pela resposta, o prazo de apenas quinze dias, contado da chegada do pedido ao Núcleo de Transparência Passiva do SIC-MF, também com possibilidade de prorrogação de dez dias.

Concluindo este longo parêntese no que ora importa da inovação legislativa trazida pela Lei nº 12.527, de 2011, no que isto se reflete na análise específica na fase de admissibilidade em geral e nos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar), verifica-se que o disciplinamento imposto pelo inciso VIII do art. 23 do referido diploma legal permite afirmar que a exceção contida na parte final do inciso XXXIII do art. 5º da CF pode ser cogitada quando se manuseia a fase de admissibilidade, vez que foi contemplada a possibilidade de atribuição de grau reservado de sigilo para as informações cuja divulgação possa comprometer atividades de inteligência, de fiscalização ou de investigação em curso referentes à prevenção ou à repressão de infrações, o que é o caso da instância correcional, até mesmo quando o pedido de acesso, cópia, vista ou esclarecimento é apresentado pelo próprio

servidor representado, denunciado ou investigado e ainda com mais ênfase quando apresentado por terceiros.

O exercício da garantia fundamental é de ser visto em conjunto e em dinâmica harmonia com a também necessária preservação da atividade pública, não sendo desejável que a satisfação do direito individual venha a tornar explícitas, conhecidas, previsíveis e contornáveis as formas de atuar do ente estatal, sob risco de afastar todo o poder inibidor que a atuação administrativa pode exercer sobre o potencial ou futuro infrator, não só do caso concreto em tela como também sobre qualquer outro possível agente.

Conforme reconhecido no início no presente tópico, o tema em questão não se resume em análise apressada e superficial, pois nele residem aspectos controversos demandadores de aprofundada ponderação. Aqui reside inegável colisão de interesses e de direitos, pois, de um lado, clama-se pela garantia constitucional que permite ao administrado acesso, vista, cópia ou esclarecimento das informações de seu interesse que ele próprio sabe estarem em poder da Administração, enquanto, de outro lado, é de se atentar para o fato de que uma irrestrita flexibilização do requerido sigilo pode prejudicar o interesse público, não só em determinado caso concreto mas também em qualquer iniciativa de persecução administrativa, caso venha a se expor as estratégias de atuação do ente público em fase investigativa. A indevida exposição ou disponibilização do *modus operandi* da Administração na busca da configuração de indícios de conduta infracional suscitadores da instauração do rito punitivo e contraditório pode expor a sociedade e o interesse maior ao risco de se verem frustradas quaisquer tentativas de persecução disciplinar, conforme manifesta a jurisprudência.

*TRF da 4ª Região, Apelação Cível nº 0015302-57.2009.404.7000: “Ementa: 1. O Habeas Data tem por objetivo a proteção contra eventual informação abusiva, inexata ou prejudicial às pessoas, por meio do acesso a bancos de dados, tanto públicos como privados, possibilitando ao interessado promover sua atualização, retificação ou anulação. 2. É evidente que o impetrante tem assegurado o direito aos dados que fundamentam a atuação, mas não ao próprio procedimento de investigação e seus critérios. Estes últimos são sigilosos e compõem a atividade interna dos órgãos de inteligência que dão suporte ao trabalho do Fisco. 3. O interesse em fiscalizar um dado contribuinte surge do cruzamento de dados com declarações de outros contribuintes, e esse tipo de fato, por óbvio, não pode ser revelado, sob pena de expor as linhas estratégicas que norteiam a atividade fiscal. 4. Por fim, deve ser destacado que não há relevância jurídica no fato do impetrante ser ocupante do cargo de auditor fiscal. Afinal, a atuação ocorreu no âmbito de um procedimento fiscal, a que todos estão sujeitos.”*

#### **2.5.6.2.2 - A Necessária Ponderação em Pedido de Acesso, Vista, Cópia ou Esclarecimento pelo Próprio Servidor**

O necessário balizamento instrumental para se solucionar este conflito reside, mais uma vez, no emprego da ferramenta hermenêutica da integração, fazendo se refletir, na instância administrativa, os ensinamentos que a instância penal adquire com a edição da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal (STF), cuja literalidade estabelece que “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Resgatando-se no sítio eletrônico do STF a ata com todos os debates que ensejaram a aprovação da mencionada Súmula Vinculante, verifica-se que o Plenário ateve-se a precedentes na Casa que demonstravam a preocupação com o conflito de direitos, ambos de origem constitucional, na questão de acesso do defensor às investigações conduzidas pela autoridade policial no curso do inquérito.

*STF, Habeas Corpus nº 82.354: “Ementa: II. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial. 1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio. 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado - interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual - ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas - não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. 5. Habeas corpus deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição.”*

De imediato, se extrai deste julgado que a Súmula Vinculante nº 14 do STF em si não teve o condão de anular as manifestações doutrinárias até aqui adotadas como apoio (reproduzidas em **2.5.6.1**), visto que a Corte também entende que inquérito não é processo e que não se destina a decidir litígio, não sendo, daí, submetido à essência e à integralidade do contraditório.

A partir daí, os debates e votos discorreram consentaneamente acerca da convicção de que, por um lado, embora não contraditório, o inquérito não tem afastadas garantias fundamentais básicas do investigado, como o direito de se assistir por advogado, de não se autoincriminar, de manter-se em silêncio e, destacadamente para o tema, de conhecer as provas já definitivamente documentadas (como reflexo, inclusive, do princípio da comunhão da prova, que se abordará em **3.3.3.7**), mas, por outro lado, devem ser mantidas a capacidade e a possibilidade de a autoridade policial conduzir as diligências sem que o conhecimento dos autos por parte do defensor prejudique, comprometa ou esvazie a eficácia das investigações. Neste sentido, destacam-se passagens bastante didáticas de dois votos em especial.

*STF, Proposta de Súmula Vinculante nº 1 (que aprovou a Súmula Vinculante nº 14), Voto: “(...) de fato, a Constituição contrabalança a lista dos direitos individuais, neles embutido o tema da ampla defesa e do contraditório, com o dever do Estado de investigar criminalmente na perspectiva de detectar infrações penais e identificar os respectivos autores. (...)*

*Se, de um lado, temos direitos e garantias individuais em matéria penal, de lastro constitucional, também de lastro constitucional temos a consagração do princípio da justiça penal eficaz.*

*Nesse ponto, parece-me que são dois princípios que nos remetem, necessariamente, para Dworkin e Alexy, quando falam da aplicabilidade dos princípios como servientes, obedientes, ao necessário juízo de otimização. Ou*

*seja, os princípios que colidem, no caso concreto, terão que ser aplicados mediante um juízo de otimização ou de ponderação. Daí essa definição dos princípios como ‘mandados de otimização’*

*Penso, portanto, que a redação da súmula deve encerrar, encarnar um mandado de otimização. Ela deve ter a virtude de consubstanciar um verdadeiro mandado de otimização ou de conciliação entre esses princípios igualmente constitucionais. De uma parte, falemos de princípio da ampla defesa; de outra parte, o princípio da justiça penal eficaz. (...) eu faço uma distinção - não sei se procedente para o caso - entre autos do inquérito policial e diligências concretizadoras da investigação. A investigação policial como um todo, uma espécie de continente; e as diligências como meios de operacionalizar a investigação. A investigação se dá por meio de sucessivas diligências.*

*Eu me perguntaria: nós deveríamos consagrar na súmula o direito irrestrito dos advogados de acesso aos autos da investigação, ou das diligências, de cada diligência já concluída? Claro que estou falando de um receio que é justo, de que o conhecimento prévio de uma diligência comprometa toda a linha da investigação. E, comprometendo toda a linha da investigação, o princípio da justiça penal eficaz resultaria vulnerado. É uma distinção que eu apenas pondero, levo à consideração dos eminentes Ministros. (...)*

*Ora, ‘em processo judicial ou administrativo’. Nós sabemos que o inquérito policial nem é processo administrativo nem processo nem processo judicial, é pré-processo, um ‘tertium genus’. É uma terceira figura, uma terceira via de direito. Daí chamarmos muito até - eu nem gosto dessa expressão - de fase inquisitorial da investigação criminal.*

*Será que essa consideração de não ser o inquérito policial um processo administrativo nem judicial, e, portanto, não comportar essa defesa com toda amplitude, não nos levaria também a fazer a distinção entre investigação e diligências investigatórias?”*

*STF, Proposta de Súmula Vinculante nº 1 (que aprovou a Súmula Vinculante nº 14), Voto: “(...) duas coisas devem ser distinguidas nos inquéritos policiais: uma coisa são os elementos de provas já documentados. Quanto a estes elementos de prova já documentados, não encontro modo de restringir o direito dos advogados em defesa dos interesses do cliente envolvido nas investigações. Outra coisa são todos os demais movimentos, atos, ações e diligências da autoridade policial que também compõem o inquérito. A autoridade policial pode, por exemplo, proferir despacho que determine certas diligências cujo conhecimento pode frustrá-las; a esses despachos, o advogado não tem direito de acesso prévio, porque seria concorrer com a autoridade policial na investigação e, evidentemente, inviabilizá-la. (...). Por isso, tal ementa, a meu ver, resguarda os interesses da investigação criminal, não apenas das diligências em andamento, mas ainda das diligências que estão em fase de deliberação. A autoridade policial fica autorizada a não dar ciência prévia desses dados ao advogado, a qual poderia comprometer o resultado final da investigação. O que não se quer é retirar dos advogados, na defesa dos clientes envolvidos nas investigações, o acesso aos elementos de prova que já tenham sido documentados. (...)*

*(...) há certos elementos que, embora já concluídos, indicam a necessidade de realização de outros.*

*Não é fácil. É questão grave. Há certas diligências cuja realização não se exaure em si mesma, mas aponta para outras. (...)*

*Isto é, as autoridades policiais continuarão autorizadas a estabelecer seu programa de investigação sem que os advogados lhe tenham acesso. O que não poderão evitar é apenas isso, e que me parece fundamental na súmula: os elementos de prova já coligidos, mas que não apontem para outras diligências, que não impliquem conhecimento do programa de investigação da autoridade policial, enfim que não cerceiem de nenhum modo o Estado no procedimento de investigação, esses não podem ser subtraídos do advogado. Então, ele terá*

*acesso, mas evidentemente a autoridade policial estará autorizada a separar os elementos de inquérito. (...)*  
*É nesses termos, Senhor Presidente, que voto. (...) não é aos autos do inquérito, é acesso aos elementos já documentados. Apenas isso.”*

Resgatando este histórico da edição da Súmula Vinculante nº 14 do STF, tem-se cristalino que o STF jamais cogitou - sequer na sua atenção para a gravosa instância penal - de garantir irrestrito acesso ao defensor do investigado, sobretudo na programação, nas conjecturas, na síntese elaborativa das provas a serem perseguidas ou ainda em persecução. A leitura dos votos demonstra que a Corte compreende que assiste ao investigado em inquérito um conjunto de direitos essenciais da pessoa, mas, ao mesmo tempo, observa que o inquérito não comporta toda a amplitude da defesa e ratifica a preocupação em manter a eficácia da Justiça penal, preservando o poder de o Estado promover as investigações criminais de proteção do bem social.

Com isto, a Corte especificou claramente a não autorização de acesso a diligências (no sentido amplo do termo) não só em andamento ou ainda em fase de deliberação mas também até diligências que embora já concluídas possam indicar a necessidade de realização de outras, deixando, neste aspecto, a autorização residual de acesso a elementos de prova já operacionalizados, documentados e autuados e que se exaurem em si mesmos, que não apontem para a realização de outras diligências ou que não impliquem conhecimento da estratégia de investigação.

A parte final reproduzida no segundo voto acima é cristalina ao esclarecer mais do que a literalidade da Súmula Vinculante nº 14 do STF a princípio pode induzir em uma leitura apressada e equivocada: a Corte Suprema não autorizou, sequer para a gravosa instância penal, nenhum acesso ou esclarecimento acerca de documento, dado ou prova de interesse da defesa, ainda que autuado, que possa cercear de qualquer modo o Estado no procedimento de investigação, pois não houve autorização de acesso irrestrito aos autos.

*STF, Reclamação nº 10.110: “Ementa: II - A decisão ora questionada está em perfeita consonância com o texto da Súmula Vinculante 14 desta Suprema Corte, que, como visto, autorizou o acesso dos advogados aos autos do inquérito, apenas resguardando as diligências ainda não concluídas.*

*Voto: (...) Não vislumbro, entretanto, qualquer afronta a enunciado sumular mencionado pelo reclamante.*

*Tem-se, nos autos, que, em 8/4/2010, o juízo processante indeferiu o pedido de acesso irrestrito a todos os elementos de provas, inclusive às interceptações telefônicas, pelos seguintes fundamentos:*

*‘(...) Pois bem. Por tais razões, parece óbvio que para não prejudicar as investigações em andamento, o próprio legislador - já sob a égide da Constituição de 1988 - previu que as partes apenas terão acesso aos autos respectivos quando apensos ao inquérito policial, ou, durante o processo, para fins de alegações finais. Destarte, e sem perder de norte o princípio do devido processo legal e seus derivados contraditório e ampla defesa, não parece razoável interpretar-se o referido princípio, por mais que preceitos que encerrem garantias devam ser lidos de forma extensiva, de modo a permitir o acesso irrestrito das partes aos autos de interceptação, tanto mais quando os trabalhos investigativos ainda não foram concluídos e podem ser prejudicados pelo deferimento desse tipo de pretensão.*

*Saliente, ademais, e em reforço a esse posicionamento, que o próprio enunciado da Súmula Vinculante n. 14 do STF autoriza que se ressalvem as diligências em andamento do conteúdo das peças de inquérito policial que devem ser disponibilizadas às partes e seus procuradores (...).*

*Porém, não se pode retirar das partes, nos exatos termos da mencionada Súmula, o direito de terem acesso a todos os elementos já colhidos no inquérito policial ressaltando-se, como já dito, as diligências ainda em andamento, cujo acesso pode implicar em obstáculo à efetividade da atividade investigatória.*

(...)'

*(...)Tenho, contudo, que a decisão ora questionada está em perfeita consonância com o texto da súmula vinculante tida como violada, que, como visto, autorizou o acesso dos advogados aos autos do inquérito, apenas resguardando as diligências ainda não concluídas, nos exatos termos do enunciado sumular."*

Por óbvio que - ainda que se reconheça que a mencionada Súmula Vinculante teve sua edição dirigida à instância criminal, que prevalece o princípio da independência das instâncias e que a persecução penal atinge bem jurídico indisponível da pessoa, que é sua liberdade, sabidamente mais relevante que o vínculo jurídico-estatutário firmado entre servidores e o Estado - o entendimento em tela também deve repercutir na instância disciplinar, com as devidas adequações.

Em outras palavras, havendo pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento, em fase de admissibilidade em geral ou nos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar), por parte do servidor representado, denunciado ou investigado, seja pessoalmente, seja por intermédio de procurador, deve o pleito ser deferido exclusivamente no que pertine aos elementos já devidamente autuados - como determina, inclusive, o já mencionado princípio da comunhão da prova - e cuja linha investigativa exaure-se em si mesmos ou ainda que não apontem para a realização de outras diligências. De se destacar, de um lado, que tal entendimento supera inclusive eventual classificação de informação em grau reservado de sigilo, nos termos do inciso VIII do art. 23 da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (a Lei de Acesso à Informação Pública), por se ter compreendido que a disponibilização poderia comprometer atividades de inteligência, fiscalização ou investigação. Diante da relevância do pleito formulado pelo próprio servidor representado, denunciado ou investigado, aquela cláusula de reserva deve ser afastada a favor do peticionante. Mas, de outro lado, também se ressalte que aqui não se defende a irrestrita concessão a favor do peticionante, podendo, se for o caso, o exercício do direito constitucionalmente assegurado ser efetivado e satisfeito parcialmente, se houver linhas investigativas ainda incipientes, para as quais a dinâmica ponderação de princípios em confronto autoriza que a Administração, à luz dos entendimentos externados pela interpretação histórica da edição da Súmula Vinculante nº 14 do STF, obstrua o conhecimento do interessado.

No mesmo rumo, sintonizado com a manifestação vinculante da Corte Suprema, caminhou o ordenamento legal, com a alteração promovida no art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB), que elenca os direitos do advogado. De um lado, a Lei assegura ao advogado o direito de acesso a autos de investigação de qualquer natureza, em qualquer instituição (não somente repartição policial) e ainda que em andamento - o que, por óbvio, inclui o curso da fase de admissibilidade em instância administrativa. Mas o legislador não desatendeu de resguardar do conhecimento da defesa os elementos de prova relacionados a linhas investigativas em andamento e que, por este motivo, corretamente ainda não tenham sido autuados, tendo em vista o risco de pôr a perder a efetividade dos trabalhos em curso, na contrapartida de não ter tolerado o uso de má-fé ao conceder acesso delimitado aos autos ou de subtrair elementos já autuados. É o que se lê no conjunto do inciso XIV e dos §§ 10 e 12 do mencionado art. 7º. Portanto, é de se destacar que nem mesmo o Estatuto da OAB, sabidamente um diploma legal assegurado das prerrogativas do advogado, tem em seu texto a garantia de acesso irrestrito aos autos investigativos em curso, tendo a Lei se harmonizado na linha de equilíbrio entre a concessão da proteção constitucional e a preservação do múnus estatal e da efetividade dos trabalhos de investigação.

*Lei nº 8.906, de 1994 - Art. 7º São direitos do advogado:*

*XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer*

*natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; (Redação dada pela Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016)*

*§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)*

*§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)*

*§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)*

Ainda neste tema, de se ressaltar que, se, de início, o inciso XIV do art. 7º da Lei nº 8.906, de 1994, concedeu acesso a autos investigativos a advogado mesmo desprovido de procuração, por outro lado, o § 10 do mesmo dispositivo excepcionou tal prerrogativa no caso de os autos serem sigilosos, como pode ser, mediante declaração específica, a fase de admissibilidade, conforme já exposto em **2.5.6.2.1**.

Na esteira da interpretação de como a mencionada Súmula Vinculante pode se refletir na instância administrativa, esclarece-se aqui o que vem sendo defendido linhas acima, acerca da necessidade - e também da possibilidade e da capacidade - de a Administração simultaneamente preservar o interesse público da efetiva investigação sem negar de forma absoluta o direito fundamental do administrado.

Na prática, a instrumentalização desta ponderação dinâmica se opera com o poder que recai nas mãos do órgão público condutor dos trabalhos de delimitar o conhecimento do peticionante aos documentos já autuados, reservando para si a prerrogativa de manter à margem da autuação os documentos atinentes a diligências e a linhas investigativas ainda em curso e que ainda não se esgotaram, cujo conhecimento prévio por parte do representado, denunciado ou investigado possa efetivamente frustrar os objetivos da investigação, esvaziar planejamentos e programações e, por fim, comprometer o ideal de justiça eficaz.

No caso de se verificar, nos termos dos critérios analíticos acima, a necessidade de se conceder acesso, vista, cópia ou esclarecimento em fase de admissibilidade em geral ou nos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar), em favor do servidor representado, denunciado ou investigado, seja pessoalmente, seja por intermédio de procurador, cabe à própria autoridade responsável pela instauração do feito conceder o direito, sendo aqui superada a necessidade de se instrumentalizar na forma prevista na Lei nº 12.527, de 2011, e regulamentada pelo Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Em outras palavras, na hipótese de se atestar a existência dos pré-requisitos, não há necessidade de se instrumentalizar a concessão via Serviço de Informações ao Cidadão (SIC-MF), no âmbito da Ouvidoria do Ministério da Fazenda (MF), a qual incumbe, por meio do Protocolo-SIC-MF, situado no Edifício Órgãos Centrais, em Brasília, cabendo à própria autoridade correcional concretizar o acesso, vista, cópia ou esclarecimento.

Uma outra cautela que também pode ser adotada caso o conjunto de informações disponibilizáveis contenha dados protegidos por cláusulas específicas de sigilo referentes a outras pessoas (fiscal, bancário, profissional de forma geral e em especial médico-pericial, de comunicações, telefônico ou de qualquer forma relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem, por exemplo) e cujo conhecimento, com toda certeza, não importa de forma alguma

para a defesa de interesses do servidor representado, denunciado ou investigado é autuá-los em anexos individualizados ou ocultar, no material fornecido, aquelas informações protegidas e de desnecessário repasse, conforme autoriza o § 2º do art. 7º em conjunto com o art. 22, ambos da já mencionada Lei nº 12.527, de 2011, regulamentadora do tema em tela. Na mesma toada, é importante destacar a necessária harmonização que deve haver no exercício e na limitação de direitos. Se, de um lado, aqui se acata a necessidade de o peticionante ter deferido o acesso, vista, cópia ou esclarecimento de elemento contido em fase de admissibilidade, por outro lado, não se eliminam aquelas e outras cláusulas específicas de sigilo, conforme já exposto em **2.5.6.2.1**, se se tem certo que tal acesso em nada se perfaz com a sempre inafastável amplitude de defesa, devendo as eventuais divergências de entendimento e de vontades, neste caso peculiar, serem dirimidas com a imprescindível solicitação, por parte do interessado, de autorização ao Poder Judiciário.

*Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 7º*

*§ 2º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.*

*Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.*

Em reforço a esta posição apriorística, antecipe-se que, conforme logo adiante exporá o § 3º do mesmo art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, adiante reproduzido, nem mesmo a decisão ou julgamento exarados ao fim do procedimento, acarretando o arquivamento do feito e a consequente perda da qualidade de sigiloso, afastam sigilos legais específicos. Ainda que a decisão ou o julgamento autorizem que a sociedade possa ter satisfeito seu interesse de acesso, continuam não sendo acessíveis dados protegidos por normas constitucionais ou legais específicas, em demonstração de que é forte esta cláusula de proteção.

Por outro lado, caso se demonstre imprescindível para o efetivo exercício da garantia fundamental o fornecimento, ao servidor representado, denunciado ou investigado, de dados protegidos por cláusulas específicas de sigilo a favor de outras pessoas e não figurando tal repasse como prejudicial às investigações em tela nos termos acima discutidos, prepondera para esta fase de admissibilidade a mesma ponderação que se apresentará em **4.4.12.3**, no sentido de que, diante deste conflito de direitos, se autorize (seja pela própria autoridade administrativa, seja apenas em via judicial, dependendo da natureza do dado) a maior homenagem ao direito de defesa do peticionante, em detrimento da privacidade do terceiro, recaindo, por óbvio, o comprometimento de utilizar as informações para o fim estrito solicitado e de preservar o sigilo, conforme determina o § 2º do art. 25 da Lei nº 12.527, de 2011.

*Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 25.*

*§ 2º O acesso à informação classificada como sigilosa cria a obrigação para aquele que a obteve de resguardar o sigilo.*

Este acesso, vista, cópia ou esclarecimento irrestrito ao conjunto autuado se aplica também se for o caso de múltiplos representados, denunciados e investigados. Não há como se mitigar tal abertura a dados, ainda que sigilosos, dos demais coparticipantes do polo passivo do procedimento investigativo - nas condicionantes de se ter de dar o excepcional acesso, cópia ou vista - se a conexão fática conduziu à unicidade processual. Se se decidiu pela unicidade processual, é de se supor, com lógica, que os fatos guardam conexão e os dados de interesse de uma defesa também irrigam os interesses das demais defesas, igual e reciprocamente. Dentro desta lógica, é menos provável que dados de outros representados, denunciados ou investigados no bojo do mesmo procedimento e que possuam natureza sigilosa, já autuados, caso se tenha de dar fornecimento, não interessem, em virtude presumível conexão das condutas, à amplitude de defesas alheias. Ao amparo da sempre

inafastável amplitude de defesa, se for o caso excepcional de se dar acesso, cópia, vista ou esclarecimento, não há que se limitar tal fornecimento em razão tão somente da natureza sigilosa dos dados autuados dos demais coparticipantes do polo investigado.

Ao se possibilitar o conhecimento dos elementos já autuados (que se subentende aqueles que se exaurem em si mesmos e que encerram determinada linha investigativa) e ao se preservar o poder de a Administração reservar parte das diligências ou caminhos de persecução ainda incompletos, inconclusos ou em curso, logra-se, à luz do bom Direito, compatibilizarem-se os interesses do servidor representado, denunciado ou investigado e a eficácia do múnus público investigativo em instância disciplinar. Não obstante, não é demais reforçar que a concessão de informações quanto ao conteúdo e ao andamento dos trabalhos internamente conduzidos pela Administração não retira o caráter sigiloso, inquisitorial e unilateral desta atividade; ou seja, o respeito à garantia fundamental de ter conhecimento acerca do objeto da investigação não se confunde com permitir a participação e a atuação do servidor na fase de admissibilidade (questionando provas ou peticionando pela realização de atos instrucionais), visto não se afastar a conclusão de que a esta fase não comporta o direito ao contraditório.

Também é de se ressaltar a ressalva já apresentada em **2.5.6.2.1**, no sentido de que a fase de admissibilidade em geral ou os procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar) devem ser compreendidos como procedimentos administrativos instrumentalizados e manejados não por conterem um fim em si mesmos, mas sim para, ao seu final, permitirem à autoridade competente o devido embasamento para proferir uma decisão (qual seja, de arquivar preliminarmente o feito ou de instaurar a instância disciplinar). Daí, à luz da leitura a *contrario sensu* do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, e do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 2012, até a emanção de tal decisão, sobre todo o conteúdo documental encartado em tal fase de admissibilidade, em tese, recairia a cláusula de sigilo imposta pelo art. 23 da citada Lei, mas que, pelas razões acima expostas, no caso de provocação por parte do próprio investigado, deve ser flexibilizada.

*Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 7º*

*§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.*

*Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 20. O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão.*

O mesmo se depreende também da leitura a *contrario sensu* da manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 14, de 31 de maio de 2016.

*Enunciado CGU/CCC nº 14, de 2016: “Restrição de acesso dos procedimentos disciplinares Os procedimentos disciplinares têm acesso restrito para terceiros até o julgamento, nos termos do art. 7º, parágrafo 3º, da Lei nº 12.527/2011, regulamentado pelo art. 20, caput, do Decreto nº 7.724/2012, sem prejuízo das demais hipóteses legais sobre informações sigilosas.”*

Havendo a decisão final na fase de admissibilidade no sentido de se arquivar o feito, após a edição de tal ato decisório e o consequente arquivamento, afasta-se a cláusula do sigilo imposto pelo art. 23 da Lei nº 12.527, de 2011, mitigando-se, ainda com mais clareza e dispensando-se esforços hermenêuticos despendidos linhas acima para pedidos formulados no curso do procedimento, a argumentação para se inibir o acesso, vista, cópia ou esclarecimento ao servidor representado, denunciado ou investigado ou a seu procurador ou advogado acaso constituído. Todavia, sendo a decisão em sentido contrário, ou seja, a favor da instauração do

consequente e consecutivo PAD ou sindicância disciplinar, toda a fase de admissibilidade (inclusive seu ato decisório) deve ser compreendida como preparatória da instância contraditória, cabendo ainda a manutenção da refração a se conceder irrestrito acesso. Na medida do possível, ainda que diante de provocação do próprio representado, denunciado ou investigado (ou seu procurador acaso constituído, ainda que advogado), ainda antes da efetiva instauração da instância disciplinar, defende-se que o procedimento preparatório precisa ser mantido resguardado até o julgamento do processo disciplinar.

Novamente em reforço à argumentação acima exposta, a título de informação, acrescente-se que a CGU, na condição de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SisCor-PEF), adotou normatização que confere a cláusula de sigilo por toda a fase de admissibilidade em curso em seu próprio âmbito, até seu arquivamento, e que a estende no curso de processo disciplinar decorrente, até a publicação do respectivo julgamento, conforme se depreende do *caput* e do § 1º do art. 5º da Portaria CGU nº 1.613, de 26 de julho de 2012. Embora tal norma tenha aplicação restrita àquele órgão, convém sua menção no presente, a título de referência.

*Portaria CGU nº 1.613, de 2012 - Art. 5º A restrição de acesso às informações prevista nos incisos IV e VII do artigo 4º desta Portaria se extingue a partir da conclusão do procedimento investigativo, quando os relatórios e notas técnicas se tornarem públicos.*

*1º Consideram-se concluídos, no âmbito da CGU, os procedimentos investigativos relativos a:*

*I - ação correicional:*

*a) procedimento disciplinar instaurado ou acompanhado: com a publicação do julgamento pela autoridade competente:*

*b) investigação preliminar: com o arquivamento do processo em caso de não ser procedente o fato originário da investigação e, no caso contrário, a publicação do julgamento do procedimento disciplinar decorrente da investigação; e*

*c) relatórios de inspeção correicional: com a aprovação do relatório pelo Corregedor-Geral da União.*

Desta forma, à vista da exaustão de todos os argumentos expostos (normativos, principiológicos, doutrinários e jurisprudenciais), em relação ao próprio servidor representado, denunciado ou investigado (ou seu procurador acaso constituído, ainda que advogado), sintetiza-se a questão de acesso, vista, cópia ou esclarecimento de fase de admissibilidade em geral ou dos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar):

- Não havendo provocação do investigado: de ofício, a Administração não deve conceder acesso, vista, cópia ou esclarecimento de fase de admissibilidade em geral ou dos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar), seja em curso, seja concluído.
- Tendo havido provocação do servidor:
  - Caso a fase de admissibilidade em geral ou os procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar) não estejam finalizados, deve a Administração, por meio da própria autoridade correicional, diretamente, conceder mínimas informações quanto ao conteúdo e ao andamento dos trabalhos investigativos internos, de acordo com o que houver sido pleiteado e com os temperamentos que porventura se façam necessários, no caso a caso, na concessão do direito, a fim de harmonizar a garantia constitucional com a eficácia da investigação.
  - Caso a fase de admissibilidade em geral ou procedimentos de investigação

empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar) tenham sido finalizados pelo arquivamento (tendo este arquivamento já se efetivado ou não), deve a Administração, de imediato, por meio da própria autoridade correcional, diretamente, informar apenas que, na análise realizada, não foram encontrados indícios de materialidade e de autoria de infração disciplinar que ensejassem instauração de rito disciplinar. Decerto, pela conclusão anterior, tendo sido pleiteado acesso, vista, cópia ou esclarecimento, a Administração poderá, a princípio, tentar limitar-se a conceder cópia da decisão e do parecer propositivo, mas não terá como negar o conhecimento dos autos investigativos, se assim reforçar o interessado, mesmo que haja peças classificadas em grau reservado de sigilo, nos termos do inciso VIII do art. 23 da Lei nº 12.527, de 2011.

- Caso a fase de admissibilidade em geral ou os procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar) tenham sido finalizados pela instauração da instância disciplinar (mas esta ainda não tenha sido de fato instaurada), em decorrência da presença de indícios de materialidade e de autoria, obrigatoriamente se estabelecerá relação contraditória entre a Administração e o servidor envolvido com o fato em apuração, a partir do chamamento deste aos autos, por meio da notificação inicial para acompanhar o processo como acusado, e, nesta relação, por força de norma interna (a Portaria Coger nº 62, de 4 de julho de 2008), o servidor receberá gratuitamente cópia integral do processo. Assim, deve a Administração por meio da própria autoridade correcional, diretamente, informar apenas que, oportunamente, será instaurado processo disciplinar onde serão preservadas todas as garantias de contraditório e ampla defesa, postergando-se a satisfação da garantia constitucional para o momento em que se estabelecer a fase contraditória, mediante a notificação inicial da condição de acusado.

O tema foi tratado na Nota Técnica Coger nº 2012/2.

*Nota Técnica Coger nº 2012/2: “7. Em outras palavras, havendo pedido de acesso, vista, cópia ou informação, em sede de investigação preliminar, sindicância investigativa / preparatória e sindicância patrimonial, por parte do servidor investigado, seja pessoalmente, seja por intermédio de procurador, o pleito será atendido ao tempo da solicitação, exclusivamente no que pertine aos elementos já devidamente autuados e cuja linha investigativa exaure-se em si mesma ou ainda que não apontem para a realização de outras diligências.*

*8. As informações consideradas reservadas, seja para preservar a eficácia e o sigilo das investigações, seja para salvaguardar dados, fatos ou situações concernentes à Administração ou relativos a terceiros, quando já encartadas nos autos, devem ser apartadas / desentranhadas daquelas cujo o acesso seja disponibilizado ao requerente.*

*16. Em relação ao Juízo de Admissibilidade, desde que requerido pelo servidor envolvido, diretamente ou por meio do seu procurador, devem ser fornecidas, após a solicitação, cópias das informações já autuadas, apartando as informações consideradas reservadas no sentido de salvaguardar dados, fatos ou situações concernentes à própria Administração ou mesmo relativos a terceiros.”*

### **2.5.6.2.3 - A Excepcional Concessão de Acesso, Cópia, Vista ou Esclarecimento a Representante, Denunciante e Terceiros Outros**

Iniciando a abordagem para pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento, por parte do representante ou do denunciante ou de outras pessoas quaisquer, servidores ou não, à fase de admissibilidade ainda em curso, diferentemente da hipótese de pedido formulado por

representado, denunciado ou investigado, que se ampara em garantia constitucional a se harmonizar com o interesse público de preservação do sigilo, como regra geral, em princípio, não se pode conceder qualquer direito em favor de tais agentes que em nenhum momento fazem parte da relação jurídica na condição formal de interessado.

A exceção em favor de todos estes terceiros, para fase de admissibilidade em curso, somente se opera quando, de forma muito bem motivada, logram comprovar a existência de interesse jurídico legítimo e justificável (tais como a necessidade de uso em defesa de direitos, em cumprimento de deveres legais, para esclarecimento de situações de fato acerca da pessoa do peticionante ou para o pleno exercício de atos de cidadania, cuja definição pode ser extraída do art. 1º, sobretudo nos incisos III e V, da Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996), nos termos delimitados pelos dispositivos legais e normativos regulamentadores dos direitos encartados nos incisos XXXIII e XXXIV do art. 5º da Constituição Federal (CF), tais como o art. 2º da Lei nº 9.051, de 18 de maio de 1995, e toda a base principiológica encartada na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (a Lei de Acesso à Informação Pública, destacadamente em seus arts. 10, 22 e 25), e no Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012 (destacadamente em seus arts. 13 e 42), já detalhadamente abordados em **2.5.6.2.1**. Caso se comprove a existência de interesse jurídico legítimo e justificável de terceiro em relação a determinada informação constante da fase de admissibilidade em andamento, esta condição supera eventual existência de prévia classificação de grau reservado de sigilo, nos termos do inciso VIII do art. 23 da Lei nº 12.527, de 2011. Por óbvio, além deste requisito de se comprovar a existência de interesse jurídico legítimo que justifique a excepcional disponibilização de conhecimento dos elementos investigativos em curso a terceiro, não se afasta a vedação de qualquer fornecimento apenas em via administrativa em caso de haver dados protegidos por qualquer cláusula específica de sigilo, tais como sigilos fiscal, bancário, profissional - como médico-pericial -, de comunicações telefônicas ou referentes a quaisquer formas de proteção à intimidade, vida privada, honra e imagem, a título de exemplo, cujo repasse a terceiros somente se dá mediante expressa autorização judicial.

*Lei nº 9.051, de 1995 - Art. 1º As certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, requeridas aos órgãos da administração centralizada ou autárquica, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão ser expedidas no prazo improrrogável de quinze dias, contado do registro do pedido no órgão expedidor.*

*Art. 2º Nos requerimentos que objetivam a obtenção das certidões a que se refere esta lei, deverão os interessados fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido.*

*Lei nº 9.265, de 1996 - Art. 1º São gratuitos os atos necessários ao exercício da cidadania, assim considerados:*

*III - os pedidos de informações ao poder público, em todos os seus âmbitos, objetivando a instrução de defesa ou a denúncia de irregularidades administrativas na órbita pública;*

*V - quaisquer requerimentos ou petições que visem às garantias individuais e a defesa do interesse público.*

*Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 10. Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.*

*§ 1º Para o acesso a informações de interesse público, a identificação do requerente não pode conter exigências que inviabilizem a solicitação.*

*§ 3º São vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público.*

*Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou*

*entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.*

*Art. 25. É dever do Estado controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas produzidas por seus órgãos e entidades, assegurando a sua proteção.*

*§ 1º O acesso, a divulgação e o tratamento de informação classificada como sigilosa ficarão restritos a pessoas que tenham necessidade de conhecê-la e que sejam devidamente credenciadas na forma do regulamento, sem prejuízo das atribuições dos agentes públicos autorizados por lei.*

*§ 2º O acesso à informação classificada como sigilosa cria a obrigação para aquele que a obteve de resguardar o sigilo.*

*Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 13. Não serão atendidos pedidos de acesso à informação:*

*I - genéricos;*

*II - desproporcionais ou desarrazoados; ou*

*III - que exijam trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações, ou serviço de produção ou tratamento de dados que não seja de competência do órgão ou entidade.*

*Art. 42. Não poderá ser negado acesso às informações necessárias à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.*

*Parágrafo único. O requerente deverá apresentar razões que demonstrem a existência de nexo entre as informações requeridas e o direito que se pretende proteger.*

Compete à autoridade instauradora, motivadamente, aferir a satisfação dos requisitos acima elencados (existência de interesse jurídico legítimo e justificável e inexistência de dados protegidos por cláusulas específicas de sigilo) e é certo que, mesmo na hipótese excepcional de se ter o pedido como irrecusável e apto a receber deferimento, a concessão do conhecimento dos elementos investigativos em curso deve se limitar estritamente aos dados e informações especificamente pertinentes ao pedido e ao interesse jurídico em questão. Para isto, o § 2º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, confere à Administração o poder de conceder certidão ou cópia exclusiva e pontualmente destes elementos avaliados como suficientes e necessários à satisfação do direito pleiteado pelo peticionante ou ainda de ocultar, nos elementos fornecidos, dados e informações protegidas por cláusulas específicas de sigilo.

*Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 7º*

*§ 2º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.*

Prosseguindo nesta hipótese excepcional de a mencionada análise da autoridade instauradora detectar que o pedido do terceiro atende a todos os requisitos de admissão - ou seja, havendo de fato relevante interesse jurídico legítimo e justificável da parte do solicitante e não havendo cláusula específica de sigilo de outra natureza -, é de se atentar que a efetiva disponibilização de elementos contidos em fase de admissibilidade em geral ou nos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar) em curso pode se dar de imediato, não sendo necessário aguardar o término dos trabalhos investigativos (em caso de ainda não haver decisão pela instauração ou não de rito disciplinar) ou tampouco aguardar o final do processo administrativo disciplinar (PAD) ou da sindicância disciplinar (porventura instaurado em decorrência da fase inquisitorial).

Por outro lado, caso a análise procedida pela autoridade instauradora aponte pela inexistência do interesse jurídico que justifique a excepcional concessão de conhecimento dos autos investigativos em curso a terceiro, ainda assim, em extremado respeito a este peticionante, pode ser emitida simples resposta, apenas informando o estágio ainda inconcluso em que se encontra o trabalho.

O caráter restrito ora defendido para acesso de terceiros à fase de admissibilidade ainda em andamento não é invalidado nem mesmo caso se queira trazer à colação a aplicação

subsidiária da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regula a processualística no âmbito da Administração Pública federal), e mais especificamente no inciso II do seu art. 3º, no inciso I do seu art. 9º e no seu art. 46. O *caput* e o inciso II, ambos do art. 3º daquela Lei, estabelecem de forma inequívoca que a condição de interessado é situação especial ou específica do gênero administrado. As figuras de administrado e de interessado não se confundem. Ao contrário, apenas sob determinadas condições é que o administrado se configura um interessado, para quem se garantiriam o acesso, vista, cópia ou esclarecimento ao procedimento em curso. E tais condições são estabelecidas no art. 9º da mesma Lei, conforme pontua a doutrina.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:*

*II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;*

*Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:*

*I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;*

*Art. 46. Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.*

*“(...) a lei federal (n. 9.784, de 1999) agrupou-os em dois segmentos: de um lado, a Administração; do outro, os administrados, ora assim denominados, ora tratados sob o rótulo ‘interessados’ (...). Parece nítido, dos preceitos do referido diploma legal, que o nome ‘interessados’ está reservado para o administrado quando ele se torna sujeito da relação processual administrativa.”, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, “Processo Administrativo”, pg. 125, Malheiros Editores, 1ª edição, 2001*

Nesta linha, não se deve interpretar equivocadamente que o inciso I do art. 9º da Lei nº 9.784, de 1999, estabeleça uma relação de interessado nem mesmo para, quando é o caso, quem dá causa ao início das investigações como representante (no sentido de denunciante). É necessário destacar o enfoque que, sistematicamente, esta Lei (chamada de Lei Geral do Processo Administrativo, *lato sensu* e que não tem como vocação a matéria disciplinar e punitiva) dá aos termos “representação” ou “representante”. Nesta Lei, aqueles termos são empregados no sentido de atuar como procurador, em favor de alguém, em sentido oposto ao da matéria disciplinar. Tanto que o enfoque do dispositivo acima é de exercício de direito, enquanto o tema aqui em tela trata de cumprimento de dever funcional.

O fato é que, em regra, mesmo quando existente, o representante ou denunciante não tem, apenas em razão desta qualidade, direito de acesso, vista, cópia ou esclarecimento sobre o tratamento em curso concedido à sua representação ou denúncia. O servidor que representa em razão de conhecimento de irregularidade tão somente cumpre o dever funcional estabelecido nos incisos VI e XII do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, enquanto o particular que denuncia também em razão de conhecimento de irregularidade nada mais faz que manter um compromisso de ordem moral e ética com a Administração. Tais situações não têm o condão de elevar o representante ou o denunciante à qualidade de interessado na relação jurídica. A relação destes agentes com o processo administrativo a ser eventualmente protocolizado se esgota com a entrega da representação ou da denúncia, não se estabelecendo uma relação de interesse de quem quer que seja pessoalmente a impulsionar as investigações; ao contrário, as investigações e os interesses por sua condução são públicos e indisponíveis e passam a ser exclusivos da Administração, a menos que o peticionante comprove a existência de interesse jurídico legítimo e justificável.

E mesmo que porventura o processo disciplinar venha a ser instaurado em decorrência daquela representação ou denúncia ofertada pelo peticionante, o seu rito encerra uma atípica

relação jurídica, em que os polos são ocupados, de um lado, pelo Estado e, de outro, pelo servidor acusado. No curso do PAD ou da sindicância disciplinar, com mais força ainda, passa a operar a imposição do sigilo específico do *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, de forma que não se tem franqueado o acesso a representante, denunciante e muito menos a qualquer outro peticionante. A exceção para acesso, vista, cópia ou esclarecimento da instância disciplinar, nos mesmos moldes acima concedidos para a fase de admissibilidade, somente se opera se este agente logra comprovar à autoridade competente a pertinência de seu pedido, demonstrando a existência de interesse jurídico legítimo e justificável e a inexistência de cláusula específica de sigilo de outra natureza.

Ora, do exposto acima, se nem para o representante ou denunciante, quando é o caso, tão somente em virtude desta condição de ter dado causa ao início das investigações, se vislumbra direito a acesso, vista, cópia ou esclarecimento de fase de admissibilidade em geral ou dos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar) ainda em curso, menos ainda se cogita de tal direito a terceiro qualquer que não tenha comprovado nenhuma forma de relação pessoal de interesse jurídico legítimo e justificável com o caso concreto em andamento.

Neste rumo, para assentar em definitivo o tema do pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento a elementos investigativos ainda em curso por parte de terceiros, novamente ratifica-se a ressalva já apresentada em **2.5.6.2.1**, no sentido de que a fase de admissibilidade em geral e os procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar) devem ser compreendidos como procedimentos administrativos instrumentalizados e manejados não por conterem um fim em si mesmos, mas sim para, ao seu final, permitirem à autoridade competente o devido embasamento para proferir uma decisão (qual seja, de arquivar preliminarmente o feito ou de instaurar a instância disciplinar). Daí, à luz da leitura a *contrario sensu* do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, e do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 2012, até a emanção de tal decisão, conforme acima exposto, sobre todo o conteúdo documental encartado em tal fase de admissibilidade recai a cláusula de sigilo imposta pelo art. 23 da citada Lei.

*Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 7º*

*§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.*

*Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 20. O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão.*

Neste sentido, reproduz-se a manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 14, de 31 de maio de 2016.

*Enunciado CGU/CCC nº 14, de 2016: “Restrição de acesso dos procedimentos disciplinares. Os procedimentos disciplinares têm acesso restrito para terceiros até o julgamento, nos termos do art. 7º, parágrafo 3º, da Lei nº 12.527/2011, regulamentado pelo art. 20, caput, do Decreto nº 7.724/2012, sem prejuízo das demais hipóteses legais sobre informações sigilosas.”*

Entretanto, pela própria leitura direta dos dois dispositivos normativos acima, a análise toma rumo distinto quando se cogita de o pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento, por parte do representante ou denunciante ou de quem quer que seja, a elementos investigativos ser apresentado já ao final desta fase de admissibilidade.

Por um lado, havendo a decisão final em fase de admissibilidade no sentido de se

arquivar o feito, após a edição de tal ato decisório e o conseqüente arquivamento, a rigor, não mais subsiste a cláusula do sigilo imposto pelo art. 23 da Lei nº 12.527, de 2011, recaindo o tema na regra geral da publicidade e mitigando-se a argumentação condicionadora da existência de interesse jurídico legítimo e justificável, acima formulada para pedidos de acesso, vista, cópia ou esclarecimento apresentados por terceiros no curso do procedimento, mantendo-se apenas a avaliação da existência ou não de dados acobertados por outras cláusulas específicas de sigilo.

Por outro lado, sendo a decisão em sentido contrário, ou seja, a favor da instauração do conseqüente e consecutivo PAD ou sindicância disciplinar, toda a fase de admissibilidade (inclusive seu ato decisório) deve ser compreendida como preparatória da instância contraditória, cabendo ainda a manutenção da cláusula de sigilo, conforme autoriza, extensivamente, a leitura a *contrario sensu* do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, e do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 2012, e conforme ratifica o Enunciado CGU/CCC acima, sendo de se reafirmar que o procedimento preparatório precisa ser mantido resguardado até o julgamento do processo disciplinar. A exceção ao sigilo somente se aplica, nos termos já aduzidos acima, se a análise a cargo da autoridade instauradora aquiescer com o fato de o terceiro ter logrado comprovar a existência de interesse jurídico legítimo e justificável no acesso, vista, cópia ou esclarecimento, hipótese em que o conhecimento restrito dos elementos investigativos que lhe supram o interesse pode lhe ser concedido de imediato, sem necessidade de aguardar a conclusão do PAD ou da sindicância disciplinar. Não havendo tal interesse jurídico legítimo comprovado que justifique a excepcional concessão, a terceiros, de conhecimento dos autos investigativos já concluídos, ainda assim, em extremado respeito a este peticionante, pode ser emitida simples resposta, apenas informando o resultado a que se chegou neste trabalho, de futura instauração de rito disciplinar.

Assim, diante de pedido de acesso, vista, cópia ou esclarecimento acerca de elementos de fase de admissibilidade em geral ou dos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar), dependendo do andamento da fase investigativa: estando o trabalho ainda em andamento ou tendo sido encerrado com proposta de instauração de PAD ou de sindicância disciplinar em virtude de terem sido encontrados indícios de materialidade e autoria, prevalece a cláusula de sigilo do art. 23 da Lei nº 12.527, de 2011, excepcionalmente afastável tão somente na presença de interesse jurídico legítimo e justificável, quando se concede conhecimento restrito que satisfaça o eventual interesse comprovado ou, na ausência de comprovação deste interesse, informa-se apenas que o procedimento ainda está inconcluso ou de que foi concluído com indicação de posterior instauração de instância disciplinar; e, estando o trabalho encerrado com proposta de arquivamento em virtude de não terem sido encontrados indícios de materialidade e autoria, pode-se considerar afastada a cláusula de sigilo do art. 23 da Lei nº 12.527, de 2011, e que os elementos investigativos recaem na regra geral da publicidade, independentemente da existência de interesse jurídico legítimo e justificável, preservando-se apenas as cláusulas específicas de sigilos de outras naturezas.

Reitere-se o já aduzido em **2.5.6.2.2**, que a CGU positivou, em seu âmbito interno, que a fase de admissibilidade é sigilosa até seu arquivamento, extensível ao processo disciplinar até o julgamento, conforme o art. 5º da Portaria CGU nº 1.613, de 26 de julho de 2012.

Destaque se que, em qualquer hipótese de se deferir o conhecimento a terceiros dos autos em fase de admissibilidade - seja por comprovado interesse jurídico legítimo e justificável nas hipóteses de tal fase em andamento ou com conclusão por instauração de PAD ou de sindicância disciplinar, seja porque o resultado da fase investigativa é de arquivamento - , a proceduralização da concessão do acesso, vista, cópia ou esclarecimento não se dá diretamente pela autoridade correcional (conforme se permite para concessão a favor do próprio representado, denunciado ou investigado), mas sim deve obedecer a instrumentalização estabelecida pela Lei nº 12.527, de 2011, e regulamentada pelo Decreto nº 7.724, de 2012, para o processamento de pedidos de tais natureza concernentes a informações

em geral em poder da Administração, e internamente normatizada pela Portaria MF nº 233, de 26 de junho de 2012, e pela Portaria RFB nº 1.277, de 9 de julho de 2012, qual seja, por meio do Serviço de Informações ao Cidadão (SIC-MF), no âmbito da Ouvidoria do Ministério da Fazenda (MF), a qual incumbe, por meio do Protocolo-SIC-MF, situado no Edifício Órgãos Centrais, em Brasília, já exposta em **2.5.6.2.1**.

Ademais, em todos estes casos excepcionais de concessão de conhecimento dos autos em fase de admissibilidade a representante, denunciante ou a quem quer que seja, o acesso, vista, cópia ou conhecimento delimita-se pela existência de informações protegidas por cláusulas específicas de sigilos de outras naturezas, afastáveis a favor de terceiros apenas com autorização judicial, tais como informações de natureza disciplinar, fiscal, bancária ou profissional (em que se inclui a documentação referente à perícia médica) ou extraídas de comunicação telefônica, bem como todas as demais informações relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem, e ainda aquelas de segredo de justiça. Nestes casos, o conhecimento pode se dar de forma parcial, conforme prevê o § 2º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, sendo certo que se a íntegra do procedimento contiver, de forma indissociável, informações resguardadas por cláusulas específicas de sigilo, há de se impor a vedação de acesso a todo o procedimento, sob pena de se permitir obtenção indevida de informação protegida. Ademais, em todos estes casos de concessão de acesso, vista, cópia ou esclarecimento a terceiros, deve o ato de deferimento explicitar ao peticionante a transmissão do compromisso legal de manter o sigilo, conforme previsão do já reproduzido § 2º do art. 25 da Lei nº 12.527, de 2011.

Desta forma, em relação ao representante ou denunciante ou outros peticionantes quaisquer, servidores ou não, sintetiza-se a questão de acesso, vista, cópia ou esclarecimento de fase de admissibilidade em geral ou dos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar):

- Não havendo provocação do representante ou denunciante ou de quem quer que seja: de ofício, a Administração não deve conceder acesso, vista, cópia ou esclarecimento de fase de admissibilidade em geral ou dos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar), seja em curso, seja concluída.
- Tendo havido provocação do representante ou denunciante ou de quem quer que seja:
  - Caso a fase de admissibilidade em geral ou os procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar) não tenham sido finalizados: demonstrando-se a existência de interesse jurídico legítimo e justificável, deve a Administração conceder, de imediato, por meio do Protocolo-SIC-MF, cópia ou certidão apenas dos elementos pertinentes à satisfação do pedido, mesmo que estes elementos tenham sido classificados em grau reservado de sigilo, nos termos do art. 23, VIII da Lei nº 12.527, de 2011; não se demonstrando a existência de tal interesse, deve a Administração apenas informar que a análise ainda está em andamento.
  - Caso a fase de admissibilidade em geral ou os procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar) tenham sido finalizados pelo arquivamento (tendo este arquivamento se efetivado ou não), deve a Administração, de imediato, por meio da própria autoridade correccional, informar apenas que, na análise realizada, não foram encontrados indícios de materialidade e de autoria de infração disciplinar que ensejassem instauração de rito disciplinar. Decerto, tendo sido pleiteado acesso, vista, cópia ou esclarecimento, a Administração poderá, a princípio, tentar limitar-se a conceder cópia da decisão e do parecer propositivo, mas, conforme o § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, e o art. 20 do Decreto nº 7.724, de 2012, e o Enunciado CGU/CCC nº 14, de 2016, independentemente de comprovação de

interesse jurídico legítimo e justificável, não terá como, por meio do Protocolo-SIC-MF, negar o conhecimento dos autos investigativos, se assim reforçar o peticionante, mesmo que haja peças classificadas em grau reservado de sigilo, nos termos do inciso VIII do art. 23 da citada Lei.

- Caso a em fase de admissibilidade em geral ou os procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar) tenham sido finalizados pela instauração da instância disciplinar (mas esta ainda não tenha sido de fato instaurada): demonstrando-se a existência de interesse jurídico legítimo e justificável, deve a Administração conceder, de imediato, por meio do Protocolo-SIC-MF, cópia ou certidão apenas dos elementos pertinentes à satisfação do pedido, mesmo que estes elementos tenham sido classificados em grau reservado de sigilo, nos termos do inciso VIII do art. 23 da Lei nº 12.527, de 2011; não se demonstrando a existência de tal interesse, deve a Administração apenas informar que a análise concluiu pela posterior instauração do rito disciplinar.

O tema foi tratado na Nota Técnica Coger nº 2012/2.

*Nota Técnica Coger nº 2012/2: “11. Em relação a terceiros (servidores ou não), segundo o juízo da autoridade instauradora, ouvida a comissão sindicante / investigativa, e à luz do caso concreto, em hipóteses excepcionálíssimas, o acesso às informações será permitido apenas quando se lograr comprovar direito ou interesse legítimo e fundamentado. Isso se dará ao tempo da solicitação do interessado, independentemente do estágio do processo investigativo.*

*13. Em tais casos, há que se sopesar os motivos e o interesse do terceiro e definir o grau de conhecimento que ele deve ter em relação aos fatos, de sorte que receba somente o que for absolutamente necessário ao exercício do direito ou à satisfação do interesse que fundamenta o requerimento.*

*14. Em relação ao representante / denunciante, não lhe cabe, em decorrência exclusivamente dessa condição, direito de acesso aos autos. Cabe-lhe apenas, desde que requerido, obter informações quanto ao destino dado à sua comunicação de irregularidade: se foi instaurado algum procedimento ou se foi arquivado.*

*15. Ressalve-se que sempre que o representante / denunciante comprovar direito ou interesse legítimo e fundamentado, será permitido o acesso aos autos, nas mesmas condições estabelecidas para o terceiro interessado.*

*17. Em relação ao terceiro interessado (servidor ou não), o acesso a qualquer informação ou dado constante dos autos do Juízo somente deve ser fornecido, caso requerido, na exata medida de sua necessidade, após comprovação inequívoca de direito ou interesse legítimo e fundamentado, após a sua solicitação, independentemente do fato de já estar concluído ou não o Juízo de Admissibilidade.*

*18. Em face de solicitação do autor de representação / denúncia, somente deve ser comunicado o resultado do Juízo de Admissibilidade: se arquivado ou se determinada a instauração de PAD / Sindicância Contraditória. Não há, em decorrência exclusivamente dessa condição de representante / denunciante, direito de acesso a qualquer informação ou dado constante do ato / decisão concernente ao Juízo. Por outro lado, sempre que se comprovar direito ou interesse legítimo e fundamentado, será permitido o acesso, nas mesmas condições estabelecidas para o terceiro interessado.”*

Por óbvio, caso a representação tenha sido formulada pelo Ministério Público Federal (MPF) ou pelo Poder Judiciário, estes representantes institucionais possuem poderes e prerrogativas que lhes asseguram informações ou cópia dos procedimentos adotados para previamente investigar os fatos, bem como do processo disciplinar após concluído. Na verdade, a praxe é de estes órgãos já serem espontaneamente comunicados das investigações e

conclusões, independentemente de requisição, sobretudo após a instauração da instância disciplinar e após o julgamento. Não se trata de acesso ao curso do processo disciplinar e, sim, à fase de admissibilidade e ao processo concluído, conforme se verá em **4.10.6.5** e **4.14.2**.

Ainda acerca do tema do sigilo que se aplica à fase de admissibilidade e aos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar), é de se ressaltar a necessidade de manutenção da inviolabilidade de informações e documentos autuados, arquivados ou remetidos - ou seja, de qualquer forma empregados - em fase de admissibilidade. Aplicam-se as cautelas concernentes à confidencialidade destes dados, uma vez que refletem intimidade da pessoa, nos termos que se relatarão em **4.3.11.9**.

### 2.5.7 - Termo de Ajustamento de Conduta

Como reflexo dos princípios da razoabilidade e da eficiência, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) trouxe relevante inovação na prática da matéria correcional, ao adotar a ferramenta do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), por meio da Instrução Normativa CGU n° 2, de 30 de maio de 2017. A formal introdução do TAC no ordenamento de regência da instância correcional supriu uma lacuna que sempre foi objeto de reclames dos operadores do Direito Disciplinar, pois, até então, em contrapartida à evolução e à flexibilidade já experimentadas pela sede penal com o emprego da celebração de acordos entre membros do Ministério Público e autores confessos de delitos de menor grau de repulsividade social para poupar a onerosa persecução criminal, a Administração ainda se via inflexível e indistintamente vinculada a processar servidor que cometesse qualquer ilícito disciplinar, sem nenhuma diferenciação ou ponderação desta vinculação, a despeito do grande espectro de variação de gravidade das condutas enquadráveis como infrações. Em outras palavras, até então falecia poder ou capacidade para o sistema correcional promover algum tipo de tratamento diferenciado, no sentido de uma instrumentalidade mais enxuta e econômica, mesmo diante das infrações previstas na Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990, possuidoras de baixa lesividade à ordem interna (sobretudo os deveres e proibições estatutárias de natureza comportamental).

Conforme delimita o art. 1° da Instrução Normativa CGU n° 2, de 2017, o TAC é um instituto com natureza de benefício passível de ser concedido ao servidor que comete ilicitude de menor potencial ofensivo e que, por este motivo, é punível com advertência, e, uma vez celebrado, significa uma espécie de perdão condicionado a fim de ver poupada a instauração do processo disciplinar que seria cabível. Neste contexto, a celebração do TAC pode ser benéfica para ambos os polos envolvidos: a Administração economiza os recursos materiais despendidos na condução e na conclusão de um processo disciplinar e o servidor se preserva da ação estatal incidente sobre relevante círculo de direitos seus.

*Instrução Normativa CGU n° 2, de 2017 - Art. 1° Os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal poderão celebrar, nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, desde que atendidos os requisitos previstos nesta instrução normativa.*

*Parágrafo único. Para os fins desta instrução normativa, considera-se infração disciplinar de menor potencial ofensivo a conduta punível com advertência, nos termos do art. 129 da Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou com penalidade similar, prevista em lei ou regulamento interno.*

De um lado, na hipótese mais previsível de emprego do instituto, ao concluir os trabalhos encetados na fase de admissibilidade, quando da elaboração do respectivo parecer, se o parecerista vislumbrar a existência de indícios de materialidade e de autoria de cometimento de infração - seja culposa, seja dolosa -, punível com pena de advertência, pode propor em sua peça que a autoridade instauradora (que em regra, é o Chefe do Escritório de Corregedoria - Escor ou excepcionalmente o Corregedor) oferte ao servidor a celebração de

TAC. Na contrapartida do benefício concedido de não se ver objeto de processo disciplinar, por meio deste acordo, o servidor reconhece a responsabilidade pela prática delituosa e se compromete a ajustar sua conduta, cumprindo determinada obrigação que lhe for imposta por prazo certo (delimitado, no máximo, a dois anos), nos termos do art. 2º da citada norma.

*Instrução Normativa CGU nº 2, de 2017 - Art. 2º Por meio do TAC o agente público interessado assume a responsabilidade pela irregularidade a que deu causa e compromete-se a ajustar sua conduta e a observar os deveres e proibições previstos na legislação vigente.*

À luz do *caput* do art. 6º da Instrução Normativa de regência, não necessariamente o TAC decorre de iniciativa de ofício, podendo ainda advir de pedido do servidor. Antecipe-se que, neste caso, conforme o § 1º do comando normativo acima, o pedido da parte pode ser feito não apenas no curso da fase de admissibilidade mas também já com o processo disciplinar instaurado, em até cinco dias contados do recebimento da notificação inicial de sua condição de acusado.

*Instrução Normativa CGU nº 2, de 2017 - Art. 6º A proposta para celebração de TAC poderá ser feita de ofício ou a pedido do interessado.  
§ 1º Em procedimentos disciplinares em curso, o pedido de TAC poderá ser feito pelo interessado à autoridade instauradora até cinco dias após o recebimento da notificação de sua condição de acusado.*

De uma forma ou de outra, é certo que o TAC pode até ser objeto de oferta ao servidor, mas jamais lhe é imposto. As duas possibilidades de celebração do acordo igualmente passam pela aquiescência do agente: ou a oferta de ofício ao fim da fase de admissibilidade deve ser aceita ou já advém de pedido do próprio interessado, formulado antes da instauração do processo disciplinar ou na sua sequência.

E esta possibilidade de pedido por parte do servidor em até cinco dias contados do recebimento da sua notificação inicial é a única exceção em que se cogita de celebração do acordo com o processo disciplinar já em curso, não havendo previsão normativa para a comissão sugerir TAC à autoridade instauradora em nenhum momento da fase de inquérito administrativo e tampouco para esta aplicar o TAC já em estágio avançado do processo, na sua fase de julgamento. Sendo um instrumento jurídico de emprego residual cujo fim visa a poupar a instauração do processo disciplinar ou a sua continuidade além de cinco dias do recebimento da notificação inicial, sua aplicabilidade se esgota e se encerra improrrogavelmente nos momentos iniciais da relação processual. Uma vez instaurado e instruído o processo disciplinar, indiciado o servidor por fato punível com advertência e mantida a convicção até o julgamento, prevalece a regra da impositividade vinculante da penação, não cabendo transigir ou compor, convertendo o processo punitivo em TAC.

Embora o *caput* do art. 3º daquela Instrução Normativa mencione que a celebração do TAC será realizada pela autoridade instauradora, mostra-se mais conveniente que a construção do respectivo termo siga a linha de atribuição de competência refletida no *caput* do art. 1º da mesma norma, que remete o poder institucionalmente para o órgão. Além do maior respaldo que sempre se obtém com ato administrativo sem caráter pessoalizado e protagonizado pela instituição, limitando a participação da autoridade instauradora à simples assinatura do termo na condição jurídica de comprometente representante da Administração, tal construção na redação do termo também afasta a exigência de se ter encontro concreto, físico e pessoal entre o Chefe do Escor e o servidor, este na condição jurídica de compromissário, e supera qualquer insegurança jurídica de que a validade do acordo estaria condicionada ao fato de suas assinaturas não só serem conjuntas mas também simultâneas.

*Instrução Normativa CGU nº 2, de 2017 - Art. 3º A celebração do TAC será realizada pela autoridade competente para instauração do respectivo procedimento disciplinar.*

Ainda sobre a questão da competência, importa ressaltar que a celebração de TAC

incumbe exclusivamente à autoridade correcional que seria competente para instaurar o processo disciplinar em razão daquela infração de menor poder ofensivo cometida pelo servidor e que seria punível com advertência. A instituição do TAC não inovou nenhuma iniciativa a cargo dos titulares de unidades fiscais locais ou regionais e em nada alterou os deveres funcionais de representar e/ou de encaminhar representações à autoridade correcional, cabendo apenas à autoridade instauradora, *a priori* na fase de admissibilidade, decidir se cabe ou não o TAC. Ora, e de outra forma não poderia ser, pois se o TAC é um instrumento de razoável e eficiente economia e dispensa de processo disciplinar, somente pode caber sua celebração àquela autoridade capaz para instaurar, pois, do contrário, se teria o absurdo de uma autoridade inibir ato que seria da competência de outra.

A rigor, a Instrução Normativa CGU nº 2, de 2017, no *caput* do seu art. 1º, faculta à Administração celebrar TAC, sem obrigá-la. Até é possível que, diante de um caso concreto em que se cogita de aplicação de advertência e mesmo que todos os demais condicionantes normativos para a celebração estejam atendidos (dois associados ao agente, no art. 5º: inexistência de outro acordo no prazo de dois anos e de registro válido de penalidade disciplinar - três anos para advertência e cinco anos para suspensão - nos seus assentamentos funcionais; e quatro associados à conduta, nos incisos do *caput* do art. 4º: ausência de indícios de prejuízo ao erário superior ao limite estabelecido no inciso II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, de circunstância do *caput* do art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, ensejadora de agravamento ou de indícios de crime contra a Administração Pública ou de improbidade administrativa), em razão de a autoridade instauradora vislumbrar um interessante efeito didático-profilático ou por qualquer outra razão estratégica, pode se instaurar o processo disciplinar e se aplicar a pena, sem ter de se celebrar o acordo.

*Instrução Normativa CGU nº 2, de 2017 - Art. 4º Não poderá ser celebrado TAC nas hipóteses em que haja indício de:*

*I - prejuízo ao erário;*

*II - circunstância prevista no art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, que justifique a majoração da penalidade; ou*

*III - crime ou improbidade administrativa.*

*Art. 5º Não poderá ser firmado TAC com o agente público que, nos últimos dois anos, tenha gozado do benefício estabelecido por este normativo ou possua registro válido de penalidade disciplinar em seus assentamentos funcionais.*

Mas, neste caso, se houver pedido de TAC por parte do servidor, pode parecer defensável a tese de defesa de que há um direito subjetivo a seu favor. A solução que harmoniza a segurança jurídica necessária para não expor a corregedoria à crítica de ter cometido ato ilegal e arbitrário (como seria o caso de uma resposta denegatória alegando um total poder discricionário) e também para que não se prejudiquem as estratégias correcionais passa pela avaliação se é possível, no caso, motivar o indeferimento do pedido com base no inciso II do art. 4º da citada norma. Com efeito, não é difícil, sobretudo ainda em fase de admissibilidade ou, no máximo em até cinco dias da entrega da notificação inicial da condição de acusado, com materialidade(s) ainda passível(is) de aprofundamento no curso do inquérito administrativo, se motivar a denegação naquele inciso, sabidamente o mais genérico e residual dos três, por se vislumbrar possibilidade de a conduta vir a merecer, ao final, por exemplo, a pena de suspensão, à luz dos parâmetros de dosimetria do *caput* do art. 128 da citada Lei.

Se, de outro lado, ao fim da fase de admissibilidade, resta cabível a proposta de instauração de processo disciplinar, o § 2º do art. 6º da Instrução Normativa CGU nº 2, de 2017, indica que o parecer de admissibilidade positiva desde já pode abordar, em caráter propositivo, para o Chefe de Escor, a não pertinência de TAC. Desta feita, a decisão da autoridade pela instauração do processo disciplinar já faz subentender também ter se manifestado pela inaplicabilidade do acordo ao caso. Nesta hipótese, seja por se prever pena superior à advertência, em que se incluem hipóteses de prejuízo ao erário superior a R\$

8.000,00, de crime funcional ou de improbidade administrativa, seja por existir outro acordo no prazo de dois anos ou registro válido de penalidade disciplinar nos assentamentos, convém que o parecer de admissibilidade manifeste esta inaplicabilidade, pois eventual pedido do benefício por parte do servidor já no curso do inquérito administrativo pode ser liminarmente indeferido pela autoridade instauradora com simples remissão àquela peça propositiva e à sua decisão que a acatou.

Ainda na hipótese de admissibilidade positiva e de inaplicabilidade do TAC, embora a norma preveja a possibilidade de o acusado pedir o acordo em até cinco dias do recebimento da notificação inicial, não cabe a comissão acrescentar a informação deste direito na peça, pois, se fosse o caso de o Chefe de Escor entender cabível, já o teria ofertado ao servidor sem instaurar o processo disciplinar. Se assim não fez é porque entende inaplicável o TAC e então não faz sentido mencionar uma prerrogativa na notificação inicial que, caso venha a ser pleiteada, muito provavelmente será indeferida, já causando um desconforto logo no início do inquérito disciplinar.

É de se lembrar que o TAC é uma ferramenta jurídica que visa à economia processual, a ser obtida com a dispensa de instauração ou com a não continuidade de processo disciplinar em situações bastante específicas em que os indícios de materialidade e de autoria imporiam a deflagração do rito disciplinar, em razão de infração de menor potencial ofensivo. Subverteria, portanto, toda esta motivação econômica o emprego do TAC para situações que comportam soluções mais eficientes e ágeis, calcadas basicamente em construções jurídico-principiológicas, a exemplo de independência de instâncias judiciais ou administrativas, preservação da vida privada, erro escusável, ausência de ilicitude material, configuração de prescrição, ex-servidor já demitido, dentre outras. A atuação e a instrumentalidade correcionais não foram estendidas com a introdução desta ferramenta no ordenamento, uma vez que materialidades afetas a outras instâncias jurídicas (tais como os balizamentos ético-sociais da vida privada e o controle gerencial da gestão de pessoas) continuam à margem do regime disciplinar. Não se harmonizaria com o preambular princípio do formalismo moderado a adoção do TAC como uma ferramenta que devesse ser empregada em ocorrências de natureza não disciplinar ou até mesmo em toda e qualquer fase de admissibilidade deflagrada em razão de ilicitude de menor potencial ofensivo, com o que se passaria a exigir do sistema correcional maiores força de trabalho e grau de formalidade.

Em outras palavras, não se pode crer que a introdução do TAC no ordenamento de regência, em lugar de simplificar casos residuais em que se teria de se impor a onerosa instauração de processo disciplinar, venha a tornar mais formalizado, ritualístico e burocratizado o tratamento dado a situações que sempre forma liminarmente arquivadas com base apenas em análise jurídico-principiológica.

Se no transcorrer da fase de admissibilidade, o emprego de quaisquer dos ritos investigativos e de todas as ferramentas de investigação e/ou a consequente conclusão jurídico-analítica - todos circunscritos à atuação e à decisão exclusivas e exauridas no âmbito do próprio sistema correcional e, portanto, independentes de monitoramentos prolongados no tempo e no espaço da unidade de lotação ou de exercício do servidor -, autorizarem de imediato e por si sós a proposta de arquivamento do feito, é desnecessário que o parecer propositivo à autoridade instauradora mencione a oferta de TAC, já que esta é de ser compreendida como residual e excepcional.

Nesta linha, casos de prejuízo ao erário decorrentes de dano ou extravio de bens públicos que caibam no alcance da Instrução Normativa CGU n° 4, de 17 de fevereiro de 2009, quais sejam, causados por conduta culposa, limitados a R\$ 8.000,00 e com aquiescência do servidor em ressarcir, devem ser solucionados com o emprego do Termo Circunstanciado Administrativo (TCA), no âmbito da própria unidade de lotação do infrator e sem provocação ao sistema correcional. Com a introdução do TAC no ordenamento jurídico, o § 2° do art. 4° da Instrução Normativa CGU n° 2, de 2017, passou a permitir que, residualmente, os casos de

prejuízo ao erário ainda limitados àquele valor e não solucionáveis por meio de TCA, ou seja, causados por culpa mas sem que o agente tenha concordado em ressarcir na unidade ou causados por dolo, tendo o gestor local representado à unidade de correição, se o Chefe de Escor entender que é caso de advertência, ainda se pode propor ao servidor o ressarcimento civil sem processo disciplinar, mediante TAC. Apenas não se perca de vista o limite jamais afastado pelo inciso I em conjunto com o § 2º, ambos do art. 4º da Instrução Normativa: *a priori*, a regra é de que o cometimento de prejuízo ao erário acarreta instauração de processo administrativo disciplinar, mesmo se decorrente de conduta culposa e se para a qual se presume pena de advertência; apenas abaixo do limite de R\$ 8.000,00 é que se tem um conjunto de condições que autoriza primeiramente a solução menos formalizada, via TCA, e em seguida, sob outras condições, sucessivamente se autoriza a solução via TAC.

*Instrução Normativa CGU nº 2, de 2017 - Art. 4º*

*§ 1º Nos termos da IN/CGU nº 04, de 17 de fevereiro de 2009, em caso de extravio ou dano a bem público, a apuração será realizada por meio de Termo Circunstanciado Administrativo - TCA.*

*§ 2º Quando o prejuízo ao erário for de valor igual ou inferior ao limite estabelecido como de licitação dispensável, nos termos do art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e não sendo aplicável o § 1º deste artigo, poderá ser celebrado TAC, desde que promovido o ressarcimento pelo agente responsável.*

Lembrando o curto prazo prescricional para a pena de advertência, única suscitadora do TAC (de 180 dias desde o conhecimento do fato até instauração do processo disciplinar ou, no máximo, de 320 dias desde a instauração até a efetiva aplicação da pena), e destacando que as obrigações pactuadas podem vigor por até dois anos da celebração, não raro pode ocorrer de haver descumprimento do compromisso firmado e já ter fluído o *quantum* prescricional em dias aplicável ao caso (dependendo se antes ou depois da instauração do processo disciplinar). Neste contexto, uma primeira leitura apressada da Instrução Normativa CGU nº 2, de 2017, poderia induzir o aplicador do Direito ao erro de interpretar que a inovação normativa teria introduzido uma nova hipótese de suspensão do prazo prescricional, na celebração do TAC, como forma de impedir que o descumprimento das obrigações pactuadas ocorrido no intervalo entre a configuração da prescrição e o prazo de vigência pactuado para o acordo favorecesse o infrator com a extinção da punibilidade. Mas a leitura aprofundada do material de regência indica que não houve tal inovação, não se operando a suspensão da contagem prescricional associada à infração que deu origem ao TAC.

De fato, pelo exíguo prazo prescricional, pode-se ter prescrita a aplicabilidade daquela advertência associada à infração original. Mas é de se destacar que, para que se dê o descumprimento do TAC, é de se presumir que o servidor incorreu em nova ilicitude, que ele havia se comprometido a não cometer no prazo pactuado, geradora então de uma nova responsabilização e submetida a uma nova contagem de prazo prescricional, independente da primeira infração, conforme o § 2º do art. 9º da Instrução Normativa CGU nº 2, de 2017. A correta elaboração do termo pela autoridade instauradora deve permitir que, ao se dizer que o TAC foi descumprido, se tenha que o servidor reincidiu em prática infracional. Em outras palavras, a obrigação a ser pactuada no TAC deve ser tal que o fato capaz de deixá-lo descumprido seja uma infração disciplinar.

*Instrução Normativa CGU nº 2, de 2017 - Art. 9º*

*§ 2º No caso de descumprimento do TAC, a chefia adotará imediatamente as providências necessárias à instauração ou continuidade do respectivo procedimento disciplinar, sem prejuízo da apuração relativa à inobservância das obrigações previstas no ajustamento de conduta.*

O TAC é como um benefício condicionado que ao infrator se oferece; descumpri-lo em si não deve ser confundido com ilicitude, mas sim deve ser entendido como uma forma de perder, desperdiçar, deixar de fazer jus ao benefício que fora ofertado, além de decorrer do

cometimento de alguma outra infração.

Conforme o art. 2º da Instrução Normativa CGU, o TAC estabelece obrigações a serem cumpridas pelo servidor em determinado prazo estipulado pela autoridade instauradora. Como, à luz do parágrafo único do art. 7º daquela norma, este prazo pode ser, no máximo, de dois anos, nada impede, então, que a autoridade compromitente, a seu critério motivado, estabeleça prazo inferior a dois anos para submissão do servidor às obrigações impostas. É de se destacar que esta possibilidade em nada se confunde com o prazo de exatamente dois anos, contados a partir da celebração, em que fica válido o registro do acordo nos assentamentos do servidor e no qual se veda que o mesmo agente venha a ser beneficiado por outro TAC, conforme o art. 5º e o *caput* do art. 9º da citada norma.

*Instrução Normativa CGU nº 2, de 2017 - Art. 7*

*Parágrafo único. O prazo de cumprimento do TAC não poderá ser superior a 2 (dois) anos.*

*Art. 9º O TAC será registrado nos assentamentos funcionais do agente público e, após o decurso de dois anos a partir da data estabelecida para o término de sua vigência, terá seu registro cancelado.*

Embora de natureza bastante análoga, o TAC não se confunde com o Acordo de Conduta Pessoal e Profissional (ACPP), que é instrumento regimental ao dispor da Comissão de Ética Pública Seccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (CEPS-RFB), como oportunizador ao servidor que infringe preceitos éticos, diante do seu reconhecimento do desvio, a fim de não sofrer o procedimento de apuração ética (PAE) e a eventual sanção (censura) daquela instância.

Feita a apresentação conceitual da ferramenta do TAC, dedica-se agora a descrever a sua instrumentalidade. Quando a fase de admissibilidade identifica indícios de materialidade e de autoria de infração disciplinar suscitadora de pena de advertência em contexto em que não cabem construções principiológicas ou doutrinárias amparadoras do prévio arquivamento do feito, pode a autoridade instauradora ofertar o TAC ao servidor. Para isto, na regra geral em que o investigado sequer sabe que é alvo de fase de admissibilidade em curso e não se presumindo, portanto, pedido de celebração de acordo, cabe ao parecerista, motivadamente, propor esta iniciativa, ao final do seu parecer de admissibilidade. Se, excepcionalmente, o investigado tiver ciência da sua possibilidade de vir a responder processo disciplinar e, ainda em fase pré-processual, solicitar o acordo, deve o parecerista, motivadamente, propor em sua peça o deferimento do pleito, já não havendo que se falar de oferta, visto que a iniciativa terá partido do próprio agente. Por fim, caso o servidor apresente seu pedido de acordo já após a instauração do processo disciplinar, em até cinco dias do recebimento da notificação inicial da sua condição de acusado (ou mesmo já vencido este prazo), uma vez que não compete à comissão se manifestar sobre o pleito e muito menos decidi-lo, cabe-lhe apenas encaminhá-lo, à margem dos autos principais, para a autoridade instauradora, não havendo necessidade de sobrestar o andamento de seus trabalhos apuratórios até a decisão acerca do TAC.

Havendo proposta de oferta espontânea pelo parecerista no parecer de admissibilidade, concordância da autoridade instauradora e aquiescência por parte do servidor ou havendo pedido por parte do servidor e deferimento por parte da autoridade antes ou depois de ter instaurado o processo disciplinar, a celebração do TAC se dá no corpo do próprio termo que se redige em nome da Administração, a ser assinado pela autoridade e pelo agente, que pode ou não se fazer acompanhar de procurador legalmente constituído.

Conforme os incisos do *caput* do art. 7º da Instrução Normativa CGU nº 2, de 2017, texto em si do termo deve conter a identificação do servidor, a informação de que o acordo decorre de iniciativa de ofício ou de pedido tempestivamente apresentado, os fundamentos de fato e de direito de sua celebração (ou seja, a descrição da conduta fática, a indicação dos elementos que a comprovam, a apreciação de que repercutiriam em pena de advertência e de que não existem os impedimentos normativos para a concessão do benefício), o expresse

reconhecimento por parte do agente de que incorreu na infração e o seu comprometimento em cumprir as obrigações pactuadas, bem como o prazo e o modo de cumprimento e forma pelo qual a chefia imediata do servidor deverá fiscalizar a conduta do subordinado.

*Instrução Normativa CGU n° 2, de 2017 - Art. 7° O TAC deverá conter:*

*I - a qualificação do agente público envolvido;*

*II - os fundamentos de fato e de direito para sua celebração;*

*III - a descrição das obrigações assumidas;*

*IV - o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações; e*

*V - a forma de fiscalização das obrigações assumidas.*

Reconhece-se que a maior dificuldade na redação do termo reside no estabelecimento das obrigações a serem impostas ao servidor. É preciso ter cuidado para harmonizar com equilíbrio uma forma concreta de reprimenda sobre o infrator associada ao cargo e ao interesse público e sem resvalar em vieses de pessoalidade, constrangimento, humilhação e sem invadir a vida privada com comandos completamente dissociados da infração suscitadora do TAC. Não soa razoável e coerente com a norma de regência que as obrigações impostas tenham natureza de penas alternativas totalmente à margem do arcabouço estatutário, tais como seriam comandos de prestações de serviços comunitários ou de ações com reflexos exclusivos sobre a sociedade civil.

Neste tema das obrigações a serem pactuadas, pode ser exigido que o servidor tome providências ou atitudes que, de forma imediata, reduzam ou eliminem efeitos de sua conduta infracional, tais como, a meros títulos de exemplos cabíveis para alguns enquadramentos puníveis com advertência, se retratar formalmente ou reparar os efeitos de sua irregularidade (seja integralmente, seja em parte) ou regularizar situações que restaram ao arrepio da normatização após a ilicitude ou ainda qualquer outra medida que vise a reconstituir o equilíbrio interno da Administração e que foi rompido ou prejudicado com o ilícito. Ademais, sempre que cabível, é necessário ainda que o termo especifique as formas como devem ser cumpridas as obrigações.

E, sobretudo, deve o termo especificar as obrigações por tempo certo (no máximo por dois anos) que se impõem ao servidor. Estas obrigações tanto podem reproduzir enquadramentos legais de deveres ou de proibições estatutárias como podem introduzir determinações de fazer ou de não fazer extraestatutárias, como, a meros títulos de exemplos, participar de eventos de capacitação ou de reciclagem ou seguir de forma expressa determinado manual interno de procedimentalização no respectivo processo de trabalho ou elaborar trabalhos ou estudos técnicos ou ter de observar prazos específicos para cumprir tarefas ou ter de se submeter a um controle individualizado de cumprimento de jornada de trabalho ou ainda de preservação ou de conservação de bens ou de materiais de consumo. Na verdade, mesmo nestas chamadas obrigações extraestatutárias, assim entendidas como aquelas não expressas como enquadramentos positivados na lei, não se cogita de invadir a vida privada do servidor impondo-lhe ordens que extrapolem os liames da reação estatutária; tais obrigações devem se circunscrever a comandos que reflitam ou que ramifiquem os princípios reitores da Administração, desde sempre aplicáveis independentemente de expressão na lei, a exemplo de princípios da legalidade, da hierarquia e da moralidade. Novamente, sempre que cabível, é necessário ainda que o termo especifique as formas como devem ser cumpridas as obrigações.

O termo também deve expressar a forma como a chefia imediata do servidor deve fiscalizar o cumprimento das obrigações pactuadas, para que, ao final do prazo imposto, informe à autoridade instauradora se as determinações foram ou não atendidas.

Considerando então que a própria chefia imediata do servidor terá o ônus de fiscalizar o cumprimento das obrigações impostas - sejam aqueles de resolução imediata, sejam aquelas por período de tempo determinado - e reconhecendo ser o estabelecimento destas obrigações o item de maior dificuldade de elaboração e de redação da parte da autoridade correccional, pode

o Chefe de Escor, na peculiaridade de um caso concreto em que tal dificuldade lhe pareça intransponível, buscar o contato com o titular da unidade ou com o chefe imediato do servidor, a fim de lhe pedir indicação de obrigações que possam, ao mesmo tempo, atender as condições de traduzirem interesse correcional de ajuste comportamental ou, se inaplicável, ao menos interesse público como um todo e viabilidade fiscalizatória. Importante destacar que esta estratégia de formular contato com a unidade de origem se revela aqui como apenas uma possibilidade que se oferta à autoridade instauradora em casos residuais em que, a despeito de todos seus exaustivos esforços, excepcionalmente não logra vislumbrar o que possa impor ao faltoso além de descrever deveres legais genéricos. Em outras palavras, nem se estimula e se vulgariza esta opção ao dispor do Chefe do Escor (que, pode, após uma desafortunada consulta de tal natureza, agora se sentir de certa forma vinculado a uma sugestão impertinente dos gestores locais), e nem se critica caso eventualmente a autoridade correcional, esgotados em vão seus esforços de elaboração, não vislumbra outra hipótese que não seja a consulta local, até porque à corregedoria não convém impor uma obrigação que nada contribua, em termos de interesse público, com a unidade em si ou com a Administração como um todo, ou que a exponha à crítica local por sua implausibilidade, impraticabilidade ou impossibilidade de ser fiscalizada.

Por este motivo, o art. 8º e o já mencionado *caput* do art. 9º, ambos da Instrução Normativa CGU nº 2, de 2017, estabelecem que a celebração do TAC deve ser comunicada ao chefe imediato do servidor (ou por quem o substituir em seus afastamentos e impedimentos legais ou regulamentares ou o suceder em casos de nova localização na mesma unidade ou de mudança de unidade de exercício ou de lotação), com cópia do termo, e deve ser registrada nos assentamentos funcionais do agente, registro este que terá validade por até dois anos após o esgotamento do prazo imposto para cumprimento das obrigações. Além disto, o *caput* do art. 10 da mesma norma exige que a celebração do TAC seja informada no Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU).

*Instrução Normativa CGU nº 2 - Art. 8º A celebração do TAC será comunicada à chefia imediata do agente público, com o envio de cópia do termo, para acompanhamento do seu efetivo cumprimento.*

*Art. 10. O TAC deverá ser registrado no CGU-PAD no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data de sua celebração.*

Ao final do prazo imposto, a manifestação do chefe imediato confirmando que o servidor cumpriu com as obrigações pactuadas impede o rito disciplinar em razão do mesmo fato, de acordo com o § 1º do art. 9º da Instrução Normativa CGU nº 2, de 2017. E, segundo o parágrafo único do art. 3º da mesma norma, em consequência, o TAC deve ser homologado pela autoridade que seria competente para aplicar a pena de advertência, o que novamente recai, em regra, no Chefe do Escor ou, excepcionalmente, no Corregedor.

*Instrução Normativa CGU nº 2 - Art. 3º*

*Parágrafo único. O TAC deverá ser homologado pela autoridade competente para aplicação da penalidade de advertência.*

*Art. 9º*

*§ 1º Declarado o cumprimento das condições do TAC pela chefia imediata do agente público, não será instaurado procedimento disciplinar pelos mesmos fatos objeto do ajuste.*

Não obstante, é de compreender e de se registrar no termo que a celebração de TAC, obviamente, não limita ou afasta qualquer dever ou proibição legal ou normativa a que se vincula o servidor e não prejudicam inibe ou veda a instauração de procedimentos correccionais diante de fatos distintos daqueles descritos no TAC e de que se venha a ter conhecimento.

E cabe ao servidor comunicar à autoridade instauradora o surgimento de fatos ou de circunstâncias alheios à sua vontade e à margem de sua iniciativa e de seu controle que

impeçam o cumprimento do pactuado

Do contrário, na linha do já reproduzido § 2º do art. 9º da Instrução Normativa CGU nº 2, de 2017, manifestando-se a chefia imediata de que o servidor descumpriu as obrigações, instaura-se o processo disciplinar em razão da infração original ou retoma-se o seu prosseguimento (em ambas hipóteses, desde que não prescrita a respectiva punibilidade), sem prejuízo da apuração da nova infração (isto porque a obrigação a ser imposta ao servidor no TAC deve ser tal que seu descumprimento configure uma segunda ilicitude, com termo inicial prescricional próprio).

A oferta, a celebração e a homologação de TAC não competem ao titular da unidade de ocorrência do fato ou de lotação (ou de exercício, se diferente) do servidor. Às autoridades locais incumbe tão somente representar ou encaminhar representações à autoridade instauradora. Além deste seu dever legal, não recai sobre o chefe imediato do servidor e tampouco ao titular de sua unidade de lotação ou de exercício nenhuma outra nova competência sobre o tema. A responsabilidade imposta ao chefe imediato do servidor para atestar se o mesmo cumpriu ou não as obrigações pactuadas em nada se confunde com atribuição de competência a favor da unidade de origem.

### 3 - DEFINIÇÕES E CONCEITOS INTRODUTÓRIOS

Caso a fase de admissibilidade conclua pela existência de indícios de materialidade e de autoria de suposta irregularidade funcional cometida por servidor no pleno exercício do seu cargo ou em ato a ele associado, a autoridade instauradora deve decidir pelo acatamento da representação ou da denúncia e instaurar o processo disciplinar, com o fim de se comprovar a configuração ou não da infração e de se esclarecer se há ou não responsabilização funcional a se imputar ao infrator.

Todavia, antes de adentrar na descrição do rito processual da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, faz-se indispensável apresentar alguns conceitos introdutórios do regime disciplinar e do processo disciplinar, sobretudo acerca do alcance desta instância de Direito e das diversas fontes que a informam.

#### 3.1 - CONCEITUAÇÃO, OBJETIVOS, MATERIALIDADE, AUTORIA E RESPONSABILIZAÇÃO

Como em diversas outras instâncias jurídicas, o Direito Administrativo Disciplinar possui uma parte substancial, de Direito material, chamada de regime disciplinar, e uma parte instrumental, de Direito processual, que é o processo disciplinar propriamente dito (que, em antiga e já superada acepção, era chamada de adjetiva, para demarcar a então inexistente autonomia e a total dependência do Direito processual em relação ao Direito material, tido como substantivo). Na instância administrativa federal, ambas as partes têm base legal na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990: o regime disciplinar está regulado no seu Título IV (dos arts. 116 a 142) e o processo disciplinar está regulado no seu Título V (dos arts. 143 a 182). Enquanto o regime disciplinar define as infrações disciplinares (nos arts. 116, 117 e 132), as penalidades administrativas a elas associadas (no arts. 127 e 129 a 135), a competência para aplicar estas penalidades (no art. 141) e o prazo de prescrição da punibilidade (no art. 142), em direto corolário dos princípios da legalidade e da segurança da relação jurídica, o processo disciplinar, como uma sequência legal de atos, utiliza-se de determinado rito ou procedimento para se comprovar o cometimento da ilicitude ou a inocência do servidor e, em consequência, se for o caso, para se apená-lo, na devida forma legal, com a pena associada.

Decerto, o regime disciplinar e o processo disciplinar são institutos de que dispõe a Administração para, diante de ilícitos disciplinares cometidos por seus servidores, exercer seu *jus puniendi* com o fim não só de restabelecer a ordem interna afetada pela infração como também com efeito didático-intimidador sobre o corpo funcional vinculado. Ao se exercitar a pretensão punitiva estatal, gera-se um efeito preventivo para o restante do quadro funcional, quando este passa a ter noção de que a conduta infracional não é tolerada, conforme também pontua a doutrina.

*“Assim, se o Estado adota com as peculiaridades mesológicas, materiais, ideológicas e de conveniência especial a sua organização, faz com que (...) emita também regras de conduta e, em decorrência destas, a punição para o agente faltoso.*

*Isto, em Direito Administrativo Disciplinar, é em primeiro plano, a imputabilidade comprovada e, em segundo plano, a punibilidade legal e inteiramente procedente.*

*Ora, do exercício deste verdadeiro jus puniendi é que decorre, mesmo em abstrato, o que podemos denominar pretensão punitiva do Estado.*

*O Estado, fazendo conhecer com caráter absolutamente legal e moral esta punição, adequada para a natureza da infração, ele, implicitamente, está fazendo também conhecer que possui inquestionavelmente a sua pretensão punitiva, e esta atua como que indiretamente numa verdadeira coação subjetiva de caráter genérico, quer para o agente potencial da infração estatutária, quer para o servidor público que, in concreto, cometeu um ilícito administrativo.”*

*Egberto Maia Luz, "Direito Administrativo Disciplinar", pg. 69, Edições Profissionais, 4ª edição, 2002*

Assim se inter-relacionam os três conceitos: enquanto o processo disciplinar propriamente dito constitui-se em uma conjugação ordenada de atos na busca da correta e justa aplicação do regime disciplinar, chama-se de procedimento (ou rito) o caminho, a forma utilizada para se conjugar ordenadamente os atos do processo, na busca daquele objetivo. E, para este fim, antecipa-se que a Lei nº 8.112, de 1990, prevê três diferentes procedimentos: o processo disciplinar (PAD) *stricto sensu* (que pode ter ritos ordinário ou sumário) e a sindicância disciplinar.

Independentemente do rito, como nas demais instâncias jurídicas, o processo disciplinar não subsiste por si só e não deve ser entendido jamais como um fim em si mesmo, mas sim como meio de instrumentalização da correta e devida aplicação do regime disciplinar. Se é assim, cogitando-se da base principiológica que informa o Direito público punitivo no ordenamento pátrio, conclui-se também que o processo disciplinar é a ferramenta jurídica por intermédio da qual se assegura a busca da justa aplicação do Direito (e da justiça, em síntese).

Com esta interpretação mais ampla, percebe-se que o processo disciplinar não só é o meio legal para a aplicação de qualquer tipo de penalidade administrativa mas também deve ser compreendido como instrumento de prova de inocência do servidor. Daí, como corolário, o processo disciplinar deve ser entendido como uma prerrogativa exclusiva do servidor, uma vez que a possível conclusão por responsabilização e a consequente apenação somente se darão após se submeter ao rito com garantia de ampla defesa e de contraditório e, no caso contrário, funciona como o rito propiciador da comprovação da sua inocência, proteções estas que não se atribuem aos trabalhadores da iniciativa privada, regidos pela legislação trabalhista, e nem sequer, na mesma extensão, aos demais agentes públicos não regidos pela Lei nº 8.112, de 1990, como, a título de exemplo, os empregados públicos celetistas.

Se é verdade que, dentre as inúmeras atividades que competem à Administração Pública, encontra-se o poder disciplinar sobre seus agentes, o processo disciplinar funciona como instrumento, ao mesmo tempo, de exercício controlado deste poder e de proteção dos direitos que a legislação prevê para os servidores, como o devido processo legal de índole conservadora e cautelosa asseguradora do emprego destes direitos, afastando-se perseguições pessoais e arbítrio.

Em síntese, cabe ao aplicador do Direito, sobretudo aquele que dá seus primeiros passos e digladiava com suas inaugurais experiências nesta instância, deixar-se permear pela certeza axiológica e principiológica de que o processo disciplinar tem como objetivo específico única e tão somente esclarecer a verdade dos fatos constantes da representação ou denúncia, sem jamais se preocupar com o mero resultado dele decorrente, de incriminar ou exculpar indevidamente o servidor. E nem se diga que o acima exposto revela apenas vontade ou posicionamento doutrinários; ao contrário, este sempre foi e ainda é o entendimento oficial, segundo manifestações dos órgãos detentores da competência de se manifestar em nome da Administração, a cada tempo - o extinto Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp) e a Advocacia-Geral da União (AGU), respectivamente por meio de sua Formulação Dasp nº 215 e do Parecer AGU nº GQ-98, conforme se reproduz.

*Formulação Dasp nº 215. Inquérito administrativo  
O inquérito administrativo não visa apenas a apurar infrações, mas também oferecer oportunidade de defesa.*

*Parecer AGU nº GQ-98, não vinculante: "11. Porém, à investigação se procede com o objetivo exclusivo de precisar a verdade dos fatos, sem a preocupação de incriminar ou exculpar indevidamente o servidor."*

Com isto, enfim, pode-se definir o processo disciplinar como a sucessão formal de atos realizados pela Administração Pública, por determinação legal e em atendimento a

princípios de Direito, com o objetivo único de apurar os fatos relacionados com a disciplina de seus servidores (ou seja, os ilícitos disciplinares). Em outras palavras, o processo disciplinar consubstancia-se na parte instrumental-processual estatutária com que o ente público busca a comprovação do binômio materialidade e autoria em decorrência das notícias que lhe chegam ao conhecimento de suposto cometimento de irregularidades.

Não obstante, para o fim da correta e devida aplicação do regime disciplinar, para o quê o processo disciplinar atua como instrumento, cabe um parêntese nesta apresentação da concatenação conceitual para se ressaltar de imediato a importância que o aplicador deve prestar ao art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, em geral mitigada talvez pelo fato de o legislador tê-lo inserido no meio do Título V, que trata da parte processual. A determinação imposta por este dispositivo legal é de tamanha importância que deveria ter sido introduzida na Lei não se referindo somente ao processo (que, por ser apenas instrumental, em última análise, não tem um objetivo próprio que sobreviva por si só), mas sim deveria ter constado de forma destacada como uma disposição geral, como um preâmbulo de toda a matéria disciplinar do Estatuto, restringindo a abrangência do Direito Administrativo Disciplinar como um todo. O art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, atua como um delimitador legal da atuação estatal punitiva sobre seu corpo funcional, definindo que esta instância punitiva, como regra, limita-se tão somente a atos ilícitos funcionais (grife-se, de forma antecipada, que tal expressão qualificada, substantivamente, quer se referir a atos com algum grau de vinculação, direta ou indireta, com o cargo) cometidos por servidor.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 148. O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.*

Na prática, independentemente da técnica redacional adotada pelo legislador, o mandamento delimitador do enfoque de atuação embutido no art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, deve ser lido não apenas para aplicação do processo disciplinar (visto que não se aplica o processo como um fim em si mesmo; o processo não se move de forma autônoma, mas sim como instrumento de aplicação do regime disciplinar), de forma que possa se falar, indistintamente, em limitação da aplicação do regime ou do processo disciplinar, pois, de uma forma ou de outra, se estará respeitando a vontade maior da Lei, que é de limitar a aplicação do Direito Administrativo Disciplinar como um todo.

Sendo assim, na matéria que aqui interessa, informe-se que tal mandamento, acerca da delimitada abrangência do regime e do processo disciplinares, se volta tanto à autoridade instauradora, em seu juízo de admissibilidade antes de instaurar o processo; quanto também se projeta adiante, seja à comissão processante, ao conduzir o apuratório e concluir pelo cometimento ou não de irregularidade, seja, por fim, à autoridade julgadora, ao decidir pelo arquivamento ou pela punição do servidor.

Neste ponto, é de se destacar a rica e dupla leitura que se extrai do art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990. Se, por um lado, o dispositivo freia o indevido ímpeto persecutório e punitivo da Administração, por outro lado, dentro do foco de atuação que ele mesmo permite, o mandamento confere uma relevante abrangência ao regime disciplinar. Este dispositivo legal, conforme sua literalidade, deve ser lido atentamente em duas partes: a parte inicial define o processo disciplinar como o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor “*por infração praticada no exercício de suas atribuições*”, enquanto a parte final acrescenta que é também o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração “*que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido*”.

Percebe-se que a parte inicial do art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, é de entendimento e de aplicação absolutamente cristalinos e previsíveis ou ainda inquestionáveis e esperados na matéria em tela: o processo disciplinar é o instrumento para apurar atos ilícitos cometidos por servidor no pleno exercício de seu cargo, o que se confunde com a própria certeza de que o

ato guarda inexorável relação com o cargo. A *contrario sensu*, esta primeira parte permite extrair a regra geral de que o regime disciplinar, *a priori*, não alcança, por exemplo, atos do servidor totalmente dissociados do cargo que ocupa. Mas, por ora, o que se quer ressaltar é justamente a importância - nem sempre percebida - da parte final do dispositivo legal, que também prevê a aplicação do processo disciplinar para apurar atos que, embora não cometidos no pleno exercício do cargo, guardam uma relação ainda que indireta com o múnus ou função pública do servidor. Esta parte final do dispositivo, então, excepcionando a regra geral da parte inicial, confere poderes à Administração para processar o servidor por atos ou comportamentos que, embora praticados, por exemplo, em ambiente de sua vida privada, em momento em que o agente não está no pleno exercício do seu múnus (cometidos fora da repartição ou fora da jornada de trabalho), guardem relação direta ou pelo menos indireta (nem que seja sob presunção legal) com o cargo que ocupa ou com as suas atribuições legais ou ainda com a instituição ou que de alguma forma neles interfira, conforme melhor se abordará conclusivamente em **3.2.3.1.6**.

Repise-se que o art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, é um delimitador da atuação estatal punitiva; mas também, ao mesmo tempo, deve o aplicador perceber que, dentro do universo delimitado de atuação legalmente permitida, o regime disciplinar incide de forma abrangente. Neste rumo, por exemplo, em princípio, o regime disciplinar também se aplica para atos cometidos por servidor em desvio de função. Não obstante a crítica que cabe à prática do desvio de função, é de se compreender que o ato cometido em tal condição é funcional e guarda relação indireta com o cargo regular do servidor em desvio. O infrator somente pode chegar ao estado de atuar em desvio de função porque, na base, como pré-requisito e demonstrador da existência de relação ao menos indireta com o seu cargo regular, ele é servidor. Investir em alegação em sentido contrário, a favor da não responsabilização por ato cometido em desvio de função, significaria fomentar inaceitável impunidade em decorrência de mero aspecto formal. A doutrina expressa o mesmo entendimento.

*“(...) Se (...) o servidor desviado de função comete infração (...) em razão daquele cargo que estava ocupando de modo irregular, é cabível a apuração pela via do processo disciplinar, ou este deve apenas ser instaurado quando forem irregularidades (...) que tenham relação com as atribuições do seu cargo, o de investidura regular? Em nosso entender, quando o dispositivo fala em ‘cargo em que se encontre investido’, a expressão atinge a investidura regular, o desvio de função ou mesmo a situação por demais anômala do funcionário de fato.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pgs. 102 e 103, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Fechado aquele parêntese em que se apresentou a correta leitura demandada pelo art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, retoma-se o encadeamento conceitual. Do exposto até aqui, pode-se sintetizar que a decorrência do cometimento do ilícito disciplinar - compreendido como ato associado diretamente ao exercício das atribuições legais do cargo ou, indiretamente, a pretexto de exercê-las -, é a responsabilização administrativa, que se dá pela aplicação das penalidades estatutárias, e que o processo disciplinar é o instrumento legal necessário para responsabilizar administrativamente o servidor infrator. Reitere-se que a possível responsabilização administrativa ao final e a conseqüente apenação são meras decorrências do poder-dever de apurar os fatos; a aplicação de pena, por si só, não é objetivo do processo disciplinar.

Conforme se extrai do art. 124 da Lei nº 8.112, de 1990, a responsabilização administrativa requer que se comprovem nos autos, objetivamente, a materialidade do ilícito (ou seja, que se identifique a extensão do fato irregular, de ação ou omissão contrária ao ordenamento jurídico e associada ao exercício do cargo) e, subjetivamente, a autoria (que se identifique(m) o(s) servidor(es) envolvido(s) com o fato irregular - nem sempre especificamente como o autor do fato, podendo ser apenas o causador ou propiciador para que outro o tenha cometido). Aproveita-se para informar que a adjetivação empregada no

dispositivo legal, de “civil-administrativa”, na verdade, se refere tão somente à responsabilização administrativa, podendo se interpretar que o termo “civil” está ali como ênfase diferenciadora de qualquer seara do Direito que não seja penal.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.*

Avançando e desdobrando ainda mais esta conceituação, é certo que o Direito Administrativo Disciplinar se move na linha da chamada responsabilização subjetiva, em antagonismo ao que seria a responsabilização meramente objetiva. Como de fato deve ser em seara de Direito público punitivo, a instância disciplinar não se satisfaz, à vista da rica gama principiológica que a irradia, tão somente pela notícia de que objetivamente ocorreu um determinado fato, enquadrável como ilicitude no texto legal, o que caracterizaria a desautorizada responsabilização objetiva; mais que isto, a instância sancionadora requer que se traga aos autos a comprovação de que aquele fato descrito como ilícito na lei objetivamente ocorreu em razão da atuação dolosa ou culposa do agente público, obrigando então que se busque a responsabilização subjetiva. A necessidade de se comprovar o ânimo subjetivo do agente público (ânimo de dolo ou de culpa) associado à ocorrência objetiva do fato tido como ilícito em lei configura a responsabilização subjetiva.

Reitere-se que a culpa ou o dolo que caracterizam o ânimo subjetivo requerido para que se cogite de responsabilidade subjetiva podem se caracterizar tanto em conduta comissiva (de agir) como em conduta omissiva (de não agir), por parte do servidor. É importante sedimentar que a responsabilidade subjetiva, em instância disciplinar, pode atingir não só quem de fato atuou, pessoalmente, na perpetração do ilícito, mas também quem permitiu ou propiciou que outrem o fizesse, concorrendo para o fato, por ação ou por omissão dolosa ou culposa. Daí, em aplicação extensiva do *caput* e do § 2º do art. 13 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), o sentido de autoria aqui deve ser compreendido recaindo tanto em termos estritos sobre o efetivo autor do ato quanto em termos mais amplos sobre o responsável pelo ato, por concorrência.

*CP - Relação de causalidade (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*

*Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*Relevância da omissão (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluída pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (Incluída pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Incluída pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Na verdade, as três linhas de responsabilidade de que se pode cogitar mais frequentemente em decorrência de atuação funcional, quais sejam, administrativa, penal e até mesmo a civil, todas, indistintamente, submetem-se à responsabilização subjetiva antes de imporem seus respectivos gravames (sejam punitivos, nas duas primeiras, seja patrimonial, na última).

Além da cediça necessidade da instância penal, de forte índole punitiva, de ter a comprovação do ânimo subjetivo do autor antes de se sentir provocada, a imposição de pena estatutária ao servidor e a obrigação pessoal de civilmente reparar dano em decorrência do exercício do seu cargo igualmente requerem a comprovação de que a sua conduta infratora foi dolosa ou no mínimo culposa, em ato comissivo ou omissivo. Sem este pré-requisito

essencial, ainda que a conduta do servidor formalmente pudesse encontrar tipificação criminal ou enquadramento disciplinar ou até mesmo tenha efetivamente acarretado dano, não há que se cogitar de nenhuma das três responsabilizações. Ou seja, prevalece a máxima de que a responsabilização de servidor, tanto especificamente na instância disciplinar quanto nas duas outras instâncias judiciais, em decorrência de ato funcional, requer a comprovação do ânimo subjetivo do agente na sua conduta, seja por culpa, seja por dolo.

Em qualquer destas linhas de responsabilidade, a responsabilização subjetiva requer, de forma intransigente, que se comprove uma relação causal entre a ocorrência objetiva do fato tido como ilícito em lei e a conduta funcional (seja comissiva ou omissiva) eivada de culpa ou de dolo, por parte do agente, em associação ao cargo que ocupa.

Conforme se verá em seguida, enquanto, por um lado, a materialidade é fortemente associada ao conceito de ilícito disciplinar (cuja lista exaustiva reside nos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112, de 1990) e este, por sua vez, se enquadra no que se chama de abrangência objetiva da persecução, a autoria é intrinsecamente associada ao conceito de servidor estatutário (como agente público submetido ao citado diploma legal) e este, por sua vez, se enquadra no que se chama de abrangência subjetiva, conforme a seguir se detalhará.

## **3.2 - ABRANGÊNCIAS OBJETIVA E SUBJETIVA DO PROCESSO DISCIPLINAR**

### **3.2.1 - Ilícito em Gênero e as Espécies de Ilícitos Disciplinar, Civil e Penal**

Por ser elemento integrante do foco de interesse do processo disciplinar, na forma de sua abrangência objetiva, faz-se então necessário entender o que seja ilícito. Ilícito é toda conduta humana que, seja por ação (conduta comissiva), seja por omissão (conduta omissiva), se revela antijurídica (o que significa ser contrária ao bom Direito) e culpável em sentido lato. Esta definição genérica permite que se extraia que um único ato ilícito pode afrontar ao mesmo tempo a um ou mais ramos do Direito, podendo acarretar diferentes responsabilizações, conforme se detalhará em **4.14**. Portanto, conforme previsto no art. 121 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e na doutrina, ilícito é um gênero de que são espécies, por exemplo, os ilícitos penal, civil, administrativo disciplinar, administrativo responsabilizador de pessoas jurídicas, administrativo fiscal, etc.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.*

*“(...) ilícito é o comportamento contrário àquele estabelecido pela norma jurídica, que é pressuposto da sanção. É a conduta contrária à devida. É o antijurídico. Neste sentido, ilicitude e antijuridicidade são sinônimos e confundem-se num mesmo conceito, de unívoco conteúdo.” Regis Fernandes de Oliveira, “Infrações e Sanções Administrativas”, pg. 17, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Destas diversas espécies de ilícitos, aqui se importa com o ilícito disciplinar, não obstante também se abordarem os ilícitos civil e penal, visto poderem ocorrer simultaneamente. A menção aqui àquelas duas outras espécies de ilícitos se justifica apenas para alertar que, apesar da possível simultânea ocorrência, não devem ser objeto de persecução disciplinar.

É de se compreender que, por um lado, sendo todas associadas à responsabilização subjetiva (ou seja, todas requerem comprovação do ânimo subjetivo de culpa ou de dolo), um ato pode ter repercussões civil e/ou penal e não necessariamente configurar infração disciplinar. Por outro lado, um ato pode configurar infração disciplinar mesmo que não tenha repercussões civil e penal.

Apresentam-se a seguir muito sintéticas descrições dos ilícitos civil e penal, de naturezas diametralmente opostas em análise superficial, e, deixando por último a definição de ilícito disciplinar, com a intenção de situá-lo no amplo espectro que diferencia os dois primeiros, analisando de que extremo mais se aproxima e com o qual guarda maior afinidade.

Segundo os arts. 186 e 927 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC), na abrangência dos atos da vida civil de qualquer pessoa (ou seja, no sentido amplo da expressão, além do limite dos atos funcionais) e que devam merecer tutela judicial, o ilícito civil possui definição genérica - toda conduta que cause dano a alguém - e daí não é possível que a lei estabeleça enumeração exaustiva de todas as condutas que o configurem. O cometimento de ato causador de dano acarreta, para o agente (que tanto pode ser privado, por seus atos de vida particular, como público, por seus atos funcionais ou privados), responsabilização patrimonial de indenizar. Esta responsabilização civil não recai sobre a pessoa do infrator com fim punitivo, mas sim sobre seu patrimônio, com o objetivo de reparar o prejuízo causado, restaurando o estado anterior do ofendido, e, na instância judicial, é apurável em rito da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), instaurando uma relação jurídica de Direito privado, pois se tutelam interesses particulares, uma vez que o litígio entre o agressor e o agredido não move toda a sociedade.

*CC - Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ao ilícito.*

*Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

O ilícito penal, enfocando apenas o aspecto material (sem se levar em conta o seu aspecto analítico, que contempla as condicionantes da ação ou omissão e do agente, que serão detalhadas em 4.6.2), é toda conduta exaustivamente descrita em lei, contrária à ordem jurídica e ao interesse público e de grave afronta ao conjunto social. Acarreta responsabilização pessoal do agente (que tanto pode ser privado, por seus atos de vida particular, como público, por seus atos funcionais ou privados), de índole punitiva, com penas do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP) e de leis especiais, apurável no rito do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), com promoção do Ministério Público Federal (MPF), instaurando uma relação de direito público, pois a afronta do agressor atinge um bem tutelado e caro a toda a sociedade e, por este motivo, move-se por interesse público.

Em meio a estes extremos diferenciados, eis que o ilícito disciplinar é toda conduta do servidor que, no âmbito de suas atribuições legais ou a pretexto de exercê-las, contraria dispositivo estatutário. Ou seja, aqui, ao contrário das duas instâncias anteriores, por óbvio, o agente é apenas público e as condutas infracionais limitam-se a atos funcionais, como servidor. Cabe, neste ponto, buscar o reforço doutrinário.

*“O Estatuto, como já foi visto, fixou os deveres gerais dos servidores públicos e as proibições, cujo descumprimento constitui ilícito administrativo e, como tal, passível de aplicação, na forma da lei, de medidas disciplinares.*

*O ilícito administrativo, em suas origens, verifica-se pela perturbação do bom funcionamento da administração, em virtude do descumprimento de normas especialmente previstas no elenco de deveres, proibições e demais regras que integram o Regime Jurídico (...) do Servidor Público Civil da União.*

*Caracteriza-se, pois, pela ofensa a um bem jurídico relevante para o Estado, que é o funcionamento normal, regular e ininterrupto das atividades de prestação de serviços públicos. No ilícito administrativo, agride-se o funcionamento interno do Estado.*

*Assim é que o regime disciplinar prevê um elenco de hipóteses configuradoras de faltas administrativas de conceituação genérica concebidas, propositadamente, em termos amplos para abranger a um maior número de casos. Daí dizer-se que a infração disciplinar pode ser atípica para uns, de*

*tipicidade aberta para outros, mas, para ambas as posições, de comprovado e bem caracterizado prejuízo ao interesse público.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 42, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“O Direito Administrativo Disciplinar (...) não é casuístico como o Direito substantivo penal, porém, tampouco ele é atípico (...) porque ele envolve os mais heterogêneos, os mais genéricos e os mais objetivos ou subjetivos interesses do Estado. (...)*

*Na falta de um elenco infracional, que seria atípico para a absoluta identidade com o Direito Penal, o Direito Administrativo Disciplinar repousa a sua parte substantiva em dispositivos estatutários que, ora referindo-se aos deveres, ora reportando-se às proibições, dizem bem alto que o desrespeito a qualquer deles acarreta punições que tenham a variação especificada em lei.” Egberto Maia Luz, “Direito Administrativo Disciplinar”, pgs. 66, 74 e 76, Edições Profissionais, 4ª edição, 2002*

Não se deve ter pudor de admitir que, dentre os dois extremos de ilícitos suscitadores de responsabilização reparadora ou punitiva e de naturezas de Direito privado ou público, o ilícito disciplinar guarda maior proximidade e afinidade com o ilícito penal, já que ambos inauguram relações de Direito público, apenas com a diferença de que o ilícito disciplinar afronta limitadamente a Administração *interna corporis*, enquanto o ilícito penal atinge toda a sociedade.

Conforme já se afirmou em **3.1**, a melhor interpretação que se extrai do art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, é de que este dispositivo encarta uma limitação na aplicação do Direito Administrativo Disciplinar como um todo, não só do processo disciplinar, mas também do regime disciplinar. Complementa-se que, desta visão conglobante que inclui no mandamento delimitador de enfoque de atuação também a definição dos ilícitos disciplinares contidos no regime disciplinar, advém uma inerente dificuldade, visto que a parte substancial do Direito Administrativo Disciplinar, embora guardando inequívoca afinidade com o Direito Penal (ambos são ramos do Direito público sancionador), dele se diferencia por não poder adotar - e de outra forma nem poderia mesmo se cogitar de uma lei de natureza estatutária - da rica tipicidade criminal. O que se tem na lista exaustiva de condutas consideradas como ilícito disciplinar são definições abrangentes, sem a estrita tipicidade que caracteriza a redação da lei penal.

Não por acaso e sem que se confunda com arbítrio, insegurança jurídica ou ausência de previsão legal, para que de fato se pudesse abarcar em um único diploma legal todas as ações tidas como infracionais - desde as de menor gravidade até as de maior grau de repulsa -, teve o legislador de lançar mão de enquadramentos caracterizados pelo emprego de expressões abrangentes, por meio de construções normativas incompletas, tanto da espécie normas em branco quanto da espécie normas abertas, além do emprego de conceitos jurídicos indeterminados, cujas definições se encontram em **4.6.3**, a cuja leitura se remete, poupando-se aqui desnecessária repetição.

Independentemente desta dificuldade conceitual intrínseca ao regime disciplinar, tem-se que, em função da relevância do bem jurídico atingido com o ato infracional, o ilícito disciplinar pode ser classificado em:

- Ilícito disciplinar puro, que afeta somente a Administração internamente. Acarreta responsabilização funcional, de índole punitiva, apurável via processo disciplinar da Lei nº 8.112, de 1990, com as penas do Estatuto.
- Ilícito disciplinar-civil, que é toda conduta contrária a dispositivo estatutário e causadora de prejuízo ao erário ou a terceiro. Acarreta responsabilizações funcional (com penas do Estatuto) e patrimonial (de indenizar), podendo ser ambas apuráveis na via administrativa, com possibilidade de repercussão processual civil.

- Ilícito disciplinar-penal, que afeta não só a Administração, mas a sociedade como um todo. Acarreta responsabilizações funcional (com penas do Estatuto) e penal (com penas do CP e de leis especiais), apuráveis de forma independente, respectivamente via processo disciplinar e processo penal.
- Ilícito disciplinar-penal-civil, que além de afetar a Administração e a sociedade como um todo, ainda causa prejuízo ao erário ou a terceiro. Acarreta responsabilizações funcional (com penas do Estatuto), penal (com penas do CP e de leis especiais) e patrimonial (de indenizar), apuráveis de forma independente, respectivamente via processo disciplinar, processo penal e possivelmente processo civil.

Os ilícitos disciplinares, que são os únicos de específico interesse do Direito Administrativo Disciplinar, englobam inobservância de deveres funcionais do art. 116, afrontas às proibições do art. 117 e cometimento de condutas do art. 132, todos da Lei nº 8.112, de 1990, apuráveis conforme o rito previsto naquele Estatuto; e, portanto, têm polo passivo restrito à pessoa legalmente investida em cargo público, seja de provimento efetivo, seja de provimento comissionado. Estas são as abrangências objetiva e subjetiva do processo disciplinar: as infrações descritas nos incisos dos arts. 116, 117 ou 132 da Lei nº 8.112, de 1990, cometidas por servidor, conforme definem os arts. 2º, 3º e 9º, todos da mesma Lei. A responsabilização administrativa, com aplicação da cabível penalidade estatutária, decorre justamente de se comprovar, no curso do devido processo legal, que o servidor, com culpa ou dolo, incorreu, omissiva ou comissivamente, em algum daqueles dispositivos que definem os ilícitos; em outras palavras, decorre de se comprovar a materialidade e a autoria da infração.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 1º Esta Lei institui o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais.*

*Art. 2º Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público.*

*Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.*

*Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.*

*Art. 9º A nomeação far-se-á:*

*I - em caráter efetivo, quando se tratar de cargo isolado de provimento efetivo ou de carreira;*

*II - em comissão, inclusive na condição de interino, para cargos de confiança vagos. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*Parágrafo único. O servidor ocupante de cargo em comissão ou de natureza especial poderá ser nomeado para ter exercício, interinamente, em outro cargo de confiança, sem prejuízo das atribuições do que atualmente ocupa, hipótese em que deverá optar pela remuneração de um deles durante o período da interinidade. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*

Já na relação jurídica penal, o polo passivo engloba desde particulares (que cometem crimes comuns sem nenhuma relação com o cargo, visto não serem agente públicos e, por óbvio, não ocuparem cargo) até servidores (que tanto podem cometer crimes comuns como podem cometer, mais restritivamente, crimes associados ao exercício do cargo). De se destacar que, quando a instância penal volta sua atenção para os atos criminosos cometidos no âmbito da Administração Pública, seu polo passivo é bem mais extenso que o da instância disciplinar (que se limita ao detentor de cargo em caráter efetivo ou comissionado, conforme arts. 2º e 3º da Lei nº 8.112, de 1990), abarcando não só quem exerce cargo, emprego ou função pública, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, mas ainda inclui quem tem exercício em entidade paraestatal e quem trabalha para empresa prestadora de serviço, que executa atividade típica da Administração conforme o art. 327 do CP.

*Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.*

*§ 1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividades típicas da administração pública;*

*§ 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. (Incluído pela Lei nº 6.799, de 23 de junho de 1980)*

### **3.2.1.1 - Alguns Destaques sobre Ilícitos Penais Cometidos por servidores e, em Especial, Crime de Abuso de Autoridade (ou de Abuso de Poder)**

Por óbvio, dentre a imensa gama de atuação do Direito Penal, aqui o que mais detidamente interessa é sua parcela de intersecção com o Direito Administrativo Disciplinar, ou seja, onde se encontram as condutas acima definidas como ilícitos disciplinar-penais. Para esta análise mais limitada da instância penal, afasta-se do interesse o cometimento de crime comum, tanto por um agente privado quanto até mesmo por um servidor, pois trata-se de ato cometido em sua vida privada, para o qual não se exige a qualidade especial de o agente ser servidor. Na parcela de maior interesse, onde se situam os crimes especiais (em que a conduta criminosa, por sua própria definição legal, só pode ser realizada por um agente público), o que se tem é o servidor que, no ato associado direta ou indiretamente a seu cargo, afronta tanto a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, quanto ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP) ou leis especiais que definem crimes. Além de possível instância civil (se o ato também causar prejuízo), este servidor, em tese, pode ser processado, de forma independente, tanto pela instância administrativa (no rito da Lei nº 8.112, de 1990, podendo, se for o caso, ser punido com advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou destituição do cargo em comissão), quanto pela instância criminal (no rito do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) ou no rito que porventura a lei especial estabelecer, podendo, se for o caso, ser punido com multa, detenção e reclusão, sendo as duas últimas espécies do gênero das penas privativas de liberdade).

De se mencionar ainda que a lei penal pode prever, como efeito acessório da condenação (efeito este que pode ser automático ou não, dispensando ou não a expressa manifestação do juiz na sentença, dependendo se a definição material do crime se encontra em leis especiais ou no CP), a perda do cargo, para determinados crimes - comuns ou funcionais - em que o agente criminoso seja servidor. Esta perda do cargo faz parte da decisão judicial e não se confunde com a pena administrativa de demissão, tanto que se configura em exceção de possibilidade de ato de vida privada (um crime comum praticado por servidor) ter repercussão em sua vida funcional - mas não como resultado de processo disciplinar, pois a perda de cargo é uma ordem judicial a ser cumprida imediatamente pela projeção de gestão de pessoas, já devidamente amparada no rito da apuração criminal. A decretação judicial de perda de cargo em decorrência de condenação penal não gera provocação para instauração de processo disciplinar no sistema correcional, se configurando apenas no efeito acessório ao fim do rico, cauteloso, contraditório e defensivo rito da ação penal, em que se tenha assegurado ao agente todo o rol de garantias de defesa.

Conforme se abordará em **4.14.2** e em **4.14.3**, os atos funcionais cometidos por servidor que podem ser considerados crimes não serão administrativamente apurados como tal - como crimes - em função da independência das instâncias, da harmonia entre os Poderes e das competências exclusivas de cada Poder. Não se aceita que uma comissão disciplinar, na indicição ou no relatório de um processo disciplinar, enquadre o ato funcional infracional

que também configura crime no dispositivo da lei penal, sob pena de sobrestar a instância administrativa até a manifestação definitiva da instância penal, exclusivamente competente para tal. Mas isto não significa que tais atos restem impunes na instância administrativa. Ao contrário, se o ato associado ao exercício do cargo público comporta tal gravidade e reprovabilidade social a ponto de configurar crime, também configurará ilícito disciplinar e, dentro desta definição e com o devido processo legal da Lei nº 8.112, de 1990, é que será administrativamente apurado e, se for o caso, penalizado, com enquadramento em algum dos incisos dos arts. 116, 117 ou 132 desta Lei.

Embora o ato funcional possa também configurar crime, à vista da independência das instâncias, ele pode ser regularmente processado no âmbito da Administração, por uma comissão disciplinar, julgado e, se for o caso, apenado pela autoridade administrativa competente, antes mesmo de ser apreciado pelo Poder Judiciário, desde que devidamente enquadrado na lei estatutária. Em outras palavras, quando o ilícito disciplinar também configura crime, a apuração criminal não faz parte da abrangência objetiva do processo disciplinar, mas a apuração administrativa da infração estatutária faz.

Como primeiros e destacados exemplos de ilícitos de natureza penal passíveis de serem cometidos por servidores nesta condição (ou seja, restritivamente como agentes públicos, em decorrência do exercício do cargo), citam-se os crimes contra a Administração Pública dos arts. 312 a 326 do CP e os crimes contra a ordem tributária do art. 3º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Conforme melhor se detalhará em **4.7.4.1**, todos estes crimes são apuráveis judicialmente, por meio de ação penal pública, promovida pelo Ministério Público Federal (MPF), nos moldes previstos no CPP (a Lei nº 8.137, de 1990, definiu os crimes contra a ordem tributária como crimes a serem incluídos na lista dos crimes contra a Administração Pública, do CP). Para estes crimes funcionais, o CP prevê a possibilidade, na alínea “a” do inciso I do seu art. 92, de o juiz declarar a perda do cargo quando condena a pena privativa de liberdade por um ano ou mais.

Estes exemplos merecem o destaque acima porque são os únicos crimes que encontram excepcionalíssima previsão de enquadramento disciplinar e, embora de forma muito rara, nos moldes do tópico supramencionado, até podem redundar em repercussão estatutária, no inciso I do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990.

Ainda nesta linha, mas já sem previsão expressa na Lei nº 8.112, de 1990, é de se mencionar os atos cometidos por servidor com abuso de autoridade, conforme definidos nos arts. 3º e 4º da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Esta Lei definiu uma série de atos abusivos por parte das autoridades civis e militares, nos termos do seu art. 5º e estabeleceu que eles podem redundar, de forma independente, em repercussões administrativa, civil e penal.

*Lei nº 4.898, de 1965 - Art. 3º Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:*

- a) à liberdade de locomoção;*
- b) à inviolabilidade do domicílio;*
- c) ao sigilo da correspondência;*
- d) à liberdade de consciência e de crença;*
- e) ao livre exercício do culto religioso;*
- f) à liberdade de associação;*
- g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;*
- h) ao direito de reunião;*
- i) à incolumidade física do indivíduo;*
- j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.*

*Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:*

- a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;*
- b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;*

- c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;*
  - d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;*
  - e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;*
  - f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;*
  - g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;*
  - h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;*
  - i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.*
- Art. 5º Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.*

Diferentemente dos crimes contra a Administração Pública e contra a ordem tributária, cujos diplomas legais remetem o processamento ao rito do CPP, no caso dos atos de abuso de autoridade que configurem crime, a Lei nº 4.898, de 1965, estabeleceu um rito penal específico, adotando o CPP apenas como fonte subsidiária e previu, em seu art. 6º, penas de multa, detenção ou até a perda do cargo. Quanto à repercussão civil indenizatória, aquela Lei remeteu ao rito da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC). Quanto à responsabilização administrativa, o art. 7º daquela Lei determinou a instauração de inquérito administrativo de acordo com a lei de regência do ente federado - em função do contexto histórico de sua edição, no caso de lacuna normativa, indicava a aplicação supletiva da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (o então Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - EF) e previa as penas estatutárias válidas àquela época (desde a advertência até a demissão). Tendo sido expressamente revogada a Lei nº 1.711, de 1952, pelo atual Estatuto, é de se interpretar que o dispositivo da Lei nº 4.898, de 1965, hoje se aplica adequando a remissão para o rito processual e para as penas da Lei nº 8.112, de 1990.

*Lei nº 4.898, de 1965 - Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa, civil e penal.*

*§ 1º A sanção administrativa será aplicada de acordo com a gravidade do abuso cometido e consistirá em:*

- a) advertência;*
- b) repreensão;*
- c) suspensão do cargo, função ou posto por prazo de cinco a cento e oitenta dias, com perda de vencimentos e vantagens;*
- d) destituição de função;*
- e) demissão;*
- f) demissão, a bem do serviço público.*

*§ 2º A sanção civil, caso não seja possível fixar o valor do dano, consistirá no pagamento de uma indenização de quinhentos a dez mil cruzeiros.*

*§ 3º A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos artigos 42 a 56 do Código Penal e consistirá em:*

- a) multa de cem a cinco mil cruzeiros;*
- b) detenção por dez dias a seis meses;*
- c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos.*

*Art. 7º recebida a representação em que for solicitada a aplicação de sanção administrativa, a autoridade civil ou militar competente determinará a instauração de inquérito para apurar o fato.*

*§ 1º O inquérito administrativo obedecerá às normas estabelecidas nas leis municipais, estaduais ou federais, civis ou militares, que estabeleçam o respectivo processo.*

*§ 2º não existindo no município no Estado ou na legislação militar normas reguladoras do inquérito administrativo serão aplicadas supletivamente, as disposições dos arts. 219 a 225 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União).*

Assim, em outras palavras, a maioria dos atos cometidos por servidor civil federal que se amoldam em uma das definições de abuso de autoridade listadas pela Lei nº 4.898, de 1965, pode acarretar, por um lado, tanto o rito penal estabelecido naquele diploma legal (que pode redundar até na perda do cargo) como, por outro lado, também o processo disciplinar da Lei nº 8.112, de 1990, podendo ser enquadrado, por exemplo, nos incisos VIII, IX ou XI do art. 116, ou nos incisos III, IV, V, VII ou IX do art. 117, ou nos incisos V, VII ou IX do art. 132 e, se for o caso, ser punível de acordo com o art. 127, todos do atual Estatuto até com demissão. Uma vez que a Lei nº 4.898, de 1965, não definiu os atos nela descritos específica e exclusivamente como crimes (como fazem o CP e a Lei nº 8.137, de 1990), mas sim genericamente como atos de abuso de autoridade que, simultânea e independentemente, podem configurar infração disciplinar, crime e ilícito civil, é aceitável que o enquadramento em algum dos incisos dos arts. 116, 117 ou 132 da Lei nº 8.112, de 1990, tenha a ele adicionado a definição de ato de abuso de autoridade encontrada em algum inciso do art. 3º ou do art. 4º da Lei nº 4.898, de 1965, como forma de propiciar ao mesmo tempo maior suporte legal à acusação e elementos de informação à defesa (de forma análoga como se defenderá para o emprego das definições de ato de improbidade administrativa da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a chamada Lei de Improbidade Administrativa, em **4.7.4.4.2**).

Informe-se que, doutrinariamente, se tem a definição em gênero de ato com abuso de poder para qualquer ato ilegítimo do administrador, que se subdivide nas espécies excesso de poder, quando o ato extrapola as atribuições legais e competências do agente, e desvio de finalidade (ou desvio de poder, quando o ato está de acordo com as atribuições legais e competências do agente, mas é praticado com finalidade distinta da previsão legal ou do interesse público, seja para atender interesse particular ou mesmo outro interesse público diverso. Grosso modo, atos de abuso de poder e atos de abuso de autoridade podem ser tidos como expressões sinônimas. Mas, a rigor, há uma sutil diferenciação conceitual entre eles. Os atos de abuso de autoridade guardam relação de conteúdo-contínente em relação aos atos de abuso de poder: são especificamente os atos de abuso de poder que ganharam positivação, por meio dos arts. 3º e 4º da Lei nº 4.898, de 1965.

*“Tanto o excesso de poder como o desvio de poder podem configurar crime de abuso de autoridade, quando o agente público incidir numa das infrações previstas na Lei nº 4.898, de 9-12-65, alterada pela Lei nº 6.657, de 5-6-79, hipótese em que ficará sujeito à responsabilidade administrativa e à penal, podendo ainda responder civilmente, se de seu ato resultarem danos patrimoniais.”, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Direito Administrativo”, pg. 228, Editora Atlas, 19ª edição, 2006*

Há ainda outros exemplos de leis que, sem se reportarem a ritos administrativos e, portanto, sem estabelecerem penas estatutárias e tampouco sem encontrar expresso reflexo na Lei nº 8.112, de 1990, definem como crimes determinados atos que podem ser praticados por particulares e por servidor público e, nesta segunda hipótese, preveem como efeito da condenação judicial a perda do cargo. Os atos tipificados nestas leis até podem ter reflexos como ilícitos disciplinares autônomos, mas, diferentemente daqueles atos albergados nas Leis nº 4.868, de 1965, e 8.429, de 1992, não podem utilizar as respectivas tipificações associadas a dispositivos estatutários, pois suas definições legais se prestam exclusivamente para descrever tipos penais.

Dentre tais exemplos, pode-se citar a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (a chamada

Lei de Licitações e Contratos), que trata das licitações na Administração Pública. Embora esta Lei, em vários dos dispositivos elencados entre seus arts. 89 a 98, tenha definido como crimes determinados atos que são exclusivos do servidor (atuante em licitações) e tenha para eles previsto, no art. 83, a perda do cargo como efeito automático da condenação judicial, não os incluiu na definição de crimes contra a Administração Pública (conforme a Lei nº 8.137, de 1990, expressamente incluiu). Da mesma forma que a Lei nº 4.898, de 1965, a Lei nº 8.666, de 1993, estabeleceu um rito penal específico, adotando o CPP apenas como fonte subsidiária. Não obstante, um ato cometido por servidor civil federal que se amolda em uma das definições de crime da Lei nº 8.666, de 1993, conforme o art. 82 desta Lei, pode acarretar, por um lado, tanto o rito penal estabelecido naquele diploma legal (que pode redundar até na perda do cargo, como efeito da decisão judicial) como, por outro lado, também o processo disciplinar da Lei nº 8.112, de 1990, podendo ser enquadrado, por exemplo, nos incisos I, II, III ou IX do art. 116, ou nos incisos IX ou XI do art. 117, ou nos incisos IV, IX ou X do art. 132 e, se for o caso, ser punível de acordo com o art. 127, todos do atual Estatuto até com demissão.

*Lei nº 8.666, de 1993 - Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.*

*Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.*

Mencionem-se ainda a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que definiu em seus arts. 3º a 14 e 20 os crimes resultantes de discriminação e de preconceito de diversas naturezas, e a Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que em seus arts. 1º e 2º definiu o crime de tortura. Os atos nelas definidos não são exclusivos de servidor público (sobretudo os da primeira Lei, em que a maioria dos atos recaem sobre agentes particulares) e não se inserem em crimes contra a Administração Pública. Nenhum destes dois diplomas legais estabeleceu rito específico e ambos previram como efeito da condenação judicial, no caso de os atos nelas definidos serem praticados por servidor público, a perda do cargo (efeito não automático na primeira e automático na segunda).

*Lei nº 7.716, de 1989 - Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (com a redação dada pela Lei nº 9.459, de 15 de maio de 1997)*

*Art. 16. Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a três meses.*

*Art. 18. Os efeitos de que tratam os arts. 16 e 17 (vetado) desta Lei não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.*

*Lei nº 9.455, de 1997 - Art. 1º Constitui crime de tortura:*

*I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:*

*a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;*

*b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;*

*c) em razão de discriminação racial ou religiosa;*

*II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.*

*Pena - reclusão, de dois a oito anos.*

*§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.*

Cita-se também a Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001, que incluiu o art. 216-A no CP, tipificando, tanto em instância trabalhista privada como em seara pública, o crime de assédio sexual. Sobre este tema, recomenda-se a leitura do **Anexo IV**, que aborda as conceituações de assédio moral e de assédio sexual e suas aplicações em seara pública.

*CP - Art. 216-A. Constranger alguém com intuito de levar vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.*

Novamente, é de se destacar que tais condutas funcionais elencadas nos arts. 312 a 326 do CP e nas Leis nº 8.137, de 1990, 4.898, de 1965, e 8.666, de 1993, bem como as condutas descritas nas Leis nº 7.716, de 1989, e 9.455, de 1997, nas hipóteses de serem cometidas por servidor no exercício do cargo, merecerão processamento administrativo disciplinar, podendo se encontrar para elas enquadramentos nos arts. 116, 117 ou 132 da Lei nº 8.112, de 1990 (não devendo jamais os dispositivos do CP e destas Leis fazerem parte da indicição e do relatório da comissão disciplinar), sem prejuízo de independente ação penal.

### **3.2.2 - Preservação da Materialidade e da Autoria nos Aspectos Espacial e Temporal - Competência Associada à Jurisdição do Local de Lotação ou de Exercício do Servidor**

A configuração mais comum, que é de o servidor cometer a suposta irregularidade em sua própria unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) e de ter inalterada sua relação jurídico-estatutária com a Administração (mantendo-se na atividade, ocupando o mesmo cargo e desempenhando suas atribuições legais no mesmo local) até o transcurso do processo disciplinar, permite que a definição das competências para recepcionar representações e denúncias e para decidir o juízo de admissibilidade (arquivando o feito ou determinando as apurações) se resolva com a solução mais simples, qual seja, de tais poderes recaírem justamente sobre o Chefe do respectivo Escritório de Corregedoria (Escor) da jurisdição daquela sua unidade, bem como não traz nenhuma dificuldade acerca da incidência do regime e do processo disciplinares sobre o infrator. Todavia, a aplicação da normatização que associa aquelas competências à unidade de lotação (ou de exercício) do representado ou do denunciado no momento da exarcação do juízo de admissibilidade bem como até mesmo a análise da própria incidência do regramento disciplinar sobre o agente exige análises mais detalhadas e pormenorizadas quando o caso concreto apresenta peculiaridades referentes aos aspectos espacial e temporal.

Aqui, considera-se como aspecto espacial que afasta a análise do caso concreto da configuração comum a peculiaridade de o servidor, no momento em que comete a suposta irregularidade, não estar em sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente). E considera-se como aspecto temporal que afasta a análise do caso concreto da configuração comum a peculiaridade de a situação funcional do servidor, ao tempo da emissão do juízo de admissibilidade ou ainda ao tempo da efetiva instauração do rito disciplinar, já ter sido alterada em comparação à sua situação quando cometeu a suposta irregularidade, seja em decorrência de remoção ou de alteração de exercício ou de redistribuição ou de nova investidura no mesmo cargo ou em novo cargo federal (na própria Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB ou em outro órgão ou entidade) ainda regido pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, seja em razão de inatividade por aposentadoria ou disponibilidade, seja pela ruptura da relação estatutária, por meio de punição com pena expulsiva ou de exoneração.

A seguir, se apresentarão as específicas consequências para as hipóteses de o caso concreto comportar peculiaridades, seja acerca de diferença local entre onde o fato supostamente ilícito foi cometido e onde o servidor exerce seu cargo, seja em decorrência de

intervalo temporal entre quando o fato supostamente ilícito foi cometido e quando se dá início à sua investigação ou apuração no qual tenha havido alteração nos contornos da relação jurídica mantida entre o servidor e a Administração. E, dependendo de especificidades do caso concreto, pode-se fazer necessário superpor as duas análises e seus efeitos quando se verificam simultaneamente tanto aspectos espaciais quanto temporais.

### **3.2.2.1 - Irregularidade Cometida Fora da Unidade de Lotação (ou de Exercício)**

Conforme já aduzido em 2.3.1 e em 2.5.2, o *caput* do art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, reflete a argumentação principiológica de que, no aspecto espacial, a apuração disciplinar privilegia a proximidade com o local em que o servidor acusado desempenha as atribuições legais de seu cargo, como forma de assegurar as maiores condições de ampla defesa e de contraditório.

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 3º Ressalvado o disposto no artigo seguinte, a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar compete ao Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor) que jurisdicione a unidade de lotação ou exercício do servidor no momento da decisão.*

Como o mais comum é o servidor cometer a suposta irregularidade na sua própria unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) em que é lotado (ou em que tem exercício, caso sua unidade de exercício seja diferente da de lotação, hipótese que abarca a possibilidade de existência de vínculo jurídico-administrativo de natureza temporária, como, por exemplo, na concessão de exercício provisório, de que tratam o *caput* do art. 18, o § 4º do art. 37 e o § 2º do art. 84, todos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou na ocupação de cargo em comissão, ambas em outra unidade), a regra geral é de a representação ser dirigida pelo representante, em via hierárquica, a partir de seu chefe imediato, para o titular de sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente), a fim de que este encaminhe à autoridade em princípio competente para decidir o juízo de admissibilidade e, se for o caso, para instaurar a instância disciplinar, qual seja, o Chefe do respectivo Escritório de Corregedoria (Escor) da jurisdição daquela já mencionada unidade em que o representado (ou denunciado, caso a notícia tenha chegado por meio de denúncia) desempenha as atribuições legais do seu cargo ao tempo desta decisão.

Quando o servidor comete a suposta irregularidade dentro da RFB mas em unidade diferente daquela em que mantém sua lotação ou diferente daquela em que tem exercício (ou seja, distinta daquela na qual cotidianamente desempenha suas atribuições legais, em momento e sob condições tais que sua passagem pela tal repartição tanto possa ter decorrido de mera liberalidade pessoal quanto possa ter se dado em atendimento a determinação ou convocação para prestar algum serviço de natureza imediata e pontual de curta duração, sem nenhuma forma de vinculação jurídico-administrativa sequer temporária com o local dos fatos, como seriam o exercício provisório ou a ocupação de cargo em comissão nesta unidade), compete à autoridade titular desta unidade de ocorrência tão somente encaminhar a representação para o Chefe do Escor que, a este tempo, jurisdiciona a unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do representado (ou denunciado, caso a notícia tenha chegado por meio de denúncia).

#### ***3.2.2.1.1 - Irregularidade Cometida em Unidade de Região Fiscal Diferente da Unidade de Lotação ou de Exercício***

Se, de um lado, a peculiaridade de a suposta irregularidade ter sido cometida em outra unidade da secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) não reflete diferença na forma de cumprir o dever de representar, de outro lado, pode haver diferenças na competência para apreciar a representação (ou denúncia, se for o caso) e para decidir, em fase de

admissibilidade, pelo arquivamento ou pela instauração de processo disciplinar, cabendo aqui um desdobramento. Em primeira hipótese, se a unidade de ocorrência do fato se situa na mesma Região Fiscal (RF) da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do representado ou denunciado, a notícia da suposta irregularidade deve ser encaminhada justamente ao Chefe do respectivo Escritório de Corregedoria (Escor) desta jurisdição, para apreciação e decisão do juízo de admissibilidade, não se operando, neste caso, nenhuma relevante especificidade. Mas se a unidade de ocorrência do fato se situa em outra RF diferente daquela em que se situa a unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do representado ou denunciado, a notícia da suposta irregularidade deve ser encaminhada ao Chefe do Escor da jurisdição da unidade onde o servidor desempenha as atribuições legais do seu cargo, para apreciação e decisão do juízo de admissibilidade, operando-se uma diferenciação em relação à configuração comum e frequente.

Não havendo coincidência entre as jurisdições do local da ocorrência da suposta irregularidade e da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente, inclusive em casos de exercício provisório e de ocupação de cargo em comissão) do acusado, este comando normativo interno consagra a relevância concedida aos princípios da ampla defesa e do contraditório - ainda que com alguma parcela de mitigação à presumida maior facilidade para se coletar a prova no local onde ocorreu a suposta infração -, buscando propiciar ao servidor maior proximidade com o processo e com a comissão e, em princípio, tentando evitar que este tenha de arcar com ônus no acompanhamento processual, uma vez que não haveria amparo em lei para que o ordenador de despesas autorizasse pagamento de passagens e diárias para acompanhamento do processo que transcorresse fora de sua sede, conforme se aduzirá em **4.3.6.4.**

De se ressaltar, no entanto, que nem mesmo esta sistematização de atribuir competência instauradora ao Chefe do Escor da jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do representado ou denunciado assegura a este a absoluta proximidade com os autos e o poupa de eventuais custos para acompanhamento, pois pode ocorrer de a unidade em que o servidor desempenhe suas atribuições legais não se situar na mesma localidade em que se sedia o respectivo Escor, podendo haver, de toda forma, necessidade de deslocamentos do acusado, às suas expensas, no curso da instrução processual. O que se pode inferir é que, com o atual regramento, o risco de o acusado ter de suportar algum ônus financeiro no acompanhamento processual restará minorado em comparação à regra de o processo se vincular ao local da ocorrência do fato, pois é de se presumir que eventuais deslocamentos se restringirão à abrangência geográfica de apenas uma RF (e há ainda a possibilidade de emprego de videoconferência para realização de atos instrucionais e de designação de secretário remoto na localidade de lotação - ou de exercício, se diferente - do acusado, para fornecer-lhe acesso aos autos, além do uso do processo digital, com a adoção do Sistema Processo Eletrônico pela corregedoria).

Já no que diz respeito ao julgamento em processo disciplinar originado por suposta infração cometida em unidade da RFB, é de se afirmar que tal ato final do rito consubstancia o próprio poder punitivo estatal e, como tal, indissociavelmente, vincula-se à jurisdição hierárquica sobre a unidade de lotação (ou de exercício, se diferente, inclusive em casos de exercício provisório e de ocupação de cargo em comissão) do servidor ao tempo de sua emissão, conforme se antecipa entendimento da Advocacia-Geral da União (AGU), reproduzido em **3.2.2.1.2** (Despacho do Advogado-Geral da União, de 09/05/06, que aprovou a Nota Decor/CGU/AGU nº 16/2008-NMS e o Despacho Decor/CGU/AGU nº 10/2008-JD, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 143/2008). Assim, tanto no caso de suposta infração cometida na própria unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) quanto no caso de infração cometida em unidade distinta de sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) e esteja este local do fato localizado na mesma RF ou não, inexiste dúvida de que, em qualquer destas hipóteses, a autoridade julgadora para absolver e também, em princípio, para responsabilizar o acusado (dependendo do alcance da pena) pode ser o mesmo

Chefe do Escor da jurisdição da sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente, inclusive em casos de exercício provisório e de ocupação de cargo em comissão) sobre quem recaiu a decisão em fase de admissibilidade de instaurar o feito disciplinar.

Portanto, em termos espaciais delimitados no âmbito da própria RFB, havendo diferença entre o local do cometimento da suposta infração e o local em que o representado ou denunciado desempenha suas atribuições legais (ainda que sob vínculo jurídico-administrativo temporário), tanto a decisão em fase de admissibilidade (seja para arquivar o feito, seja para instaurar o processo disciplinar) quanto o julgamento (seja para absolver, seja para em princípio responsabilizar - dependendo do alcance da pena), competem ao Chefe do Escor da jurisdição de lotação (ou de exercício, se diferente, inclusive em casos de exercício provisório e de ocupação de cargo em comissão) do servidor. No que diz respeito exclusivamente ao julgamento, isto somente se justifica nos casos limitados à absolvição ou à aplicação de penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias, da alçada dos Chefes de Escor, uma vez que, independentemente de RF de ocorrência do fato e de jurisdição do acusado, nos casos de julgamentos que comportem aplicação de penas mais graves, como suspensão acima de trinta dias ou expulsivas, a decisão compete exclusivamente ao Ministro de Estado da Fazenda, conforme se detalhará em **4.10.3**.

### ***3.2.2.1.2 - Irregularidade Cometida em Outro Órgão Público***

Analogamente, se um servidor da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) incorre em suposta ilicitude no âmbito de outro órgão público federal no qual não mantenha nenhuma forma de vínculo jurídico-administrativo sequer de natureza temporária (ou seja, em órgão no qual nem mesmo esteja cedido, por meio da espécie de afastamento prevista no art. 93 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou em exercício provisório, de que tratam o *caput* do art. 18, o § 4º do art. 37 e o § 2º do art. 84, todos da mesma Lei, de ou ocupando cargo em comissão), tendo cometido o fato em momento e sob condições em que se encontrava ou por mera liberalidade pessoal ou no máximo por estar cumprindo alguma determinação ou convocação de natureza imediata e pontual de curta duração, a representação ou denúncia deve ser encaminhada pelo titular daquele órgão para esta instituição a que pertence o cargo efetivo do servidor e na qual ele mantém sua lotação e exercício, a fim de que, como regra geral, o respectivo Chefe do Escritório de Corregedoria (Escor) que jurisdiciona sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) proceda ao juízo de admissibilidade e decida pelo arquivamento ou pela instauração do processo disciplinar, propiciando facilidade de acesso ao acusado.

Tal entendimento se extrai da doutrina e da leitura integral de uma antiga manifestação do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), por meio de sua Formulação Dasp nº 180, exarada em processo em que se noticiava que um servidor lotado em determinado órgão cometera suposta infração em outro órgão no qual sequer estava a serviço e muito menos mantinha qualquer vínculo jurídico-administrativo, nem mesmo temporário (não estava cedido ou sob exercício provisório e nem ocupava cargo em comissão no local). Reconhece-se que a completa compreensão da manifestação somente se obtém com a leitura integral de todo o Parecer que embasou o enunciado, já que a Formulação em si tem redação pouco clara.

*Formulação Dasp nº 180. Infração disciplinar*

*Quando o funcionário de uma repartição comete falta noutra, esta comunica o fato àquela para aplicar a punição.*

*“Falta cometida em outra repartição. Como já vimos linhas atrás, a regra básica definidora da competência para instaurar processo radica no pressuposto da subordinação hierárquica do servidor faltoso. Logo, é competente a autoridade que tenha ascendência funcional sobre este.*

*Por conseguinte, há de se concluir que, sendo a falta cometida por funcionário*

*estranho à repartição, deverá a chefia desta comunicar o fato ao órgão em que esteja lotado o servidor faltoso.*

*É essa a compreensão que já foi devidamente pacificada pelo DASP, por meio da Formulação nº 180.”, José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 203, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“(…) cometimento de falta, com o faltoso perfeitamente identificado, em repartição que não seja sua unidade de lotação; neste caso, comunica-se o evento ao chefe imediato do citado servidor, pedindo as providências legais cabíveis.”, Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 63, Editora Consulex, 1ª edição, 1999*

Por outro lado, se um servidor da RFB incorre em suposta ilicitude no âmbito de outro órgão público federal no qual mantenha alguma forma de vínculo jurídico-administrativo de natureza temporária (ou seja, em órgão no qual possa estar cedido ou em exercício provisório ou ocupando cargo em comissão), a representação ou denúncia deve ser encaminhada à autoridade competente neste órgão em que o agente por ora desempenha suas atribuições legais, a fim de que ela proceda ao juízo de admissibilidade e decida pelo arquivamento ou pela instauração do processo disciplinar que, se for o caso, naquela instituição transcorrerá, propiciando facilidade de acesso ao acusado.

Apenas ressalve-se que, diferentemente das situações acima abordadas, de vinculação com outro órgão (o que faz subentender da administração direta), na hipótese de o servidor da RFB cedido a alguma entidade da administração indireta cometer irregularidade em sociedade de economia mista ou em empresa pública ou em fundação pública de direito privado, o apuratório deve migrar para seu órgão de origem, já que a entidade não disporá de três servidores estáveis para compor a comissão de inquérito.

Também de forma análoga à repercussão do aspecto espacial quando a infração é cometida no âmbito da própria RFB, nos casos em que o ilícito é cometido por servidor desta instituição em outro órgão estranho ou em entidade, independentemente de lá ele manter ou não alguma espécie de vínculo jurídico-administrativo, sempre o julgamento caberá à autoridade correcional desta instituição à qual o cargo efetivo do agente é vinculado e na qual ele mantém sua lotação. Em outras palavras, diferentemente da competência instauradora, que até pode se exercer no órgão estranho à RFB se o servidor lá mantém alguma espécie de vínculo jurídico-administrativo de natureza temporária (como cessão, exercício provisório ou cargo em comissão), o julgamento, em todos os casos, cabe à respectiva autoridade competente nesta sua instituição de origem, a saber, o Chefe do Escor da jurisdição de sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente), como regra geral para absolvição ou para aplicação de penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias, ou o Ministro de Estado da Fazenda, para aplicação de penas de suspensão superior a trinta dias ou expulsivas, conforme se detalhará em **4.10.3**.

Neste tema, restou forçoso à Administração firmar de forma expressa tal entendimento, à vista da já mencionada inadequação da redação da Formulação Dasp nº 180, que, em leitura apressada, poderia levar à equivocada conclusão de que até o julgamento caberia à autoridade competente no órgão de ocorrência do fato e que apenas a aplicação da penalidade, se fosse o caso, restaria na alçada do órgão a que pertence o cargo efetivo do infrator.

À vista de divergência de entendimento entre dois órgãos (o então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG e o Ministério da Fazenda - MF, por meio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN) em um caso concreto, justamente sobre este ponto - a quem caberia julgar o ilícito cometido por um servidor lotado em uma Pasta ao tempo em que estava cedido, exercendo cargo em comissão na outra -, nos termos do inciso XI do art. 4º da Lei Complementar (LC) nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 (conforme se verá em **3.3.6**), aquela Procuradoria provocou a manifestação do titular da Advocacia-Geral da

União (AGU).

Assim, a AGU, em Despacho do Advogado-Geral da União, de 09/05/06, aprovou a Nota Decor/CGU/AGU nº 16/2008-NMS e o Despacho Decor/CGU/AGU nº 10/2008-JD, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 143/2008, firmando entendimento, primeiramente, de que o julgamento (que comporta a decisão de arquivar) e a eventual aplicação da pena são um único ato e, portanto, indissociáveis; e, nesta linha, concluiu que, em razão do princípio da hierarquia e do fato de as repercussões do processo disciplinar se materializarem sobre o cargo efetivo, em caso de servidor que comete infração em órgão para o qual está cedido, a competência de julgar, absolvendo ou aplicando pena, é da autoridade competente para tal no órgão cedente, onde mantém seu cargo efetivo (e independentemente de onde o infrator temporariamente exerça seu cargo ao tempo do processo e do julgamento, ou seja, mesmo que ele ainda esteja em exercício no órgão de destino), na linha também adotada pela doutrina. Uma vez que a manifestação do órgão máximo de assessoramento jurídico do Poder Executivo se deu em consulta do órgão de Consultoria Jurídica do MF, é de se interpretar como vinculante no âmbito desta Pasta e, por conseguinte, na RFB.

*Nota Decor/CGU/AGU nº 16/2008-NMS: “35. Por fim, cabe esclarecer que o julgamento e aplicação da sanção são um único ato, que se materializa com a edição de despacho, portaria ou decreto, proferidos pela autoridade competente, devidamente publicado para os efeitos legais, conforme se deduz do disposto nos artigos 141, 166 e 167 do RJU.”*

*Despacho Decor/CGU/AGU nº 10/2008-JD: “10. De toda sorte, a competência para julgar processo administrativo disciplinar envolvendo servidor cedido a outro órgão ou instituição só pode ser da autoridade a que esse servidor esteja subordinado em razão do cargo efetivo que ocupa, ou seja, da autoridade competente no âmbito do órgão ou instituição cedente.*

*11. Essa competência decorre do princípio da hierarquia que rege a Administração Pública, em razão do qual não se pode admitir que o servidor efetivo, integrante do quadro funcional de um órgão ou instituição, seja julgado por autoridade de outro órgão ou instituição a que esteja apenas temporariamente cedido.*

*12. É fato que o processo administrativo disciplinar é instaurado no âmbito do órgão ou instituição em que tenha sido praticado o ato antijurídico. Entretanto, tão logo concluído o relatório da comissão processante, deve-se encaminhá-lo ao titular do órgão ou instituição cedente para julgamento.”*

*Despacho do Consultor-Geral da União nº 143/2008: “2. Estou de acordo com a NOTA/DECOR/CGU/AGU Nº 016/2008-NMS (...) e com o despacho posterior [Despacho Decor/CGU/AGU Nº 010/2008-JD] que a aprovou, que inclusive, revê posicionamento anterior, no sentido de que cabe ao titular do órgão cedente a competência para julgamento e imposição de penalidade a servidor cedido, cujo cargo efetivo seja vinculado ao órgão cedente.”*

*“Ressalte-se que a competência para julgar processo disciplinar que apurou infrações de servidores que exerçam função comissionada em outro Ministério é da autoridade a que se acham subordinados. Nesses casos, o poder disciplinar da autoridade administrativa se desloca para a alçada das atribuições do chefe da repartição onde são lotados os titulares desses cargos em comissão.*

*Erroneamente tem-se pretendido aplicar a esses casos a Formulação nº 180 do Dasp (...).” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 265, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005.*

Embora, a rigor, o posicionamento da AGU tenha decorrido de caso concreto de cessão, considerando as duas principais bases de argumentação (o princípio da hierarquia e o fato de que as repercussões disciplinares se fazem sentir no cargo efetivo), tem-se que este entendimento, ao expressar que o deslocamento da aplicação da pena (quando é o caso de

responsabilização) faz igualmente deslocar o indissociável julgamento, também se aplica para as outras hipóteses em que o servidor mantém alguma espécie de vínculo jurídico-administrativo de natureza temporária onde por ora desempenha suas atribuições legais e onde comete a ilicitude, tais como quando se encontra em exercício provisório ou quando ocupa cargo em comissão. E, se assim é mesmo em hipóteses de manutenção de vínculo temporário, com maior certeza se afirma que o julgamento e o associado ato de aplicação da pena (quando é o caso de responsabilização) se mantêm na instituição de origem nos casos estritamente similares ao que fora objeto da Formulação Dasp nº 180, ou seja, em que o infrator comete o ilícito em outro órgão público federal no qual não mantenha nenhuma forma de vínculo jurídico-administrativo sequer de natureza temporária (em instituição na qual nem mesmo esteja cedido ou em exercício provisório ou ocupando cargo em comissão), tendo cometido o fato em momento e sob condições em que se encontrava ou por mera liberalidade pessoal ou no máximo por estar cumprindo alguma determinação ou convocação de natureza imediata e pontual de curta duração.

Para o caso concreto de servidores da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB) atuando no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf - que é um órgão colegiado, como segunda instância administrativa recursal em matéria tributária autônomo em relação à RFB e diretamente vinculado ao Ministro de Estado da Fazenda), na função pública de conselheiro representante da Fazenda Nacional, em dedicação integral e exclusiva neste órgão colegiado, ou nele ocupando cargo em comissão ou função de confiança, opera-se a alteração de exercício. Neste caso, a alínea “b” do inciso II do art. 8º do Decreto nº 9.003, de 13 de março de 2017, estabelece que, mediante determinação do Ministro de Estado da Fazenda, a competência instauradora em face destes servidores migra para a Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda (Coger-MF) conforme já aduzido em **2.1.5.**

*Decreto nº 9.003, de 2017 - Art. 8º À Corregedoria-Geral compete:*

*II - instaurar e conduzir, de ofício ou por determinação superior, e decidir pelo arquivamento, em sede de juízo de admissibilidade, de sindicâncias, inclusive patrimoniais, e de processos administrativos disciplinares:*

*b) para apurar atos atribuídos aos titulares dos órgãos e aos conselheiros dos órgãos colegiados do Ministério, por meio de determinação do Ministro de Estado;*

### **3.2.2.2 - Irregularidade Cometida Antes de Remoção ou Outros Deslocamentos, de Nova Investidura, de Inatividade, de Punição com Pena Expulsiva ou de Exoneração**

Da leitura do art. 148 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, conforme já se expôs em **3.1**, extrai-se que o processo disciplinar é o instrumento legal para o esclarecimento de supostas ilicitudes cometidas por servidor, direta ou indiretamente associadas ao exercício de suas atribuições legais. Ou seja, a apuração da responsabilidade administrativa está ligada de forma indissociável ao fato de o infrator exercer um cargo regido por aquele Estatuto à época do cometimento da infração. Em outras palavras, o processo disciplinar, ao mover-se, de ofício, na busca de seu principal objetivo de esclarecer fatos supostamente irregulares de que se tem conhecimento no âmbito da Administração Pública, reporta-se à situação funcional do tempo do cometimento de tais atos.

A menção à situação momentânea do servidor é relevante porque, no aspecto temporal, a sua vida funcional é sujeita a diversas ocorrências - enquanto algumas são realizadas a pedido ou como fruto de sua própria vontade ou iniciativa, outras são resultado de atuação estatal *ex officio* e à margem de sua intenção e de seu interesse. Estas ocorrências, quando tomadas em conjunto, desenham um largo espectro de disparidade de repercussões na relação estatutária (de natureza laboral, pecuniária e previdenciária) regida pela Lei nº 8.112, de 1990, firmada entre o servidor e a Administração. Dito isto, faz-se necessário analisar se

incidentes que possam ocorrer ao longo do tempo na vida funcional - variando desde aqueles que preservam a íntegra dos vínculos estatutários, passando por outros que mantêm parte destes vínculos e até atingir os que os rompem totalmente - repercutem na manifestação da submissão ao regime e ao processo disciplinares e na competência correcional.

Ao asseverar que o processo disciplinar se reporta à situação funcional do tempo do cometimento da suposta infração, antecipa-se, em leitura a *contrario sensu*, que a submissão do agente ao regime disciplinar independe da condição em que se encontra o seu vínculo estatutário com a Administração e da manutenção ou não da sua punibilidade ao tempo e ao fim do processo.

Tendo-se então introduzido, de forma muito superficial, que, como regra, a aplicabilidade do regime e do processo disciplinares se mantêm na marcha temporal a despeito de incidentes que possam ocorrer na vida funcional do agente, convém adentrar nas peculiaridades de como ocorrências de tal natureza operam e se instrumentalizam especificamente no âmbito da estrutura correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

O assunto emerge por ser forçoso reconhecer que, apesar da determinação legal para que se proceda à imediata apuração da suposta ilicitude (no *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990), em geral, resta inevitável algum lapso de tempo entre o recebimento da representação ou denúncia até a efetiva manifestação do juízo de admissibilidade, de instaurar o processo disciplinar ou de arquivar o feito.

Em preliminar, ressalve-se e lembre-se, conforme a regra geral já exposta em **2.5.2**, que, não obstante este lapso temporal, caso, ao se emitir o juízo de admissibilidade, o servidor ainda esteja lotado (ou em exercício, se diferente) na mesma unidade desde o tempo do cometimento do fato supostamente irregular - lotação ou exercício que determinaram o encaminhamento da representação ou da denúncia para o respectivo Escritório de Corregedoria (Escor) -, cabe a esta mesma unidade correcional arquivar o feito ou instaurar o rito disciplinar.

### ***3.2.2.2.1 - Irregularidade Cometida Antes de Remoção, de Alteração de Exercício, de Redistribuição ou de Nova Investidura no Mesmo ou em Novo Cargo***

Inicia-se a análise do reflexo de ocorrências da vida funcional do servidor na sua submissão ao regime e ao processo disciplinares mencionando-se primeiramente incidentes que contemplam (mantendo ou resgatando) a íntegra das vinculações estatutárias que ligam o servidor à Administração, regidas pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em todo seu espectro laboral, pecuniário e previdenciário.

Aqui se incluem, de imediato, ocorrências funcionais que não importam em novo provimento, tais como remoção, alteração de exercício ou redistribuição, nos termos definidos pelos arts. 15, 18, 36 e 37 da Lei nº 8.112, de 1990. Avançando na descrição, mencionam-se ocorrências funcionais de maior impacto, conforme conceitos e comandos legais previstos nos arts. 8º e 24 a 32 da citada Lei, apresentados e reproduzidos em **3.2.4.2.1** e reiterados em **4.10.2**, as cujas leituras se remete, a fim de se poupar desnecessária repetição, sejam no mesmo cargo com novo provimento tais como reversão ou reintegração; sejam com provimento em novo cargo regido pela mesma Lei, tais como nomeação após aprovação em concurso público (no âmbito do mesmo órgão, como é o caso da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB ou para cargo de outro órgão ou entidade federal), ou ainda readaptação, recondução ou aproveitamento decorrentes de uma primeira investidura em outro cargo.

Ao se fazer a leitura conjunta do *caput* do art. 143 e do art. 148, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, à luz dos princípios da legalidade, da busca da verdade material e da indisponibilidade do interesse público, tem-se como cristalina e inequívoca a aplicação do

regime e do processo disciplinares ao servidor que apenas tenha obtido algum deslocamento, seu pessoal ou de seu cargo, após o cometimento da infração. Das três espécies legais de deslocamentos *lato sensu*, a remoção e a alteração de exercício são bastante comuns de ocorrer na RFB e a redistribuição de ou para outro órgão é rara.

E a mesma base legal e principiológica assegura que também se tem claro que deve o servidor responder administrativamente por fato porventura cometido quando no exercício de cargo, ainda que tenha havido novo provimento naquele mesmo cargo ou novo provimento em outro cargo também regido pelo mesmo Estatuto. As duas espécies de novo provimento no mesmo cargo, reversão e reintegração, eventualmente ocorrem na RFB; e, das quatro espécies de novo provimento em outro cargo, a readaptação, a reversão e o aproveitamento são muito raros de ocorrer na RFB e apenas a nomeação após concurso público é comum, podendo ocorrer no mesmo âmbito institucional, por exemplo, de Analista Tributário para Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil - ATRFB e AFRFB.

Nenhum destes incidentes acima, listados a título de exemplos não exaustivos em que se mantém ou se resgata integralmente a relação estatutária, elimina a submissão do servidor ao regime e ao processo disciplinares e muito menos afasta o dever legal de a autoridade competente promover a apuração de fatos supostamente irregulares cometidos no exercício de cargo e que lhe cheguem ao conhecimento.

Ou seja, não se afasta a incidência do regramento disciplinar ainda que o cargo ou que as condições de seu exercício ao tempo do cometimento da conduta infracional sejam diversos do cargo que mais recentemente ocupa ou das condições de seu exercício ao tempo do conhecimento da infração e de sua apuração. Investir no sentido contrário afrontaria toda a base principiológica de que o processo disciplinar move-se na busca da elucidação do fato.

Não se coadunaria com os supracitados princípios imaginar que o simples deslocamento e até mesmo a reinvestidura ou investidura em novo cargo sob égide da Lei nº 8.112, de 1990, poderiam eliminar o poder-dever de apurar e, posteriormente, se for o caso, de punir, criando uma espécie ilegítima de impunidade. Ou seja, a manutenção ou o restabelecimento do integral vínculo estatutário na citada Lei, após o transcurso de determinados incidentes na vida funcional do servidor, não só justificam a apuração como também mantêm possível a aplicação da pena eventualmente cabível, conforme igualmente assevera a doutrina do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU).

*“Não escapa da apuração disciplinar o servidor removido ou redistribuído após a prática da infração. Do mesmo modo, responderá se já estiver ocupando novo cargo. A justificativa é de que remanesce o poder-dever da Administração de apurar os fatos irregulares de que teve conhecimento e, quando cabível, o condenado sofrerá a reprimenda prevista na Lei nº 8.112/90”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 32, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Militam a favor deste entendimento a manifestação do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), por meio da sua Formulação Dasp nº 1, e a doutrina, que não abordaram a hipótese de exoneração que faz romper integralmente o vínculo estatutário mas sim aquela que se exige para posse em outro cargo ainda regido pela Lei nº 8.112, de 1990:

*Formulação Dasp nº 1. Exoneração a pedido  
Não contraria o disposto no art. 231 do Estatuto dos Funcionários a exoneração que não exclua o indiciado do serviço público federal quer porque acumulasse cargos, quer porque a exoneração resulte da posse noutra cargo da mesma esfera.  
(Nota: O art. 231 do antigo Estatuto vedava a exoneração a pedido de acusado, similarmente ao atual art. 172 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.)*

*“Não há, contudo, obstáculo legal a que o acusado, na constância do processo, seja exonerado, a pedido, de um cargo para ocupar outro da mesma esfera de governo, desde que continue vinculado ao mesmo regime disciplinar, ainda que se trate de órgão da Administração indireta.*

*A possibilidade de exoneração a pedido, nesses casos, escuda-se no fato de que, vindo o funcionário a ser punido, a reprimenda resultante poderá alcançar-lhe no novo cargo, que é, sem dúvida, o escopo principal a que visa o art. 172 da Lei nº 8.112/90.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 212 e 213, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

### 3.2.2.2.1.a - Instrumentalidade no Trato de Deslocamentos, Reinvestidura ou Nova Investidura Ocorridos no Âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil na Fase de Admissibilidade

Na sequência, passa-se a analisar os desdobramentos no processamento da fase investigativa quando o servidor, após o cometimento de suposta irregularidade e antes da decisão do juízo de admissibilidade, obtém remoção interna (de qualquer natureza, a pedido ou de ofício) ou tem seu exercício alterado ou é reinvestido no mesmo cargo ou é investido em novo cargo igualmente regido pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no próprio âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

Primeiramente, neste rumo, quando tais incidentes temporais, além de preservarem a íntegra do vínculo estatutário, se dão também com a peculiaridade de a nova unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do servidor ter se mantido na mesma Região Fiscal (RF) de origem, não há repercussão de ordem prática na competência para emitir o juízo de admissibilidade. Neste caso, a decisão de arquivamento do feito ou de instauração do rito disciplinar permanece no próprio Escritório de Corregedoria (Escor) daquela jurisdição, em nada importando se a representação ou a denúncia somente foi formulada após a alteração da unidade de lotação (ou de exercício) do servidor ou se já havia sido apresentada antes e se a unidade correcional já havia iniciado ou não as investigações.

Apenas quando a remoção, a alteração de exercício, a reinvestidura ou a nova investidura alteram a RF de lotação (ou de exercício, se diferente) do servidor também se desloca a identificação da autoridade competente, com o fim de atender ao *caput* do art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, que dispõe que as encadeadas competências para receber e apreciar representação ou denúncia, para emitir o juízo de admissibilidade e para arquivar o feito ou para instaurar o rito disciplinar, como regra geral, vinculam-se à jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do suposto infrator à época de tal decisão e não ao local da ocorrência dos fatos. O pormenorizado e exaustivo disciplinamento de tais hipóteses se encontra nos §§ 2º e 3º do art. 3º Portaria Coger nº 14, de 2014.

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 3º Ressalvado o disposto no artigo seguinte, a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar compete ao Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor) que jurisdicione a unidade de lotação ou exercício do servidor no momento da decisão.*

*§ 2º Ocorrendo remoção ou alteração de exercício do servidor:*

*I - antes de iniciada qualquer análise de denúncia ou representação, o Escor que originalmente recebeu tal documento deve encaminhá-lo ao Escor que jurisdicione a nova unidade de lotação ou exercício do servidor.*

*II - durante a realização de procedimento investigativo já iniciado por Escor, a este caberá a conclusão dos trabalhos investigatórios, com a posterior remessa de todos os documentos produzidos ao Escor que jurisdicione a nova unidade de lotação ou exercício do servidor.*

*III - após a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar ou*

*processo administrativo disciplinar, mas antes da efetiva instauração, caberá ao Chefe do Escor que jurisdicione a nova unidade de lotação ou exercício do servidor emitir o seu juízo de admissibilidade;*

*§ 3º Havendo decisão pelo arquivamento da denúncia ou representação, não caberá reanálise do caso pelo Escor que jurisdicione a nova unidade de lotação ou exercício do servidor, salvo na superveniência de fato novo.*

Assim, se no lapso de tempo entre o cometimento da suposta infração e a emissão da decisão em fase de admissibilidade, o servidor vier a ser lotado na nova unidade em outra RF (ou nela vier a ter exercício, se diferente), em decorrência de remoção, de alteração de exercício, de reintegração, de reinvestidura no mesmo cargo ou de investidura em novo cargo no âmbito da RFB, todas as competências acima listadas migram, aprioristicamente como regra geral, para o Chefe do Escor que, à época da decisão, jurisdiciona a unidade em que o suposto infrator desempenha suas atribuições legais, em respeito ao caráter espacial de privilegiar sua proximidade com o processo disciplinar e com a comissão, se porventura instaurado o feito e designado o trio.

Obviamente, se a suposta infração, cometida ainda na unidade de origem, somente vier a ser objeto de representação ou de denúncia, ainda que dirigida ao Escor da jurisdição de origem, depois de o servidor já estiver lotado (ou tiver exercício, se diferente) na nova unidade em outra RF (ou nela estiver em exercício, se diferente), deve o feito ser encaminhado diretamente para o Escor da jurisdição de destino. Não obstante, maior cuidado exige a análise do caso em que o deslocamento ou a reinvestidura ou a nova investidura em outra RF se dá já após a representação ou a denúncia ter sido apresentada ao Escor da jurisdição de origem, ou seja, se a notícia da irregularidade já foi dirigida ao Escor da jurisdição de origem antes de o servidor estar lotado (ou tiver exercício, se diferente) em nova unidade de outra RF, conforme os incisos I e II do § 2º do art. 3º Portaria Coger nº 14, de 2014. Desdobrando tais possibilidades, caso o Escor da jurisdição de origem não tenha iniciado qualquer análise acerca da representação ou denúncia até o incidente funcional, deve tal peça inicial ser encaminhada ao Escor da nova jurisdição. Todavia, caso o Escor da jurisdição de origem já tenha dado início a qualquer procedimento investigativo antes do incidente funcional, deve esta mesma unidade correcional concluir os trabalhos e, ao final, remeter toda a documentação recebida e coletada ao Escor da nova jurisdição, ao qual caberá a decisão do juízo de admissibilidade. E mesmo se, ao tempo do incidente funcional, o Escor da jurisdição de origem já tiver concluído as análises e pesquisas em fase de admissibilidade, antes da formal decisão de arquivar ou de instaurar o processo ou até após a formal decisão de instaurar mas antes da efetiva instauração, os autos devem ser remetidos ao Escor da nova jurisdição, para a decisão do Chefe de Escor então competente.

Cabe ratificar a necessidade deste repasse dos autos para o Escor da nova jurisdição de lotação (ou de exercício, se diferente) do servidor em outra RF, ao final de todas as análises e pesquisas em fase de admissibilidade ou mesmo quando estas já tenham sido concluídas no Escor da jurisdição de origem, com proposta positiva de instauração do processo disciplinar, ainda para ser apreciada ou até mesmo já acatada pelo respectivo Chefe do Escor, porém sem ter sido efetivamente instaurado o rito disciplinar. Mesmo neste caso, a fase de admissibilidade deve ser trasladada para o Escor da nova jurisdição do servidor, a fim de que o respectivo Chefe reavalie todos os elementos autuados, seja acatando os trabalhos porventura existentes, seja complementando-os, se entender pertinente, promova as suas análises ou ratifique as anteriores e, ao final, forme sua própria convicção e emita a decisão para a qual passou a ser competente, de arquivar o feito ou de instaurar o rito disciplinar. Destaque-se que tal recomendação em nada prejudica o interesse do servidor, visto que, diante de uma proposta ou até mesmo de um acatamento por parte do Chefe do Escor de origem a favor da instauração, a reanálise no Escor de destino somente possibilitará duas hipóteses: ou de alterar para melhor o encaminhamento, procedendo ao arquivamento, ou de manter o encaminhamento que já existia, de instaurar a instância disciplinar, restando impossível decorrer qualquer decisão que agrave contra o servidor em comparação ao cenário anterior.

A rigor, também se deve mencionar a hipótese de, já após o servidor estar lotado (ou em exercício) em unidade de outra RF, terem sido encerradas no Escor da jurisdição de origem todas as investigações em fase de admissibilidade, com proposta de arquivamento mas esta ainda não ter sido apreciada pelo respectivo Chefe. Neste caso, além de, em razão de o lapso temporal entre a proposta e a efetiva decisão costumar ser menor, tal hipótese se demonstrar menos frequente que a de uma proposta de instauração estar aguardando a viabilidade de ser concretizada, é de se somar que, na prática, convém que o Chefe do Escor da jurisdição de origem, diante da notícia de alteração de RF do servidor, aprecie prementemente a proposta e, na presunção de normalidade e de qualidade dos trabalhos, a acate e promova o efetivo arquivamento. O mesmo se aplica para o caso ainda mais excepcional de a decisão pelo arquivamento já ter sido manifestada pelo Chefe do Escor da jurisdição de origem mas os autos ainda se encontrarem nesta unidade correcional, sem o efetivo encaminhamento para o Arquivo Geral. Por fim, obviamente, na hipótese de fase de admissibilidade já definitivamente encerrada no Escor da jurisdição de origem e arquivados os autos, não cabe, acerca dos mesmos fatos constantes da representação ou da denúncia já apreciada - salvo a hipótese de surgimento posterior de novos fatos ou de novas provas - nenhuma iniciativa por parte do Escor da jurisdição de destino com vista a reanalisar o caso e muito menos a reformar aquela decisão, conforme o § 3º do art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 2014.

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 3º*

*§ 3º Havendo decisão pelo arquivamento da denúncia ou representação, não caberá reanálise do caso Escritório de Corregedoria que jurisdicione a nova unidade de lotação ou exercício do servidor, salvo na superveniência de fato novo.*

#### 3.2.2.2.1.b - Instrumentalidade no Trato de Deslocamentos, Reinvestidura ou Nova Investidura Ocorridos no Âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil no Curso do Processo Disciplinar

Prosseguindo nesta sequência, abordam-se as hipóteses - ainda mais residuais - de, já no curso do processo disciplinar instaurado pelo Chefe do Escritório de Corregedoria (Escor) então competente na jurisdição de origem, o servidor obter remoção (seja por provimento judicial, seja com base na autorização excepcionalmente prevista no inciso I do art. 10 da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, ou por qualquer outro motivo) ou ter alteração de exercício ou lograr reinvestidura no mesmo cargo ou investidura em novo cargo igualmente regido pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ainda no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), para ser lotado (ou ter exercício, se diferente) em unidade situada em outra Região Fiscal (RF).

Nestes casos, em que obviamente se preserva a íntegra do vínculo estatutário, ao se ter notícia da entrada em exercício do acusado na outra RF, o inciso IV do § 2º art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 2014, deve o Chefe do Escor da jurisdição de origem provocar o Corregedor, a fim de que este decida se a apuração deve ou não ser transladada para o Escor da jurisdição de destino. Em tese, até se pode cogitar de que, como regra, com o fim de manter a inteligência reinante de facilitar o acesso do acusado aos autos, deve o processo ser transladado para o respectivo Escor da nova jurisdição. Todavia, a apreciação caso a caso se justifica porque, em contrapartida àquele posicionamento apriorístico, pode ocorrer de o inquérito administrativo já estar em fase adiantada a ponto de não se recomendar a migração da competência e dos autos. Operacionalmente, no caso de se justificar a transladação da competência para o Escor da nova jurisdição do acusado, mediante manifestação do Corregedor, pode-se demarcar que deve o Chefe do Escor da jurisdição de origem aguardar o momento de encerramento do prazo da portaria vigente, para, em lugar de prorrogar o prazo ou de designar nova comissão, encaminhar os autos para o Chefe do Escor da jurisdição de destino, que passará, a partir deste momento, a incumbir-se da tramitação processual e de

todas responsabilidades e competências de autoridade instauradora.

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 3º*

*§ 2º Ocorrendo remoção ou alteração de exercício do servidor:*

*IV - após a instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar, o Corregedor poderá, no momento da prorrogação do prazo do apuratório ou da designação de nova comissão disciplinar, determinar a mudança de local de apuração para o Escor que jurisdicione a nova unidade de lotação ou exercício do servidor.*

Quanto ao julgamento em processo disciplinar originado por suposta infração cometida em unidade da RFB por servidor que tenha obtido remoção, alteração de exercício, reinvestidura no mesmo cargo ou investidura em novo cargo ainda dentro do próprio órgão, é de se relembrar, nos moldes já expostos em **3.2.2.1.1** (mencionando o Despacho do Advogado-Geral da União, de 09/05/06, que aprovou a Nota Decor/CGU/AGU nº 16/2008-NMS e o Despacho Decor/CGU/AGU nº 10/2008-JD, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 143/2008), que este ato em si (que comporta a decisão de arquivar) e, se for o caso, a aplicação de pena são inseparáveis e consubstancia o próprio poder punitivo estatal, vinculando-se, como tal, indissociavelmente, à jurisdição hierárquica sobre a unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do acusado ao tempo de sua emissão. Assim, a autoridade julgadora para absolver e também, em princípio, para responsabilizar o acusado (dependendo do alcance da pena) pode ser o Chefe do Escor da jurisdição da sua unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) ao tempo da emissão do julgamento (que, na hipótese de não ter havido mudança de RF, pode coincidir com a mesma autoridade que decidiu pela instauração, em fase de admissibilidade).

Portanto, havendo, no âmbito da própria RFB, mudança na RF da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do servidor, após o cometimento da suposta infração, a decisão em fase de admissibilidade (para arquivar o feito ou para instaurar o processo disciplinar), a instauração em si e o julgamento (seja para absolver, seja para em princípio responsabilizar - dependendo do alcance da pena) competem ao(s) respectivo(s) Chefe(s) do(s) Escor da(s) nova(s) jurisdição(ões) de lotação (ou de exercício, se diferente) do servidor a cada um daqueles momentos processuais (podendo esta competência mudar mais de uma vez, caso haja nova alteração de lotação ou de exercício, seja em fase de admissibilidade, seja até mesmo no curso da apuração contraditória - caso se mostre pertinente, na apreciação do Corregedor, a migração dos autos -, ou ainda ao tempo do julgamento). No que diz respeito exclusivamente ao julgamento, isto somente se justifica nos casos limitados à absolvição ou à aplicação de penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias, da alçada dos Chefes de Escor, uma vez que, independentemente de RF de ocorrência do fato e de jurisdição do acusado, nos casos de julgamentos que comportem aplicação de penas mais graves, como suspensão acima de trinta dias ou expulsivas, a decisão compete exclusivamente ao Ministro de Estado da Fazenda, conforme melhor se detalhará em **4.10.3**.

#### 3.2.2.2.1.c - Instrumentalidade no Trato de Redistribuição ou de Nova Investidura em Outro Órgão ou Entidade Federal

Avançando no desdobramento de hipóteses de aspectos temporais, apresenta-se o último incidente em que ainda se mantém a íntegra do vínculo estatutário estabelecido pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, entre o servidor e a Administração, trazendo à tona a possibilidade de a nova situação funcional do agente extrapolar o âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). Para o caso bastante peculiar de o servidor cometer a suposta irregularidade ao tempo em que era investido em cargo deste órgão e, antes da decisão do juízo de admissibilidade, já se encontrar investido em novo cargo, também regido pela Lei nº 8.112, de 1990 (ou ainda no mesmo cargo, por força de redistribuição, por exemplo, com base no art. 37 da citada Lei), mas em outro órgão ou entidade federal, não se

encontra expressa previsão de processamento no ordenamento interno.

Resgatando a base principiológica apresentada em **3.2.2.2.1** como informadora das soluções juridicamente defensáveis para todas as hipóteses em que as ocorrências funcionais mantêm a íntegra das vinculações estatutárias, bem como as manifestações da doutrina, inclusive do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), e também do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), por meio da sua Formulação Dasp nº 1, assegura-se que o servidor ainda se submete ao regime e ao processo disciplinares mesmo passando a ocupar cargo em outro órgão ou entidade federal - desde que regido pela Lei nº 8.112, de 1990, obviamente - após o cometimento da ilicitude.

E, ainda com base na regra geral principiológica encartada na mencionada Lei - como de outra forma não poderia mesmo ser -, vislumbra-se que a solução para a instrumentalidade do exercício da competência para exarar juízo de admissibilidade e para instaurar o processo disciplinar reside na certeza de que a apuração deve ser promovida pelo órgão de ocorrência do fato. Com amparo sucessivo na doutrina da CGU, é certo que, na hipótese em comento, se o servidor cometer a irregularidade ainda ao tempo e no âmbito espacial de sua lotação na RFB e posteriormente vier a ocupar outro cargo ou o mesmo cargo em outra instituição federal regida pela Lei nº 8.112, de 1990, a competência instauradora recai sobre o sistema correccional daquele órgão de origem, restando apenas indicar sobre qual Escritório de Corregedoria (Escor).

*“Nas hipóteses acima suscitadas, em que se tem a manutenção do vínculo estatutário, a competência para instauração será da autoridade da unidade de lotação do servidor à época da infração, independentemente da data da ciência da irregularidade pela administração. A regra é aplicável ao caso de investidura em outro cargo público federal, no mesmo ou em distinto órgão.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 32, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

A melhor interpretação para, ao mesmo tempo, reconhecer que o regramento específico da RFB (que, ao associar a competência correccional à estrutura especializada da atual jurisdição do representado ou denunciado, a afasta do local de ocorrência do fato) não teria o condão de impor deveres a órgão estranho e manter atendida a sistemática interna de propiciar ao acusado a facilidade de acesso aos autos, na estrita peculiaridade desta hipótese, em que não faria sentido em se perquirir qual a unidade de lotação (ou de exercício) ao tempo da emissão do juízo de admissibilidade, indica que a competência para apreciar a representação ou a denúncia e para arquivar o feito ou para instaurar o processo disciplinar deve recair sobre o Chefe do Escor da jurisdição da localidade onde o servidor exerce suas novas atribuições legais ao tempo daquela decisão.

Sendo assim, uma vez que a regra geral no ordenamento interno dissocia a competência correccional do local de ocorrência da suposta ilicitude e busca contemplar a proximidade entre o acusado e o processo e a comissão, analogamente ao que se aduziu acerca da competência para o caso de servidor do quadro da RFB que logra obter nova unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) em decorrência de remoção interna ou de alteração de exercício ou de reinvestidura ou de investidura em novo cargo ainda no âmbito do órgão, também para o então ocupante de outro cargo regido pela Lei nº 8.112, de 1990 (ou ainda do mesmo cargo, se redistribuído), em outro órgão ou entidade federal, eventuais mudanças na localidade em que passa a exercer as novas atribuições legais igualmente permitem inferir que se altere a jurisdição, em atenção ao instituto do domicílio necessário do servidor, conforme o art. 76 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC).

Se um servidor comete uma suposta irregularidade ao tempo em que era lotado (ou tinha exercício, se diferente) em uma unidade de determinada Região Fiscal (RF) da RFB e

vem a ser objeto de representação ou denúncia, antes ou depois de sua investidura no cargo do outro órgão ou entidade federal em localidade situada na mesma jurisdição, a competência correccional permanece inalteradamente com o mesmo Chefe do respectivo Escor. Todavia, caso a investidura no cargo da outra instituição (ou caso a redistribuição de seu cargo para outra instituição) tenha levado o agente a exercer suas atribuições legais em localidade situada em diferente RF, a coerência sistemática do ordenamento interno aponta para que a notícia e a apreciação daquela notícia de suposta irregularidade, se ainda não tiverem sido feitas até a nova investidura (ou até a redistribuição), seja dirigida para o Escor da jurisdição deste novo local de exercício do cargo e seja apreciada pelo respectivo Chefe, ou, caso a notícia tenha sido apresentada ao Chefe do Escor da jurisdição de origem antes da nova investidura (ou antes da redistribuição), para que seja transladada, no estado em que se encontrarem as investigações eventualmente já em curso, para aquela mesma autoridade da jurisdição de destino. No mesmo rumo, se a mudança de localidade e de jurisdição de exercício do novo cargo (ou do mesmo cargo) no outro órgão ou entidade, situada em diferente RF se dá já após encerradas as investigações mas antes da decisão do juízo de admissibilidade ou antes da efetiva instauração do processo disciplinar, as competências de natureza correccional para arquivar o feito ou para instaurar o rito disciplinar devem ser migradas para o Chefe do Escor da jurisdição de destino.

Ainda em linha de analogia, caso o servidor seja investido em cargo de outro órgão ou entidade federal (ou tenha seu cargo redistribuído) já após a instauração de processo disciplinar em decorrência de ilicitude cometida no exercício de cargo no âmbito da RFB e venha a ter exercício, neste novo cargo (ou no mesmo cargo), em localidade situada em diferente RF, deve o Chefe do Escor da jurisdição de origem consultar o Corregedor acerca da plausibilidade ou não de a apuração em curso ser transladada para o Escor da jurisdição de destino.

De toda forma, tendo sido a irregularidade cometida ao tempo em que o servidor ocupava cargo no âmbito da RFB, independentemente de eventual migração da competência e das apurações de um Escor para outro, é certo que o inquérito administrativo transcorre neste sistema correccional, cabendo apenas, ao final, remessa dos autos para julgamento no outro órgão de atual lotação do servidor.

Neste caso, o julgamento (que comporta a decisão de arquivar) e a aplicação de pena, seja qual for, devem ser transferidos para esta segunda instituição ou para a autoridade competente a ela vinculada. Este entendimento foi ratificado pela Advocacia-Geral da União (AGU), quando o Advogado-Geral da União, por meio do Aviso-AGU nº 331, de 14/10/10, aprovou o Parecer MP/CGU/AGU nº 1/2010, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 73/2010. Embora aquele caso concreto se referisse especificamente a esclarecimento de competência ministerial para aplicar pena de demissão, a peça se aproveita de forma genérica para sustentar a tese de que a competência para julgar (em que se insere, quando é o caso, indissociavelmente, a aplicação da pena cabível) atrela-se ao poder hierárquico à época do julgamento. Como regra geral, a competência para julgar recai sobre a autoridade julgadora a que o servidor se encontra subordinado no momento do julgamento e não sobre a autoridade julgadora a que estava subordinado à época dos fatos e o mesmo primado se aplica quando o servidor ocupa outro cargo, de outro órgão federal, mas também regulado pela Lei nº 8.112, de 1990. No caso concreto analisado pela AGU, discutia-se a competência julgadora sobre servidor que cometera ilícito demissivo quando integrava os quadros de autarquia do Ministério da Fazenda (MF) e que, ao tempo do julgamento, já se encontrava lotado em autarquia do Ministério das Minas e Energia (MME)

*Parecer MP/CGU/AGU nº 1/2010: “9. A quem compete julgar o PAD - É certo que, nos casos de demissão do servidor, que constitui a proposta constante do relatório, a competência é sempre do Presidente da República (art. 141, I). Contudo, o Senhor Presidente da República a delegou aos seus Ministros (Decreto n. 3.035, de 27.04.1999), para, ‘no âmbito dos órgãos da*

*Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional que lhes são subordinados ou vinculados’ (art. 1º), ‘julgar processos administrativos disciplinares e aplicar penalidades, nas hipóteses de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidores’ (art. 1º, I).*

*10. Então, se o processo devesse ser a ele remetido, nenhuma dificuldade quanto à competência surgiria. A dificuldade nasceu da delegação cometida a seus Ministros, para que agissem ‘no âmbito dos órgãos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional que lhes são subordinados ou vinculados’. Em sendo assim, parece-me que, se o servidor tivesse permanecido na CVM [Comissão de Valores Mobiliários], não haveria dúvida de que o Ministro competente, em razão da delegação, seria o Ministro da Fazenda. Tendo, porém, o servidor assumido cargo na Agência Nacional do Petróleo, não pode o Ministro da Fazenda julgar o processo, sob pena de transpor os lindes da delegação que lhe foi outorgada e que está limitada aos órgãos que lhe são subordinados.*

*11. Em assim sendo, o Ministro competente para agir em nome do Presidente é o Senhor Ministro de Minas e Energia, já que o servidor que responde ao processo não tem mais nenhuma vinculação com o cargo que anteriormente ocupava, e que, hoje, é servidor efetivo da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, autarquia vinculada ao Ministério das Minas e Energia.”*

Cabe aqui abordar o caso específico de um servidor originalmente lotado em unidade de RFB e que venha a ocupar outro cargo ou que venha a ser redistribuído no mesmo cargo para outro órgão ou entidade ainda no âmbito do MF. Com a edição do Decreto nº 8.029, de 20 de junho de 2013, que criou a Corregedoria-Geral do MF (Coger-MF) e reservou a esta unidade toda competência correcional no âmbito da Pasta fora a RFB, restam apenas duas autoridades competentes para matéria correcional, desde instaurar até julgar processos disciplinares, quais sejam, o Corregedor-Geral do MF e o Corregedor. Na hipótese aventada, de nova investidura ou de redistribuição de faltoso ao tempo na RFB para outra instituição no âmbito do MF, sendo certo que nenhum outro órgão fazendário dispõe de sistema correcional próprio, a competência julgadora migra para o Corregedor-Geral do MF.

#### ***3.2.2.2.2 - Irregularidade Cometida Antes da Aposentadoria ou Disponibilidade ou de Punição com Pena Expulsiva ou de Exoneração***

Por fim, encerrando a análise de aspectos temporais com as hipóteses em que o incidente possui o condão de não mais preservar a íntegra do vínculo estatutário do agente com a Administração, estabelecido pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, rompendo-o em parte ou integralmente, é de se ratificar que cabe a aplicação do regime e do processo disciplinares a servidor inativo ou a ex-servidor, por ato ilícito cometido quando, na ativa, exercia o cargo, independentemente se, à época da apuração, ele já estiver na inatividade por aposentadoria ou por disponibilidade ou tiver sofrido pena capital (demissão, cassação de aposentadoria ou de disponibilidade ou destituição de cargo em comissão) em outro processo administrativo disciplinar (PAD) ou tiver sido exonerado (a pedido ou de ofício).

Antes, porém, indispensável se faz abrir um parêntese para enfrentar a questão da terminologia empregada pela Lei nº 8.112, de 1990, acerca daqueles específicos e incomuns agentes a figurarem no polo passivo da relação processual aqui em comento, a saber, os gêneros dos inativos e dos ex-servidores.

#### **3.2.2.2.2.a - Conceituações de Servidor Ativo, Servidor Inativo Aposentado ou em Disponibilidade e de Ex-Servidor Expulso ou Exonerado**

A necessidade de se buscarem previamente as conceituações de servidor em atividade e em inatividade e de ex-servidor e a dificuldade de fazê-lo advêm do fato de que, como em

tantos outros temas, o legislador ordinário não primou pela precisão redacional, aplicando os termos em comendo sem dar-lhes uma clara definição legal. Isto exige do aplicador do Direito um trabalho de interpretação sistemática dos dispositivos legais, destacadamente daqueles comandos dispersos no *caput* e no § 4º do art. 25, no art. 30, no art. 34, no § 3º do art. 37, no *caput* do art. 47, no § 1º do art. 103, no art. 134, no *caput* do art. 137, no parágrafo único do art. 189, no art. 190, no art. 194 e no *caput* do art. 230, todos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Como de outra forma não poderia ser, para se comentar duas condições subjetivas específicas e incomuns, de inativo e de ex-servidor, torna-se didático iniciar a abordagem pela extremidade oposta do tema, qual seja, pela regra geral do agente submetido à Lei nº 8.112, de 1990, que é o servidor ativo, buscando-se então contrapor a lista de comandos acima destacados a todos os demais dispositivos da Lei em que se faz menção genérica apenas a “servidor”.

Na acepção didática que aqui se quer dar - a ser complementada com a recomendada leitura de **3.2.4.2**, onde o termo é retomado já sob outro enfoque e para outro fim -, tem-se por ora que o conceito de “servidor”, cabível na expressão “agente público”, compreendido como aquele investido em cargo público regido pela Lei nº 8.112, de 1990, abarca um gênero que se desdobra em duas espécies, a saber, servidor ativo e servidor inativo. Embora se possa causar um leigo e imediato estranhamento com a segunda espécie, ratifique-se que, juridicamente, existe sim a expressão “servidor inativo”, já que o *caput* do art. 230 daquela Lei expressa tal divisão, ao mencionar “(...) *servidor, ativo ou inativo, (...)*”. E, antecipando o que se exporá naquele mencionado tópico, uma vez que a citada Lei contempla cargos públicos de provimento efetivo e de provimento em comissão, pertine expor desde já que a qualidade de servidor ativo se aplica a ocupante tanto de cargo de provimento efetivo quanto de cargo de provimento em comissão, enquanto a qualidade de servidor inativo aplica-se apenas a quem ocupou cargo de provimento efetivo, não havendo que se cogitar de inatividade decorrente de provimento comissionado.

Daí, desdobre-se que o servidor ativo concentra o foco de interesse e de incidência da Lei nº 8.112, de 1990, como o elemento subjetivo da imensa maioria dos seus dispositivos, e significa o servidor em plena atividade, exercendo as atribuições do seu cargo, sob a sujeição da integralidade dos vínculos estatutários que ligam o agente público à Administração, quais sejam, de sua relação de trabalho recompensado com a prestação estatal remuneratória e com o plano de seguridade social (vínculos estatutários laboral, pecuniário e previdenciário).

Embora, a rigor, o gênero “servidor” se desdobre em ativo e em inativo, percebe-se claramente da leitura sistemática de toda a Lei nº 8.112, de 1990, que o texto legal toma a espécie “ativo” como padrão, como *défault* qualificador segundo o qual se deve subentender o termo “servidor” a síntese da expressão “servidor ativo”, não repetida apenas por economia de forma, já que o conteúdo concreto da maioria dos comandos deixa claro se reportar a quem está em plena atividade. Em outras palavras, mais do que condensar a imensa maioria das menções legais, a espécie “ativo” é subentendida no silêncio do termo positivado genericamente apenas como “servidor”. No sentido oposto, quando se faz necessário, o legislador deixa claro no texto que se reporta apenas ou também ao servidor inativo.

Nas inúmeras vezes em que a Lei nº 8.112, de 1990, menciona apenas “servidor”, pela leitura do contexto, percebe-se sempre que ali se menciona o servidor na atividade, estando expressas na Lei as menções também ou apenas ao inativo. Exemplos bastante elucidativos do que se expõe acima coletam-se com as leituras do parágrafo único do art. 157 e do inciso I do art. 173, ambos daquela Lei. Onde se diz que “*Se a testemunha for servidor público, a expedição do mandado [para testemunhar] será imediatamente comunicada ao chefe da repartição onde serve (...)*” e que “*Serão assegurados transporte e diárias: ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado*”, claramente se emprega o termo genérico “servidor” no

sentido restrito de ativo, pois, do contrário, não faria sentido mencionar seu “chefe da repartição” e a “sede da repartição”.

De outro lado, contraponha-se que o servidor inativo, apenas eventual e expressamente mencionado no texto da Lei nº 8.112, de 1990, ainda preserva parte do vínculo estatutário, pois se, sob condição da inatividade, não mais mantém a relação laboral, ainda se liga à Administração pelos vínculos pecuniário e previdenciário. Por sua vez, o servidor inativo se subdivide em duas subespécies, quais seja, o aposentado e o posto em disponibilidade, em que as respectivas relações de inatividade se diferenciam por uma ser *a priori* definitiva e a outra ser desde sempre temporária.

O servidor inativo aposentado aufere, sob diferentes condicionantes jurídicas (voluntária ou compulsoriamente, por decurso de período contributivo ou por acometimento de moléstia invalidante ou por atingimento de idade máxima), o direito à inatividade remunerada por intermédio do provento de aposentadoria. E esta condição, *a priori*, a menos de eventual reversão para a atividade, é definitiva.

Neste sentido, o *caput* do art. 25 e os arts. 190 e 194 positivam literalmente a expressão “(...) *servidor aposentado* (...)”, o § 4º do art. 25 e o *caput* do art. 47 relacionam “(...) *servidor* (...)” com “(...) *proventos de aposentadoria* (...)” e com “(...) *aposentadoria cassada* (...)” e o § 1º do art. 103 expressa “(...) *servidor esteve aposentado* (...)”, dando a certeza jurídica de que aposentado é sim subespécie de servidor; de outro lado, o art. 134 expressa “(...) *aposentadoria do inativo* (...)” e o parágrafo único do art. 189, ao tratar de aposentadoria, menciona “(...) *inativos* (...)” em contraponto a “(...) *servidores em atividade* (...)”, deixando não menos certo que aposentado é espécie de inativo, restando avalizada então a expressão completa “servidor inativo aposentado”.

E, desde que seja estável, o servidor inativo em disponibilidade é compulsoriamente colocado em tal condição, em decorrência da extinção do seu cargo (por vontade de lei) ou em decorrência da declaração de desnecessidade do seu cargo (mediante ato administrativo sob critérios discricionários motivados de oportunidade e conveniência, que *a priori* seria decreto presidencial, mas que resta delegado para a respectiva alçada dos Ministros de Estado) e, em respeito à sua estabilidade, permanece em inatividade remunerada, em valor proporcional a seu tempo de serviço (com natureza de provento), até que seja aproveitado em outro cargo de atribuições compatíveis com seu cargo original. Esta condição, portanto, diferente da aposentadoria, é desde sempre transitória, pois a lei espera que a servidor seja o quanto antes aproveitado em outro cargo de atribuições compatíveis.

Neste sentido, o art. 30 positiva literalmente a expressão “(...) *servidor em disponibilidade* (...)” e o § 3º do art. 37 e o *caput* do art. 47 relacionam “(...) *servidor estável* (...)” com “(...) *será colocado em disponibilidade* (...)” e “(...) *servidor* (...)” com “(...) *disponibilidade cassada* (...)”, dando a certeza jurídica de que o agente em disponibilidade é sim subespécie de servidor (estável); de outro lado, o art. 30 relaciona “(...) *retorno à atividade* (...)” com “(...) *servidor em disponibilidade* (...)” e o art. 134 expressa “(...) *disponibilidade do inativo* (...)”, deixando não menos certo que o agente em disponibilidade é espécie de inativo, restando avalizada a expressão completa “servidor (estável) inativo em disponibilidade”.

Os conceitos materiais de aposentadoria e de disponibilidade e a reprodução dos respectivos comandos legais, que foram apenas mencionados nos parágrafos acima, estão detalhados em **4.10.2.5**, a cuja leitura se remete, para evitar desnecessária repetição.

Complementando o espectro aqui desejado, no outro extremo, mencione-se o gênero “ex-servidor”, cabível na expressão “ex-agente público”, e a rigor empregada de forma expressa em apenas uma única passagem da Lei nº 8.112, de 1990, já que, desde o rompimento do vínculo laboral por sanção punitiva ou por ato *ex officio* ou de gestão de pessoas ou ainda a pedido do próprio (desde que não seja para posse em outro cargo

inacumulável regido pela mesma Lei), quebram-se também os vínculos pecuniário e previdenciário, não se guardando mais nenhuma relação estatutária com a Administração a merecer disciplinamento legal. Por sua vez, o ex-servidor também se subdivide em duas espécies, em que as formas de desvinculação com o serviço público se diferem entre possuírem ou não natureza punitiva.

A primeira forma a se mencionar de total rompimento do vínculo estatutário se dá em decorrência da compulsória aplicação do processo disciplinar, ao final do qual se decide pela imposição de pena expulsiva ao agente, pena esta que pode ser de demissão para o servidor ativo detentor de cargo efetivo, de cassação de aposentadoria ou de disponibilidade para o servidor inativo detentor de cargo efetivo e de destituição do cargo em comissão para o servidor comissionado. Assim, os infratores punidos com as três penas expulsivas previstas nos arts. 132, 134 e 135 da Lei nº 8.112, de 1990, formam a primeira espécie de ex-servidor.

Neste sentido, a única menção expressa que a Lei nº 8.112, de 1990, dedica à parte destes agentes limita-se ao *caput* do art. 134, que comanda que “(...) a demissão, ou a destituição de cargo em comissão (...) incompatibiliza o ex-servidor (...)”. Mesmo sem mencionar o agente que teve a aposentadoria ou a disponibilidade cassada, constrói-se facilmente a interpretação que todos os agentes punidos com penas expulsivas são espécies de ex-servidor.

Ressalve-se que o agente que teve a aposentadoria ou a disponibilidade cassada poderia ser denominado de “ex-inativo”. Além de a Lei nº 8.112, de 1990, não empregar este termo em nenhum de seus dispositivos, não é juridicamente errado incluir este apenas no gênero “ex-servidor”, pois é certo que o inativo aposentado e o inativo em disponibilidade eram servidores.

Os conceitos materiais das penas de demissão, de cassação de aposentadoria ou disponibilidade e de destituição de cargo em comissão e a reprodução dos respectivos comandos legais, que foram apenas mencionados no parágrafo acima, estão detalhados em **4.10.2.5**, a cuja leitura se remete, para evitar desnecessária repetição.

Complementa-se a leitura deste tema em **4.10.2**, onde se apresentará a relação de penas cabíveis a cada espécie de aqui definida de elemento subjetivo (servidor ativo com desdobramentos das diversas espécies já mencionadas em **3.2.4.2.1** de seu provimento, servidor inativo aposentado, servidor inativo em disponibilidade e ex-servidor).

E a segunda forma de total rompimento daquele vínculo estatutário se dá por meio do instituto da exoneração, que pode se dar a pedido ou de ofício, conforme as previsões dos arts. 34 e 35 da Lei nº 8.112, de 1990 (ainda há duas outras previsões constitucionais de exoneração de ofício, uma de acordo com o inciso III do § 1º do art. 41, em conjunto com o *caput* e com o parágrafo único do art. 247, e outra de acordo com o inciso II do § 3º do art. 169, todos da Constituição Federal - CF, e com a redação dada pela Emenda Constitucional - EC nº 19, de 4 de junho de 1998), e que não possui natureza punitiva mas sim se inclui como ato de livre arbítrio do agente ou como ato da competência da gestão de pessoas.

Reconheça-se que, a rigor, não há na Lei nº 8.112, de 1990, menção expressa a exonerado que o relacione com a condição de ex-servidor, mas é perfeitamente compreensível da inteligência sistemática da Lei que todas as hipóteses de exoneração de ofício e as hipóteses de exoneração a pedido que não decorram de posse em outro cargo inacumulável também regido pela mesma Lei rompem todas as espécies de vínculo estatutário do agente com a Administração de forma que exonerado é uma espécie de ex-servidor. Por óbvio, a exoneração de que aqui se trata não se confunde com a exoneração para posse em outro cargo inacumulável regido pela Lei nº 8.112, de 1990 e mencionada em **3.2.2.2.1** e na manifestação do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp) exarada em sua Formulação Dasp nº 1.

Os conceitos materiais das diferentes espécies de exoneração e a reprodução dos

respectivos comandos constitucionais e legais, que foram apenas mencionados no parágrafo acima, estão detalhados em **4.10.2.6**, a cuja leitura se remete, para evitar desnecessária repetição.

Apresentada a diferença fundamental de que inativo ainda mantém algum grau de vínculo estatutário (pecuniário e previdenciário) enquanto ex-servidor em nada mais se vincula com a Lei nº 8.112, de 1990, e destacado que inativo não é o mesmo que ex-servidor e que os dois conceitos não guardam nenhuma relação (nem de sinônimo e nem de espécie e de gênero), ressalte-se o que lhes resta de traço comum. Mesmo já na condição de inativo ou de ex-servidor, ambos agentes ainda podem se sujeitar ao regime e ao processo disciplinares em virtude fato presumida e precipuamente grave, ensejador de pena expulsiva, cometido ao tempo da atividade (sendo certo que, para a espécie de ex-servidor já expulso, se cogitará de um segundo PAD).

À vista então do exposto acima, apenas com o fim de firmar convenções terminológicas, cabe empregar as expressões “servidor ativo”, “servidor inativo”, “servidor em disponibilidade”, “servidor aposentado” ou “servidor inativo em disponibilidade” e “servidor inativo aposentado” ou similares trocando “servidor” por “agente público” ou ainda pelo nome do cargo, bem como também cabem apenas os termos “inativo” e “aposentado”, como em geral se empregarão no curso deste texto. Igualmente, cabe empregar as expressões “ex-servidor demitido”, “ex-servidor que teve sua aposentadoria cassada”, “ex-servidor que teve sua disponibilidade cassada”, “ex-servidor destituído do cargo em comissão” e “ex-servidor exonerado” ou similares trocando “ex-servidor” por “ex-agente público” ou ainda pelo nome do cargo antecedido do prefixo “ex”, bem como também cabem apenas os termos “demitido”, “destituído” e “exonerado”.

As construções apresentadas acima podem ser sintetizadas da forma:

- Servidor: agente investido em cargo público e é regido pela Lei:
  - Ativo (ou na atividade): é a regra geral das disposições da Lei, na plenitude dos vínculos estatutários (laboral, pecuniário e previdenciário);
  - Inativo (ou na inatividade): eventualmente mencionado na Lei, com vínculos estatutários parciais (sem o vínculo laboral, mantidos apenas os vínculos pecuniário e previdenciário):
    - Aposentado: inatividade *a priori* definitiva;
    - Em disponibilidade: inatividade desde sempre temporária;
- Ex-servidor: com apenas uma menção na Lei, sem nenhum vínculo estatutário desde a expulsão punitiva ou a saída por decisão pessoal ou gerencial:
  - Punido com pena de demissão, de cassação de aposentadoria ou disponibilidade ou de destituição de cargo em comissão;
  - Exonerado, a pedido ou de ofício.

#### [3.2.2.2.2.b - Irregularidade Cometida Antes da Inatividade por Aposentadoria ou por Disponibilidade](#)

Fechado o parêntese conceitual, retoma-se a questão da apreciação da manutenção da submissão ao regime e ao processo disciplinares para agentes mais específicos e incomuns, tais como, primeiramente, os servidores inativos, até a situação mais extrema, em que se abarcarão os ex-servidores.

No caso de servidor inativo aposentado ou posto em disponibilidade, a aplicabilidade do regime e do processo disciplinares é óbvia e não requer maiores esforços de compreensão e de aceitação, por inequívoca legalidade, vez que a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990,

em seu art. 134, de forma cristalina, prevê as penas de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, para as mesmas infrações com que se puniria o servidor ativo com pena de demissão, conforme se descreverá em **4.10.2.5**.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.*

Assim, é certo que, por um lado, o fato de o autor de ato irregular enquadrável na Lei nº 8.112, de 1990, já não mais manter a íntegra de suas vinculações estatutárias (por não mais estar na atividade, não se fala em vínculo laboral, preservando-se apenas os vínculos pecuniário e previdenciário) ao tempo de ser processado não tem o condão de afastar o poder-dever estatal de apurar. Mas, por outro lado, tal leitura, por demasiado literal da normatização, há de requerer certa flexibilização, pois, como desde sempre é sabido, a instauração da instância disciplinar é de ser entendida sob postura razoável e residual, de bom senso, economicidade e eficiência, com o quê resta defensável que tais específicas persecuções disciplinares somente se justificam à vista de notícia de fato grave, não soando razoável instaurar processo disciplinar para apurar infração de leve ou mediana gravidade sabidamente punível com pena de advertência ou de suspensão em face de inativo, contra quem não há previsão legal sequer para converter pena de suspensão em multa sobre provento de aposentadoria ou sobre remuneração da disponibilidade, conforme se abordará em **4.10.2**.

Superada esta análise pragmática de relevância, uma vez que, para as duas espécies de inatividade (aposentadoria e disponibilidade), são legalmente aplicáveis o regime e o processo disciplinares no âmbito do sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e como a regra geral do ordenamento interno dissocia a competência instauradora do local de ocorrência da suposta ilicitude, para se esclarecer sobre que autoridade recai a competência correcional em tais casos, deve-se buscar solução que se harmonize com a inteligência de que o ordenamento vigente busca propiciar proximidade entre o servidor e as instâncias investigativa e disciplinar.

Neste rumo, para os casos acima, de excepcional persecução disciplinar mesmo com o servidor já na inatividade, não fazendo sentido se perquirir qual a unidade de lotação (ou de exercício) e, conseqüentemente, qual o seu domicílio necessário ao tempo da emissão do juízo de admissibilidade, da instauração e ao final do processo disciplinar, a interpretação que se mostra mais razoável é presumir que, em geral, o inativo permanecerá na mesma localidade em que se operaram a vacância do cargo por aposentadoria (espécie prevista no inciso VII do art. 33 da Lei nº 8.112, de 1990) ou a pouco comum disponibilidade e se eleger que a competência para decidir pelo arquivamento do feito ou para instaurar o rito apuratório e, no que couber, para proceder ao julgamento cabe ao respectivo Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor) da jurisdição da última unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do agente.

Assim se um servidor comete uma suposta irregularidade ao tempo em que se encontrava em atividade no âmbito da RFB e vem a ser objeto de representação ou denúncia já após a ter auferido aposentadoria ou ter sido posto em disponibilidade, *a priori*, a competência correcional recai sobre o Chefe do respectivo Escor da jurisdição da sua última unidade de lotação (ou de exercício, se diferente), por se presumir que, em regra geral, manterá seu domicílio na mesma localidade. E mesmo se, já em fase de admissibilidade, o inativo esteja domiciliado em localidade de outra jurisdição, de diferente Região Fiscal (RF), na ausência de regramento expresso e específico e não cabendo submeter a Administração a eventuais decisões de mero foro pessoal daquele que já não mais tem sua permanência em uma localidade determinada pelo exercício de suas atribuições legais, deve se manter a competência correcional na alçada do Chefe do Escor da jurisdição da sua última unidade de lotação (ou de exercício, se diferente).

Na mesma toada, se a mudança de domicílio, para localidade situada em diferente RF,

se dá já após encerradas as investigações mas antes da decisão do juízo de admissibilidade ou antes da efetiva instauração do processo disciplinar, as competências de natureza correcional para arquivar o feito ou para instaurar o rito disciplinar devem ser mantidas na alçada do mesmo Chefe do Escor da jurisdição da sua última unidade de lotação (ou de exercício, se diferente).

Ainda em linha de analogia, caso o inativo altere seu domicílio para localidade situada em diferente RF já no curso do inquérito administrativo, as competências de natureza correcional devem ser mantidas na jurisdição onde o processo disciplinar foi instaurado, sequer se cogitando de o Chefe de Escor que instaurou o rito disciplinar provocar o Corregedor acerca da pertinência de a apuração migrar para o Escor da jurisdição da localidade de destino. Tampouco se cogita de se migrarem as competências associadas a julgamento - a menos, por óbvio, de julgamento que extrapole a competência daquela autoridade, conforme se aduzirá em **4.10.3**.

Feitas estas apreciações para as hipóteses de manutenção parcial do vínculo estatutário por meio da inatividade e sendo sabido que as responsabilizações de servidor inativo aposentado ou posto em disponibilidade possuem expressa e inequívoca previsão legal, cabem abordagens mais detalhadas e mais específicas para os casos em que o processamento disciplinar e suas repercussões requerem maior esforço hermenêutico, quais sejam, de ex-servidor punido com pena expulsiva ou exonerado.

#### 3.2.2.2.2.c - Irregularidade Cometida Antes de Aplicação de Pena Expulsiva em Outro Processo

No caso incomum de se ter conhecimento do cometimento de outra ilicitude disciplinar por ex-servidor já punido em processo administrativo disciplinar (PAD) anterior com pena expulsiva, sem se confundir com a pacificada independência das instâncias (em que um só ato pode repercutir administrativa, civil e penalmente e aqui está se falando de uma possível segunda apenação disciplinar) e nem com a vedação do *bis in idem* (em que o servidor seria indevidamente processado novamente, na mesma instância, pelo mesmo ilícito já objeto de apuração precedente e aqui se trata de outro ilícito), ao se fazer a leitura conjunta do *caput* do art. 143 e do art. 148, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, à luz dos princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público, da oficialidade e da verdade material, é de se ratificar que este agente pode responder administrativamente por aquele outro fato cometido ainda quando se encontrava no exercício do cargo ou que tenha relação com as atribuições públicas.

A citada base principiológica informa que eventual não execução da segunda pena sobre ex-servidor já punido com alguma das sanções expulsivas (demissão, cassação de aposentadoria ou de disponibilidade ou destituição de cargo em comissão) não afasta de imediato o dever legal de a autoridade competente promover a apuração de fatos supostamente irregulares que lhe cheguem ao conhecimento.

Em acréscimo, a Advocacia-Geral da União (AGU) já se manifestou, por meio do seu Parecer AGU nº GM-1, que nem mesmo a desvinculação do infrator com o serviço público federal, com força de quebrar totalmente o vínculo funcional, ocorrida após o cometimento da nova infração em apreço, obsta o poder de apuração de supostas irregularidades cometidas quando o ex-servidor encontrava-se legalmente investido no cargo regido pela Lei nº 8.112, de 1990. E a jurisprudência segue em consonância com a manifestação administrativa.

*Parecer AGU nº GM-1: “Ementa: Não é impeditivo da apuração de irregularidade verificada na administração federal e de sua autoria o fato de os principais envolvidos terem se desvinculado do serviço público, anteriormente à instauração do processo disciplinar. (...)*

*9. Impõe-se a apuração se o ilícito ocorre ‘no serviço público’, poder-dever de*

*que a autoridade administrativa não pode esquivar-se sob a alegação de que os possíveis autores não mais se encontram investidos nos cargos em razão dos quais perpetraram as infrações (...).*

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

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

*STJ, Mandado de Segurança nº 9.497: “Ementa: Mandado de segurança. Administrativo. Ministro dos Transportes. Ex-servidores do DNER. Procedimento administrativo. Apuração das irregularidades possivelmente cometidas quando no exercício das respectivas funções. Possibilidade. Ausência do alegado direito líquido e certo. Não se vislumbra o alegado direito líquido e certo, considerando que a Administração está, no exercício de seu direito, apurando as possíveis irregularidades dos impetrantes, quando no exercício de suas funções. Ordem denegada.”*

Ademais, este entendimento, abarcando a possibilidade - o que não necessariamente se confunde com obrigação - de persecução disciplinar para a hipótese de rompimento integral da relação estatutária, foi definitivamente pacificado ao ser objeto de manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 2, de 4 de maio de 2011, em consonância com manifestação doutrinária da própria CGU.

*Enunciado CGU/CCC nº 2, de 2011: “Ex-servidor. Apuração. A aposentadoria, a demissão, a exoneração de cargo efetivo ou em comissão e a destituição do cargo em comissão não obstem a instauração de procedimento disciplinar visando à apuração de irregularidade verificada quando do exercício da função ou cargo público.”*

*Assim sendo, a aposentadoria ou a aplicação de penas capitais decorrentes de outro processo administrativo disciplinar, não impedem a apuração de irregularidade praticada quando o ex-servidor encontrava-se legalmente investido em cargo público.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 35, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

O tema também foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/3.

*Nota Técnica Coger nº 2005/3: “6. Por outro lado, a interpretação conjunta dos arts. 143 e 148 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, à luz dos princípios da legalidade, da finalidade e da indisponibilidade do interesse público, indica que deve o ex-servidor responder administrativamente por fato também cometido quando no exercício do cargo ou a ele associado, porém diverso do fato que ensejou a pena expulsiva.”*

É de se perceber então que a condição de o agente ser ex-servidor já expulso, de um lado, não eliminaria o dever e, de outro lado, não impediria o poder de instaurar a apuração disciplinar. A exemplo do que se expôs para o inativo em **3.2.2.2.2.b**, há de se ter uma flexibilização do comando impositivo de deflagração de nova persecução disciplinar em face de um agente já expulso dos quadros públicos e que não guarda nenhuma espécie de vínculo

estatutário (nem laboral, sequer pecuniário e muito menos previdenciário). E, da mesma forma como no tópico acima mencionado, reporta-se mais uma vez à ponderação exposta em **4.10.2** acerca da impertinência apriorística de se instaurar processo disciplinar em face de ex-servidor expulso para apurar fato sabidamente punível no máximo com pena de suspensão.

Reforça-se que, no caso de ex-servidor já expulso em PAD anterior, o excepcional poder-dever de instaurar novo rito disciplinar requer, primeiramente, que os fatos que causaram a primeira apenação expulsiva sejam distintos dos fatos ensejadores da segunda persecução disciplinar sob comento e que não guardem com eles correlação de habitualidade, pois não se cogita de *bis in idem*. Superado este primeiro critério jurídico, ressalve-se a desnecessidade prática de se instaurar PAD, com todos os ônus a ele inerentes, para apurar ilícitos de pequeno grau de afronta em tese cometidos por ex-servidor. E, no caso de a nova ilicitude em comento também ser grave a ponto de possivelmente ensejar a aplicação de segunda pena expulsiva, é ainda de se aprofundar a ponderação, avaliando se há notícias de tentativas de parte do apenado em reverter, judicial ou administrativamente, a pena expulsiva ou se se prevê que a segunda apuração redundará em outras repercussões (reparação civil ao erário ou criminal).

A propósito, reitera-se também a instrumentalidade já exposta em **3.2.2.2.2.b** acerca da competência para arquivar o feito ou para instaurar o processo disciplinar e, no que couber, para proceder ao julgamento, a cargo do Chefe do Escritório de Corregedoria (Escor) da jurisdição da última unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do agente, preservada inclusive em qualquer hipótese de o ex-servidor vier a alterar seu domicílio no curso de todo o procedimento investigativo ou contraditório.

Não há que se confundir a base principiológica acima defendida com a manifestação também exarada pela AGU, em Parecer anterior (e da lavra do mesmo Consultor da União). A leitura precipitada do Parecer AGU nº GQ-168, não vinculante, pode induzir ao equívoco de que se considerava inócua a apuração de irregularidade cometida por ex-servidor já objeto de pena expulsiva. Na verdade, o Parecer não se preocupava precipuamente com a necessidade ou não da segunda apuração, mas sim manifestava o entendimento à época, por parte da AGU, de como instrumentalizar o resultado deste julgamento, defendendo que não caberia alterar o primeiro, tido como ato jurídico perfeito e acabado.

No caso do incomum processamento de agente já apenado com pena expulsiva, embora não haja como se cogitar de imediata execução da segunda pena, é possível que - atento à gravidade da conduta que justifique tão incomum persecução - a segunda apuração acarrete, como medidas cautelares e como efeitos acessórios da responsabilização, repercussões como indisponibilidade de bens, reparação de prejuízo, representação penal ou vedação temporária ou definitiva de retorno a cargo e/ou emprego públicos federais (nos termos dos arts. 136 e 137 da Lei nº 8.112, de 1990), conforme **4.10.6.6**, **4.14.1** e **4.14.2**. Além do registro do fato apurado nos assentamentos funcionais do ex-servidor já expulso, com a republicação da portaria agregando a segunda punição capital ou, da forma mais recomendável, com a publicação de nova portaria, descrevendo apenas o segundo ilícito, sem deixar de fazer remissão à primeira, a Administração passa a ter meios de frustrar tentativa de retorno, com a concretização dos efeitos da segunda pena cabível, em casos de nova investidura, seja decorrente de aprovação em concurso, seja apenas comissionada, seja decorrente de anulação da primeira pena, por revisão administrativa ou reintegração judicial, conforme se detalhará em **4.10.2.5.2**, bem como de tomar aquelas demais medidas cautelares.

A forma mais comum de a Administração operacionalizar o segundo julgamento expulsivo contra um ex-servidor já punido capitalmente é formalmente editar a portaria punitiva em que se aplica a pena expulsiva, ressaltando que seus efeitos somente se darão em caso de reintegração administrativa ou judicial no outro processo em que já foi aplicada a primeira pena capital. Deve esta portaria ser formalmente publicada, a fim de tornar o ato jurídico perfeito e acabado, afastando alegação de prescrição desta segunda punibilidade no

caso de haver reintegração da primeira e, por fim, registrar a segunda conclusão nos assentamentos do ex-servidor e fazer prevalecer os efeitos acessórios. A pena imposta, ainda que não seja executada, já é suficiente para se afaste a prescrição e para que as medidas cautelares e os efeitos acessórios da condenação se aperfeiçoem e se tornem aplicáveis - destacadamente a vedação temporária ou definitiva a cargo e/ou emprego públicos federais -, pois tais decorrências independem da execução da pena julgada cabível. A CGU comunga doutrinariamente do mesmo entendimento.

*“Ademais, eventual penalidade expulsiva tem o condão de frustrar o retorno do ex-servidor em caso de reintegração administrativa ou judicial no primeiro processo em que sofreu a pena capital (art. 137). Convém observar que a portaria que materializa a penalidade expulsiva deve ser formalmente publicada e a conclusão registrada nos assentamentos funcionais do ex-servidor. A cautela visa tornar o ato jurídico perfeito e acabado, afastando eventual alegação de prescrição da segunda irregularidade no caso de anulação da primeira sanção.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 35, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

#### 3.2.2.2.2.d - Irregularidade Cometida Antes de Exoneração

E, por fim, no caso de ex-servidor que teve seu vínculo efetivo rompido com a Administração mediante o instituto da exoneração (seja de ofício, seja a pedido não decorrente de posse em outro cargo inacumulável regido pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990) antes de figurar no polo passivo disciplinar ou, de forma ainda mais residual, no transcurso do processo disciplinar, é de se reiterar, nos termos afirmados em **3.2.2.2.2.c**, que não se afasta o poder-dever da Administração instaurar o rito ou dar-lhe o prosseguimento até o fim, sobretudo em caso de conduta grave, por reflexo novamente da leitura conjunta do *caput* do art. 143 e do art. 148, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, com os já mencionados princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público, da oficialidade e da verdade material e com o entendimento jurisprudencial, culminando, se for o caso, na publicação da portaria punitiva, no registro do fato porventura apurado nos assentamentos funcionais e na incidência de eventuais efeitos acessórios da condenação.

*STJ, Mandado de Segurança nº 15.837: “Ementa: 4. A desinvestidura, forçada ou voluntária, não afasta o dever da Administração Pública de apurar supostos ilícitos administrativos cometidos por aquele que já foi investido no cargo público e não o é mais, quer por esponte própria, quer por força do poder disciplinar exercido pelo Estado-administração. É a ciência da irregularidade pela autoridade administrativa competente que demonstra, pelo menos inicialmente, o poder-dever de agir da Administração Pública. A sanção disciplinar a ser aplicada, demissão no caso, não deve significar um fim em si mesmo. O objeto a ser apurado é a nova irregularidade, o fato, e a atuação da autoridade se dirige à proteção do interesse público, de caráter indisponível. Desse modo, não se faz necessário estar o servidor investido no cargo no momento em que a Administração Pública deflagra as investigações para apurar supostas irregularidades cometidas por ele à época em que se encontrava no exercício de suas funções públicas.”*

Não obstante, aproveitam-se as razões já expostas em **3.2.2.2.2.b** e em **4.10.2** acerca da ponderação com que se requer que sejam vistos o dever e o poder de instaurar o processo disciplinar em face de ex-servidor cujo vínculo estatutário já resta completamente rompido (tanto em termos laborais quanto em termos pecuniário e previdenciário). Aproveitam-se aqui também aquelas recomendações acerca de flexibilização e de ponderação para fazer mover esta residualíssima instância punitiva em face de ex-servidor exonerado diante de infrações de pequena ou média gravidade.

Na esteira, aproveitam-se, na íntegra e de forma direta, as manifestações da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GM-1, e do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 2, de 4 de maio de 2011, que mencionam expressamente a exoneração, e aproveitam-se ainda, por extensão, a própria manifestação doutrinária da CGU, e por fim, a Nota Técnica Coger nº 13/2005, que tratam genericamente de ex-servidor, todas reproduzidas em **3.2.2.2.c**.

Mais uma vez, reitera-se também a instrumentalidade já exposta em **3.2.2.2.b** acerca da competência para arquivar o feito ou para instaurar o processo disciplinar e, no que couber, para proceder ao julgamento, a cargo do Chefe do Escritório de Corregedoria (Escor) da jurisdição da última unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do agente, preservada inclusive em qualquer hipótese de o ex-servidor vier a alterar seu domicílio no curso de todo o procedimento investigativo ou contraditório.

Ressalve-se que não se cogita de execução da pena porventura julgada cabível (a qual, à vista do viés pragmático com que tais instaurações e processamentos atípicos devem ser compreendidos, praticamente restringe-se à pena expulsiva) porque, quando um ex-servidor detentor de cargo efetivo se exonera a pedido ou é exonerado de ofício antes do processo disciplinar ser instaurado ou, mais excepcionalmente, julgado - diferentemente de quando a hipótese recai sobre um servidor apenas comissionado e não detentor de cargo efetivo, para o qual o parágrafo único do art. 135, combinado com o art. 35, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, prevê que a exoneração seja convertida em pena de destituição de cargo em comissão -, não há previsão legal para similar conversão, nem mesmo na hipótese de conduta grave merecedora de sanção capital (a única ressalva é da previsão legal de conversão, em demissão, da exoneração de ofício, de servidor efetivo, em razão da não satisfação das condições do estágio probatório quando o agente também responde disciplinarmente, conforme o parágrafo único do art. 172, combinado com o inciso I do parágrafo do art. 34, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, à vista do que se descreverá em **4.10.2.6**), como também entende a doutrina. Fora esta hipótese residual, por inequívoca atenção à garantia constitucional de que não há pena sem previsão legal, não há que se cogitar de qualquer tentativa de estender aquele comando do parágrafo único do art. 135 da Lei nº 8.112, de 1990, para o servidor efetivo estável previamente exonerado. *A priori*, o remédio jurídico imediatamente encontrado no ordenamento é aquele prescrito no *caput* do art. 172 da Lei nº 8.112, de 1990, que veda a exoneração a pedido no curso do processo disciplinar.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 34. A exoneração de cargo efetivo dar-se-á a pedido do servidor, ou de ofício.*

*Parágrafo único. A exoneração de ofício dar-se-á:*

*I - quando não satisfeitas as condições do estágio probatório;*

*II - quando, tendo tomado posse, o servidor não entrar em exercício no prazo estabelecido.*

*Art. 35. A exoneração de cargo em comissão e a dispensa de função de confiança dar-se-á: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*I - a juízo da autoridade competente;*

*II - a pedido do próprio servidor.*

*Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.*

*Parágrafo único. Constatada a hipótese de que trata este artigo, a exoneração efetuada nos termos do art. 35 será convertida em destituição de cargo em comissão.*

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

*Parágrafo único. Ocorrida a exoneração de que trata o parágrafo único, inciso*

*I, do art. 34, o ato será convertido em demissão, se for o caso.*

*“(...) é possível [transformar exoneração em demissão] quanto ao ocupante de cargo em comissão que não seja titular de cargo efetivo, mas não ao ex-servidor que ‘antes mesmo da abertura de inquérito administrativo, já fora exonerado a pedido’ (Parecer Colepe/Dasp, Proc. nº 763/70, apr. 28.04.70). ‘Impossível tornar-se sem efeito a exoneração regular de funcionário para aplicar-lhe a pena de demissão’ (Parecer Colepe/Dasp nº 586/70, apr. 28.04.70).” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pgs. 285 e 286, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Não obstante, o fato apurado em face do ex-servidor exonerado, dependendo de sua gravidade, pode acarretar, como medidas cautelares ou como efeitos acessórios da condenação, repercussões como indisponibilidade de bens, reparação de prejuízo, representação penal ou vedação temporária ou definitiva de retorno a cargo e/ou emprego públicos federais (nos termos dos arts. 136 e 137 da Lei nº 8.112, de 1990), conforme **4.10.6.6**, **4.14.1** e **4.14.2**. É para a concretização de tais efeitos acessórios que se publica a portaria punitiva em face do ex-servidor, sem deixar de fazer remissão à sua condição de exonerado, de forma que a Administração, a partir daí, possa ter meios de frustrar intenção de retorno em caso de nova investidura, seja decorrente de aprovação em concurso, seja apenas comissionada, bem como de tomar aquelas medidas cautelares. Portanto, a publicação formal da portaria punitiva se justifica e se destaca, sobretudo em casos de condutas graves, puníveis com pena expulsiva, não só para tornar o ato jurídico perfeito e acabado, afastando alegação de prescrição da punibilidade, mas também para que se agreguem os cabíveis efeitos acessórios. A pena imposta, ainda que não seja executada, já é suficiente para se afaste a prescrição e para que os efeitos acessórios da condenação se aperfeiçoem e se tornem aplicáveis - destacadamente a vedação temporária ou definitiva a cargo e/ou emprego públicos federais -, pois tais decorrências independem da execução da pena julgada cabível.

Ainda maiores ressalvas merece a hipótese de ex-servidor exonerado a pedido ou de ofício da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e de quem se tem notícia de cometimento de suposta irregularidade ao tempo em que integrava este quadro e que, ao tempo da emissão do juízo de admissibilidade, ocupe ou passe a ocupar, no curso do processamento, outro cargo público federal, regido por lei ou estatuto próprio diferente da Lei nº 8.112, de 1990, ou até mesmo outro cargo público, de esfera estadual ou municipal. Ainda que neste caso se demonstre relevante que a estrutura correcional da RFB aprecie notícia da suposta irregularidade e, dependendo da gravidade da conduta, até instaure e movimente a devida apuração em face do seu ex-servidor, além de permanecer a ressalva de inviabilidade jurídica de conversão da exoneração em pena expulsiva, acrescenta-se que, após o inquérito administrativo, falecendo competência para a autoridade correcional em âmbito federal, subordinada à Lei nº 8.112, de 1990, proceder ao julgamento de agente que não mais se insere em sua linha de subordinação e tampouco estando a correspondente autoridade daquele outro ente federado vinculada ao rito processual estabelecido pela citada Lei, cabe apenas àquela autoridade, após suas diligências cautelares e acessórias, encaminhar a esta a notícia do resultado das apurações.

### **3.2.3 - Temas em Princípio não Abrangidos pelo Regime Disciplinar**

Pode ocorrer de a autoridade correcional estar diante de fatos e circunstâncias situados em uma zona de penumbra em que, em primeira visão, parece defensável tanto que há indícios de ilícito disciplinar quanto que os fatos noticiados não configuram ilicitude e não merecem persecução disciplinar. Tais dúvidas podem surgir em razão da natureza abrangente com que o legislador foi obrigado a redigir os enquadramentos estatutários e também porque não se nega jamais o frequente contato que a matéria correcional mantém com demais áreas de atuação muito fortemente marcadas pelo fator humano.

Nesta linha, de imediato, requeredoras de mais simples solução, citam-se provocações recebidas em face de condutas de vida privada e de conflitos decorrentes das relações entre pessoas, comuns em qualquer ambiente laboral, em que o deslinde a favor do arquivamento repousa na simples leitura atenta das normas de regência, esclarecedoras da inexistência de materialidade naqueles conjuntos fáticos.

Mas também ocorrer de a autoridade correcional deparar-se com fatos e circunstâncias tais que, a despeito da primeira leitura extraível dos princípios impulsionadores da atividade estatal em face da natureza supostamente irregular da conduta, a imediata instauração da instância disciplinar lhe pareça desarrazoada e antieeficiente e o resultado desproporcional. Estes casos merecem mais cautelosa apreciação, visto sua solução transcender o simples estudo da normatização de regência.

Em tais casos, não deve a autoridade competente, em que pese a vinculação do poder-dever de apurar, ser cegamente submissa à literalidade da Lei, atendo-se apenas a parâmetros formais de possível cometimento de irregularidade (materialidade) por suposto servidor público (autoria) como suficientes para determinar a instauração de processo disciplinar, sob pena de atentar, principalmente, contra o interesse público. Cabe ponderar os elementos levantados acerca das supostas irregularidades à vista da necessidade, vinculação, pertinência, viabilidade e utilidade de se provocar a instância disciplinar, tendo em vista o caráter restrito e reservado com que ela deve ser empregada, já que importa severos ônus, em especial para a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), cuja atividade-fim é fiscal-tributária, e não correcional. Ou seja, a decisão de instaurar processo disciplinar deve também apreciar elementos objetivos, tais como o efeito prático de uma possível aplicação de penalidade, assim como subjetivos, como, por exemplo, os bens tutelados, a atividade desenvolvida, as peculiaridades pessoais e do corpo funcional, em respeito aos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade. Estes parâmetros, possuindo ou não expressa previsão legal, devem informar o juízo de admissibilidade, de modo a refletir corretamente os valores que a instância disciplinar visa a tutelar e a assegurar a satisfação das finalidades das leis e do interesse público, conferindo não só legalidade, mas também legitimidade ao ato administrativo. Este tipo de ponderação se aplicará, por exemplo, em **4.6.3.3**, em que se apresentará o conceito de ausência de ilicitude material.

Como qualquer atento aplicador do Direito, cabe à Administração sopesar os princípios reitores da matéria quando parece que eles lhe soam conflitantes. É certo que, de um lado, a vinculante legalidade, amparada pela busca da verdade material, da oficialidade e da indisponibilidade do interesse público e movida pela oficialidade, imporia, naquele momento, a decisão de instaurar o rito disciplinar para que, em seu curso, se esgotassem as apurações possíveis acerca do fato supostamente ilícito. Mas é igualmente certo que, sob óticas prática e pragmática, nas quais, em suma, repousa, destacadamente, o princípio da eficiência, de linhagem constitucional, igualmente atendendo ao interesse público que está por trás da economia de escassos recursos financeiros e de mão de obra para ramo distinto da atividade-fim do órgão, ainda seria de se averiguar as chances de sucesso da apuração disciplinar em hipótese, devendo se atentar para a viabilidade probatória e apuratória, já discutida em **2.5.3**.

### **3.2.3.1 - Condições Excepcionais para o Regime Disciplinar Alcançar Atos de Vida Privada**

Embora a grande maioria dos casos concretos que se apresentam para a apreciação correcional possam ser de imediato considerados ou não enquadráveis nas infrações definidas naquele Estatuto, a leitura imprecisa do mandamento encartado no art. 148 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, associada ao inevitável emprego, nos enquadramentos da mesma Lei, de expressões abrangentes, desde normas em branco até enquadramentos verdadeiramente abertos, conforme já se aduziu em **4.6.3**, trazem relevante e indesejada

consequência jurídica. Em razão destes dois elementos dificuldades, pode ocorrer de o aplicador do Direito Administrativo Disciplinar se deparar com situações bastante específicas e residuais que restam, assim se pode dizer, na chamada “zona cinzenta da norma”.

Em outras palavras, devido ao intrínseco grau de imprecisão da redação legal, é viável cogitar de casos concretos com tamanha particularidade em sua configuração e em seus condicionantes da ação que, em primeira análise, tanto se pode dizer enquadráveis como ilícito disciplinar como também se pode dizer à margem do ordenamento estatutário.

E o melhor exemplo a se apontar para esta característica da Lei nº 8.112, de 1990, reside na questão a ser enfrentada de até que ponto se pode cogitar da extensão do regime disciplinar para atos cometidos pelo servidor em sua vida privada. Há atos de tal natureza para os quais, em razão de suas peculiares e excepcionais condições de contorno, pode parecer que um mesmo aplicador do Direito, manejando de forma hábil todas as ferramentas de argumentação jurídica, consiga exprimir arrazoado propondo decisão em um sentido quanto se manifestar em sentido exatamente oposto.

Em razão disto, em complemento ao que se abordou em 3.1, demonstra-se relevante abordar até que ponto a parte final do já mencionado art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, alcança atos cometidos pelo servidor em sua vida privada. Para este fim, acerca de contornos teórico-conceituais que, excepcionalmente e *a priori*, parecem terem restado à margem do disciplinamento legal, a solução que se destaca é buscar o entendimento que pode ser extraído de fontes tais como a doutrina especializada, a jurisprudência e a ponderação dos princípios reitores.

De forma geral, a mais renomada doutrina do Direito Administrativo pátrio manifesta que o poder disciplinar e, por conseguinte, o regime disciplinar alcançam apenas os atos praticados pelo agente na condição de servidor, ou seja, os atos funcionais.

*“Poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração (...).*

*O poder disciplinar é exercido como faculdade punitiva interna da Administração e, por isso mesmo, só abrange as infrações relacionadas com o serviço (...).” Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, pg. 116, Malheiros Editores, 26ª edição, 2001*

*“(...) a má conduta na vida privada, para caracterizar-se como ilícito administrativo, tem que ter, direta ou indiretamente, algum reflexo sobre a vida funcional, sob pena de tudo, indiscriminadamente, poder ser considerado ‘procedimento irregular’ (...).” Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Direito Administrativo”, pg. 596, Editora Atlas, 19ª edição, 2006*

Adentrando na doutrina mais específica do Direito Administrativo Disciplinar, verifica-se que a grande maioria dos autores tão somente se limita a reproduzir a literalidade do já citado art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, sem expor entendimento acerca do alcance da parte final deste dispositivo para atos praticados na vida privada. Não obstante, selecionam-se alguns autores que avançam no tema, expondo seu posicionamento, ainda que em poucas linhas.

Assim, favoráveis à tese de que o alcance do dispositivo limita-se estritamente a atos que guardem ao menos relação indireta com o cargo ou com o exercício de suas atribuições legais, reproduzem-se cinco passagens doutrinárias abaixo.

*“(...) há um ilícito administrativo quando um servidor público pratica uma irregularidade - ou deixa de praticar um ato -, no exercício de sua função, que viole um, ou alguns, dos deveres do servidor (previstos no art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em regulamentação ou norma interna) e/ou uma, ou algumas, das proibições funcionais (previstas no art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90).” Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys,*

*“Processo Administrativo Disciplinar - Manual”, pg. 163, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

*“O artigo [148 da Lei nº 8.112, de 11/12/90] estabelece que tanto as irregularidades praticadas, pelo servidor, no exercício das atribuições específicas do seu cargo, quanto aquelas não específicas, mas apenas indiretamente com elas relacionadas, ensejam formação e condução de processo disciplinar. Natural que assim seja, porque irregularidades o servidor pode praticar não só no exercício próprio de seu cargo, como também desempenhando funções apenas eventualmente relacionadas com aquelas. (...)” Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis”, pg. 255, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

*“Recebida uma denúncia de irregularidade (...) a autoridade competente para apuração precisa analisar se ela tem um mínimo de plausibilidade que justifique movimentar a máquina pública para apurá-la. (...)*

*Outro exemplo ocorrerá quando a representação informa que a servidora fulana de tal está se prostituindo nos fins de semana. Ora, a prostituição no Brasil não é crime, crime é explorar a prostituição alheia. Mas mesmo que fosse um crime, ele não teria relação com o exercício do cargo nem estaria sendo cometido no horário de expediente. Assim, num exame perfunctório de tal denúncia, a autoridade já poderia arquivá-la ao fundamento de que o fato denunciado não constitui ilícito disciplinar.” Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 32, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

*“A responsabilidade que interessa ao Direito Administrativo Disciplinar é aquela que se refere à coisa pública, e a fenomenologia da sua configuração está diretamente ligada aos meios de prova permitidos em lei.” Egberto Maia Luz, “Direito Administrativo Disciplinar”, pg. 256, Edições Profissionais, 4ª edição, 2002*

*“(...) a responsabilidade do servidor só pode ser cobrada como resultante de ação ou omissão, praticados no desempenho de seu cargo. Afinal, sua vida privada não pode ser invadida pela Administração Pública. (...) os atos da vida privada dizem respeito somente a ele.” Judivan Juvenal Vieira, “Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 115, IOB Thomson, 1ª edição, 2005*

E, em contraponto, encontram-se dois outros autores que, também em poucas palavras, cogitam do alcance mais abrangente e ilimitado do regime disciplinar sobre a conduta privada do servidor.

*“Não obstante, o bom conceito que deve gozar a coisa pública perante a coletividade dos administrados é tão importante e essencial que se requer do funcionário não apenas uma conduta normal dentro da repartição em que serve. Exige-se, também, procedimento privado regular, pois que este, uma vez não sendo recomendável, poderá pôr em descrédito a moralidade e a seriedade do serviço que é realizado pelo órgão em que é lotado esse elemento inescrupuloso e ímprobo.*

*Em sentido material, pode-se definir transgressão disciplinar como proceder anômalo, interno ou externo, do agente público que, além de pôr em descrédito a administração, redunde em detrimento da regularidade do serviço público.*

*Escudando-se nestas noções, podem-se, desde logo, dividir as transgressões disciplinares em internas e externas. As internas infringem deveres profissionais; enquanto que as externas referem-se a comportamentos da vida particular do funcionário. São cometidas fora do exercício da função.*

*Ressalte-se que os conceitos ‘interna’ e ‘externa’ não pretendem rigorosamente expressar que seja a conduta exercida dentro ou fora da repartição, respectivamente. E, sim, traduzem que as primeiras (internas) são realizadas, dentro ou fora, em razão do exercício da função pública. Já as segundas, são exteriorizadas em atividade meramente particular, sem nada a ver com a atividade funcional. A não ser porque repercutem negativamente em seu detrimento.” José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”,*

*pgs. 201 e 202, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

*“Procedimento correto na vida pública e privada. O desempenho da função pública deve ser, por princípio, confiável e respeitável, impondo-se ao servidor zelar, a todo o tempo, para que esse princípio seja efetivamente uma verdade. Esse cuidado deve começar obviamente por si próprio, seja no exercício de suas atribuições públicas, seja no procedimento cotidiano, em sua vida privada, mas sem desprezar-se, é claro, a liberdade e a privacidade de cada um, na aplicação desta determinação (...).” Edmir Netto de Araújo, “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, pg. 63, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

De se perceberem importantes ressalvas nos apontamentos mesmo destes minoritários autores que a princípio parecem defender uma extensão inespecífica do regime disciplinar aos atos privados *lato sensu* do servidor. O primeiro deles destacou, logo no início de sua abordagem do tema, que seu entendimento se aplica a servidor por ele próprio classificado como *“elemento inescrupuloso e ímprobo”*, o que permite denotar que toda sua construção acerca do que ele denomina de infrações externas se concentra em atos de forte grau de ofensividade e de repulsa social, como, por exemplo, a improbidade administrativa, inferindo-se provavelmente não se contar com este seu magistério para condutas de menor gravosidade. Por sua vez, o segundo autor ressaltou a inviolabilidade de parcelas garantidas de liberdade pessoal e de privacidade da pessoa. Em outras palavras, deve-se ter em mente que a possibilidade de entendimento extensivo das vinculações estatutárias aos atos de vida privada em sentido amplo é ponderada por efetivos freios e contrapesos, admitidos mesmo por aqueles que a defendem, indicando desde já que tal aplicação deve ser, no máximo, residual e excepcional.

### ***3.2.3.1.1 - O Requisito Elementar da Previsão em Lei para Alcance do Regime Disciplinar sobre Atos de Vida Privada***

Avançando na pesquisa em fonte doutrinária, chegou-se a dois autores (sendo um deles por meio de duas publicações) que se detiveram de forma mais detalhada sobre a repercussão disciplinar para atos cometidos na vida privada do servidor.

Esta doutrina mais aprofundada inicialmente apresenta que os atos da vida privada até podem merecer reprimenda disciplinar, mas excetua que tal hipótese somente se justifica quando expressamente prevista na respectiva lei estatutária. E de outra forma não poderia ser, visto que, como já afirmado anteriormente, a despeito de o Direito Administrativo Disciplinar não contar com a rígida tipicidade penal, em nada se confunde com a absoluta ausência de regramento. Os princípios da legalidade e da segurança da relação jurídica impõem que, mesmo sem a rígida definição de tipos que se encontra na lei penal, deve a lei estatutária conter os enquadramentos que definem ilicitudes disciplinares.

*“O regime disciplinar do funcionalismo não se preocupa somente com os atos desempenhados no exercício funcional, mas também busca preservar a imagem, decoro e credibilidade que devem merecer perante a sociedade os que titularizam cargos e funções públicas. (...)*

*O entendimento justifica a idéia de que a punição disciplinar por fato não praticado no exercício da função pública, nem a ela relacionado, deve ser expressamente capitulada em lei, como regra geral. (...)*

*(...) Os atos da vida privada, em princípio, para constituírem infrações funcionais, devem constar, expressamente, no estatuto disciplinar dos servidores públicos, como conduta passível de punição.” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pgs. 126, 127, 131 e 136, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Percebe-se que a abordagem doutrinária acima se fez de forma genérica, sem adentrar especificamente na literalidade da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Como se sabe, o

diploma legal de exclusivo interesse aqui é esta Lei, que define o regime disciplinar do servidor em instância civil federal e é à sua luz que deve ser aplicado o ensinamento acima. Assim, se por um lado, a Lei nº 8.112, de 1990, não possui em sua lista exaustiva de enquadramentos nenhuma definição que expressa e literalmente cogite de punição disciplinar para ato de vida privada, resta então a definição objetiva abrangente de seu art. 148 como único dispositivo ao mesmo tempo possibilitador e delimitador legal para o tema.

E, neste ponto, é de se lembrar, conforme já abordado em **3.1**, que o art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, permite uma importantíssima leitura dupla, ao mesmo tempo limitadora do alcance do regime disciplinar a atos funcionais, mas com possibilidade de abrangência de condutas cometidas fora do estrito desempenho das atribuições legais do cargo. Enquanto a primeira parte daquele dispositivo possui leitura cristalina de que o regime disciplinar se aplica para atos infracionais cometidos no pleno exercício das atribuições legais do cargo, a sua parte final, excepcionalmente, permite leitura a *contrario sensu* de que também se cogita de reflexo disciplinar para atos que, mesmo cometidos fora do espaço e do tempo do exercício da função pública (ou seja, além dos limites físicos da repartição e do horário de jornada de trabalho, e até mesmo em gozo de férias, de licenças ou de outros regulares afastamentos, conforme se aduzirá em **3.2.5**), guardem relação ao menos indireta com o cargo que ocupa ou com suas atribuições legais ou com o órgão onde é lotado ou que de alguma forma neles interfira ou com eles se relacionem. É nesta interpretação extraída da parte final do art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, que então, reside o amparo legal para se cogitar de excepcional repercussão disciplinar para atos cometidos pelo servidor em sua vida privada.

### **3.2.3.1.2 - A Necessidade de Existência de Relação com o Cargo**

Neste rumo, torna-se imperativo se expor que a leitura de qualquer enquadramento da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que em princípio pareça poder atingir atos de vida privada (por exemplo, em lista não exaustiva, ao definir deveres funcionais de lealdade à instituição, de conduta compatível com a moralidade administrativa ou de urbanidade para com as pessoas ou ainda ao proibir manifestações de despreço ou prática da usura) deve sempre e inafastavelmente se submeter à regra geral do art. 148 daquela Lei, qual seja, de o ato privado guardar, ao mínimo, relação indireta com as atribuições legais do cargo. Em outras palavras, contempla-se que atos de vida privada de um servidor de carreira regida pela Lei nº 8.112, de 1990 (com o que se excluem da análise estatutos próprios de específicas carreiras e atividades públicas, que expressamente preveem reflexo disciplinar para atos e comportamentos privados), podem ter repercussão disciplinar, desde que, em primeira análise, nos termos do seu art. 148, guardem relação direta ou indireta com as atribuições legais do cargo em que se encontra investido o agente (nem que seja sob presunção legal).

Pertinente esclarecer o que aqui se quer dizer com a expressão “relação direta ou indireta com as atribuições legais do cargo”. De imediato, as atribuições legais do cargo a que aqui se refere são as atribuições genéricas legalmente atribuídas àquele cargo, como o conjunto de todo o múnus que o agente pode exercer em sua função pública, não se vinculando às condições e peculiaridades momentâneas de lotação, exercício, localização e o tipo de tarefas que realiza. Nesta linha, no caso de cargos integrantes da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), a possível relação com as atribuições legais são aferidas em face, cumulativamente, de todas as atividades que podem ser desempenhadas nos diversos macroprocessos de trabalho (que, por sua vez, se subdividem em inúmeros processos de trabalho), sendo indiferente se, ao tempo da conduta, o agente está lotado, em exercício ou localizado em área aduaneira, de tributos internos, de arrecadação, de tarefas-meio corporativas ou administrativas, etc, pois a relação de que aqui se cogita é com o conjunto de atribuições legais do cargo. Ademais, o que se quer dizer com relação “direta” ou relação “indireta” em nada se confunde com estender em demasia o excepcional comando da parte final do art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, a ponto de atingir condutas sem nenhuma

correlação com o múnus público do agente. O que se considera é ato que guarde relação com o cargo, residindo a diferenciação apenas para o efeito didático de melhor compreender a literalidade do mencionado dispositivo legal. Quando o servidor comete um ato funcional no pleno exercício do cargo (em regra, no horário e no local de trabalho), aqui diz-se que comete uma conduta com direta relação com as atribuições legais do cargo, estando alcançado pela primeira parte do dispositivo legal (“*infração praticada no exercício de suas atribuições*”). E quando o servidor comete um ato fora do pleno exercício do cargo (em geral fora do horário e do local de trabalho), mas a ele associado, aqui diz-se que comete uma conduta com indireta relação com as atribuições legais do cargo, estando alcançado pela parte final do dispositivo legal (“*ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido*”).

No escopo de aplicação geral aos servidores civis federais da Lei nº 8.112, de 1990, os atos da vida privada, como regra, não guardam nenhuma correlação com a Administração Pública, com a instituição ou com o cargo. Ou seja, ainda que cometidos por servidor inserido na abrangência subjetiva, não satisfazem à abrangência objetiva da matéria disciplinar do Estatuto. Por este motivo, não deve interessar à Administração a vida pessoal de seus servidores, seus deslizes de comportamento, seus vícios e suas falhas inerentes à condição humana de forma geral, afastando-se de plano da incidência disciplinar quaisquer atos de tais naturezas e que em nada se relacionem com a função pública, não obstante poderem ser criticáveis sob outras óticas éticas, sociais ou jurídicas. Como regra, o desvio no comportamento exclusivamente pessoal, sem qualquer correlação com o cargo, pode importar crítica à luz de códigos de ética ou de conduta, que não se confundem com normas disciplinares, ou podem acarretar repercussão civil ou até penal, mas não provocam responsabilização administrativa, apurável por meio de processo disciplinar. É certo que o excepcional alcance do regime disciplinar sobre atos de vida privada, por ampliar o controle estatal além dos deveres e obrigações funcionais, deve ser compreendido de forma restritiva.

Assim, além da óbvia previsão em lei (que, no foco de interesse, se admite na parte final do art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990), como primeiro condicionante fático a se analisar antes de se cogitar de repercussão disciplinar para ato cometido em vida privada do servidor, é necessário que tal conduta mantenha algum grau de vinculação com as atribuições legais do cargo. Sendo aquele ato cometido pelo servidor em condições totalmente dissociadas, alheias e à margem do cargo que ocupa ou de suas atribuições legais ou ainda podendo aquele mesmo ato ser igualmente cometido por um particular qualquer, independentemente da condição especial de ser servidor, não há que se cogitar de repercussão disciplinar, conforme amparam a jurisprudência e a doutrina.

*TRF da 1ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.01.00.061930-0: “Ementa: 1. O art. 143 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, prevê: ‘A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa’. Assim, o fato gerador para abertura de sindicância ou processo administrativo é a ciência de irregularidade no serviço público, não se estendendo a fatos da vida privada, ocorridos em uma partida de futebol, sem qualquer relação ou repercussão no exercício da função pública. 2. Na hipótese dos autos, a sindicância foi desvirtuada de sua natural finalidade, para punir servidor público que não cometeu nenhuma irregularidade no exercício de suas funções. Instauração de sindicância nula.”*

*“O que deve ser cotejado, portanto, é a relação direta de prejuízo entre a conduta privada, se manifestamente incompatível com os valores esperados dos titulares de cargos na Administração Pública, e sua imediata vinculação com as atribuições funcionais do servidor. (...)*

*Isto é, a excepcional responsabilização do agente público transgressor, em razão de ato praticado fora do exercício da função administrativa, depende de o ilícito guardar pertinência com as específicas atribuições funcionais do cargo*

*ocupado pelo servidor faltoso, do que segue o raciocínio, a contrario sensu, de que não caberá punição disciplinar, em princípio, por conduta inteiramente alheia às competências do posto titularizado pelo transgressor e que não implique atentado contra a Administração Pública, ou ao menos que não evidencie que o agente esteja moralmente impossibilitado de prosseguir no desempenho de seus específicos misteres administrativos. (...)*

*Muita ponderação e cautela devem presidir a apreciação concernente à repercussão administrativa da conduta da vida privada do servidor público. Só em casos inquestionáveis de prejuízo para a atividade funcional ou o prestígio direto do funcionário em face das atribuições específicas de seu cargo, prejudicadas pela ação consumada no âmbito particular, é que se pode discutir eventual apenação disciplinar.” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pgs. 132, 133, 136 e 137, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

*“O problema da falta de probidade administrativa tem que ser visto no universo da ética pública, no contexto de normas jurídicas especificamente protetoras das funções públicas, dos valores imanentes às Administrações Públicas e aos serviços públicos. (...)*

*Caberá ao direito disciplinar tutelar condutas incompatíveis com as funções. A improbidade administrativa não se configura, pois, pelo chamado comportamento incompatível com a função pública, se tal conduta estiver dissociada totalmente das atribuições do agente público, visto que não tratamos de uma honra privada e de seus reflexos no setor público, mas sim da honra diretamente vinculada às funções públicas.” Fábio Medina Osório, “Teoria da Improbidade Administrativa”, pgs. 285 e 87, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2007*

E, neste rumo, o exemplo mais pungente e cabível (mas não o único) para a Carreira TARFB de ato de vida privada com repercussão disciplinar é a chamada consultoria ou assessoria jurídico-tributária, em que o servidor, valendo-se de informais e presumíveis credenciamento e qualificação perante terceiros decorrentes do cargo que ocupa e dos conhecimentos técnicos a que tem acesso em razão de seu múnus, arregaça para si serviços particulares, ainda que cometidos fora da repartição e do horário de expediente ou até mesmo em gozo de férias, licenças ou outros afastamentos legais, incorrendo em inequívoco ato de conflito de interesses (conforme leitura conjunta de **4.7.3.18.7** e **4.7.4.4.5**).

Até pode se cogitar de que, no caso do agente público, existe uma relação especial de subordinação, de forma que, para o servidor, mesmo em atos de vida privada, há comportamentos que guardam relação direta com as atribuições legais do cargo de forma geral. Assim, em casos concretos em que o servidor da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), mesmo na condição de contribuinte, incorre em ilícitos tributários (como, por exemplo, sonegação fiscal e irregularidades na internalização de mercadorias importadas) e até em ilícitos penais (destacadamente, crimes contra a Administração Pública ou contra a ordem tributária), por meio de condutas que se associam não só à matéria tutelada no múnus de sua função pública mas também ao detalhado conhecimento que o agente detém da sistemática, das praxes, dos procedimentos, da estrutura, da logística e da forma de a unidade e dos demais servidores atuarem, é juridicamente possível que se construa - desde que ao amparo das provas dos autos - uma inferência de relação entre a conduta cometida em vida privada e o cargo que ocupa.

### **3.2.3.1.3 - A Necessidade da Preservação das Liberdades Fundamentais do Indivíduo**

Na sequência, em respeito aos princípios constitucionais elementares mencionados pela doutrina, apresenta-se como inafastável segunda condicionante para que se cogite de extensão do regime disciplinar sobre atos cometidos pelo servidor em sua vida privada a preservação do rol de garantias fundamentais do indivíduo. Por soberana - *a priori* - força

constitucional, é de se excluir qualquer pretensão punitiva da Administração em decorrência de atos de vida privada inseridos no conceito de intimidade ou de privacidade e no âmbito familiar do servidor e das demais garantias básicas dos indivíduos. O regime de maior rigor e severidade que recai sobre o agente público e sobre seus atos não se estende a parcelas constitucionalmente protegidas em favor de qualquer pessoa. O ordenamento pátrio não concede à Administração poder para invadir a parcela de direitos fundamentais do indivíduo, mesmo quando este é seu servidor, desde que em atos à margem da função pública. A instância constitucional vigente atribui exclusivamente ao Poder Judiciário, com os ritos e com as ferramentas que lhe são inerentes, a competência para, motivada e pontualmente, afastar as garantias fundamentais da pessoa na contraposição com direitos de maior relevância e prioridade. É pacífico o entendimento, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e também da doutrina, de que nenhum direito fundamental que a Constituição Federal (CF) atribui a um indivíduo é absolutamente inafastável, podendo tal garantia ser mitigada em razão do interesse público ou social, conforme se aduzirá em **4.4.14.2**.

*STF, Mandado de Segurança nº 23.452, Voto: “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas, individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.”*

*Idem: STF, Mandado de Segurança nº 24.369; e Justiça Federal de 1ª Instância, Ação Cautelar nº 2001.5101003489-6*

*“É que os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.” Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, “As Nulidades no Processo Penal”, pg. 145, Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2006*

*“Não se toleram proibições que atinjam liberdades fundamentais, como a liberdade de expressão do pensamento, de ir e vir, de associação, enfim, aquelas liberdades básicas dos indivíduos, que resultam, ademais, consagradas na Constituição, sem que haja (para a respectiva limitação) fundada e razoável justificativa.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pgs. 301 e 302, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

*“O conceito de desonestidade, no terreno jurídico, é mais restrito que o peculiar do universo moral. Neste, a desonestidade pode englobar falhas de caráter ou distorções morais bastante polêmicas, como aquelas relativas a deveres de fidelidade matrimonial ou nos relacionamentos de amizade e de amor, sem falar nas questões puramente patrimoniais, como dívidas e preferências por jogos de azar. Na honestidade profissional, ao contrário, homens com vícios morais podem encaixar-se tranquilamente, desde que observem as regras de bom exercício de suas atividades funcionais. É dizer: o sujeito que é mau marido, ou péssimo amigo nas relações pessoais, mau pai, mau filho, jogador, com qualquer tipo de orientação sexual, poderá cumprir com todas as suas obrigações profissionais, satisfazendo os pressupostos da honestidade funcional, embora, no serviço, tal pessoa possa ser apontada como desleal, carreirista ou mau caráter, e na vida pessoal ser considerada, no mínimo, desregrada ou fora dos padrões tidos como normais. Enfim, cabe reconhecer que há características que, mesmo no interior da vida profissional, na empresa ou no órgão público, são pejorativas e denunciam falhas morais na pessoa, quando não indicam traços subjetivos infensos à normalidade social predominante. Todavia, tais fatores podem não ingressar na órbita mais estreita da honestidade profissional. (...)*

*É certo, no entanto, que não se pode esquecer que os agentes públicos estão submetidos a um regime jurídico de direito público, mais severo e rigoroso que outros. Trata-se de um regime estatutário, em que, naturalmente, a vida privada desses funcionários se reduz consideravelmente, em medidas variáveis. Daí que haja um desaparecimento da vida privada dos agentes públicos, todavia, vai uma longa distância, até mesmo porque isso é inviável. Por tal razão, a improbidade não se identifica com a mera imoralidade, mas requer, isto sim, uma imoralidade qualificada pelo direito administrativo. (...)*

*Os agentes públicos gozam de direitos fundamentais, entre os quais está, é óbvio, o direito à intimidade, à privacidade, ao desenvolvimento livre de seus privados estilos de vida e personalidades. Em todo caso, os agentes públicos têm, sem lugar a dúvidas, espaços privados nos quais podem praticar atos imorais, desde que esses atos não transcendam os estreitos limites da ética privada, não afetem bens jurídicos de terceiros. Os direitos humanos, fundamentais, do homem e do cidadão, protegem o indivíduo contra atuações abusivas, ilícitas, desnecessárias, do Estado.” Fábio Medina Osório, “Teoria da Improbidade Administrativa”, pgs. 150 e 87, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2007*

*“Se um analista de finanças e controle, por exemplo, é renhido defensor dos interesses do erário e da Administração Pública, sempre no eficiente desempenho funcional de controle interno de legalidade sobre os atos de despesa executados pelas autoridades administrativas fiscalizadas, portando-se de forma exemplar na atuação como funcionário estatal, não se pode falar de responsabilidade administrativa e invadir a seara da intimidade e da vida privada do agente, ainda que seja mau marido, adúltero, péssimo pai, que não concede amor e carinho aos seus filhos; ou seja motorista imprudente; tenha, dentro de seu domicílio ou em locais reservados, práticas sexuais escandalosas, não ortodoxas ou bizarras, denunciadas à Administração por ex-esposas ou ex-namoradas; não seja comedido no falar, ou se revele imoderado nos gestos, no âmbito dos dias de lazer e em caráter particular, com a família e conhecidos; se for mau síndico; se não indeniza os danos causados a veículos de terceiros, apesar de reconhecer sua culpa; se é briguento ou vizinho incômodo; se coleciona revistas ou materiais impróprios para a moralidade convencional. (...)*

*Mas para os desvios de conduta consumados nas hipóteses aventadas supra, em que os desregramentos ou atos não recomendáveis se restringem à esfera da vida privada, ou mesmo da indevassável intimidade, garantidas pela Constituição, sem que exista repercussão negativa sobre o desempenho funcional, ou sobre a honra e credibilidade que deve atrair da sociedade aquele que se apresenta como integrante da Administração Pública, não há como se divisar a possibilidade de responsabilidade administrativa.*

*A vida íntima do servidor, seus momentos de privacidade ou de contato social, ainda que não lhe confiram o título de cidadão-modelo, não podem ser devassados para fins de punição disciplinar, desde que inexista repercussão sobre a função pública.*

*As sanções cabíveis para os supracitados atos censuráveis serão de ordem cível, moral, multas de trânsito, multas de condomínio, perda sentimental com o distanciamento do convívio com os filhos de que não cuidou, ruptura matrimonial por relacionamentos extraconjugais contínuos, dentre outras consequências sociais adversas, como repulsa da vizinhança, ser objeto de comentários jocosos por parte dos conhecidos, etc. Mas não haverá ensejo a que se fale de demissão por condutas inteiramente alheias à função pública, as quais também não projetam efeitos diretos negativos sobre o exercício funcional ou a qualidade de funcionário. (...)*

*É a ofensa à moralidade profissional, a indignidade estritamente associada às atribuições funcionais, que deve ser considerada para ensejar juízo reprobatório implicante de responsabilidade administrativa, não a violação de comportamento referente à qualidade de pai, tutor, marido, condômino, no que*

*tange à vida íntima, privada, às relações sociais reservadas do funcionário. (...) Se um auditor fazendário (depois de ser lesado por um comerciante de automóveis, que lhe vendou veículo com vícios de qualidade ou com engano ou vultosa desvantagem financeira) é acusado de emitir um cheque sem suficiente provisão de fundos, acusado de crime de estelionato, o que seria objeto de discussão entre as partes em face do confronto patrimonial entabulado, há nessa rixa, de caráter estritamente privado, atentado contra a qualidade funcional, quebra da confiança do Estado na pessoa do agente público? Na verdade, o que sucedeu foi um conflito de natureza particular, alheio à função pública.” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pgs. 131, 132, 139 e 133, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Assim, à vista das duas condicionantes acima elencadas, é de ser compreendido que a extensão do regime disciplinar à esfera da vida particular não como regra mas sim como exceção. A responsabilização disciplinar por ato cometido fora do exercício do cargo é legal, porém residual e excepcional.

#### **3.2.3.1.4 - O Enfoque Delimitado com que Deve Ser Entendida a Exigida Moralidade Administrativa**

E de outra forma não se poderia sedimentar o entendimento do tema, visto que é cedo o limite de separação entre a matéria ético-moral (e aqui desde logo se manifestam a desnecessidade, o desinteresse e mesmo a incapacidade em aprofundar o debate em bases filosóficas de diferenciação entre ética e moral), de que comumente se pode permear a vida pública, e a matéria jurídica, que informa o regime disciplinar.

Qualquer aplicador do regime disciplinar encartado na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, de imediato percebe que as excepcionais e residuais críticas sob ótica funcional que possam se impor sobre atos de vida privada, muito comumente, tangenciam a discussão acerca da moralidade ou não de tais condutas sob análise. Isto de fato ressurgue como enfoque *a priori* para a matéria porque, a reboque do já mencionado dispositivo delimitador do art. 148 daquela Lei, o mesmo diploma legal impõe aos servidores vinculados o dever funcional, *litteris*, de “manter conduta compatível com a moralidade administrativa”, no inciso IX do seu art. 116. Sem que aqui se afaste a possibilidade de se ter outro enquadramento para atos de vida privada alcançáveis pelo regime disciplinar, sem dúvida, o que se demonstra mais factível é aquele que encarta a crítica a uma conduta tida como imoral por parte do servidor, a que a doutrina especializada chama de “infrações morais”, ao mesmo tempo em que adverte quanto à cautela que se deve ter sobre o tema.

*“Desde logo, cabe aduzir que existem limites materiais de tipificação dos comportamentos, construindo-se os tipos na base dos valores e princípios constitucionais, das liberdades públicas e dos direitos fundamentais da pessoa humana. É na exemplificação dos processos tipificatórios que pretendo abordar o problema das chamadas ‘infrações morais’, categorias tão presentes em ordenamentos jurídico-administrativos, estatutos disciplinares e legislação extravagante. É um tema atual, portanto. Mais ainda, é um tema relevante, porque envolve a produção de um raciocínio jurídico lastreado na defesa de direitos fundamentais, que não podem ser afetados indevidamente pela pretensão punitiva do Estado, ainda que esta venha veiculada em esferas de relações de especial sujeição entre o Poder Público e o infrator. (...) No Direito Penal é antiga a discussão a respeito da criminalização das chamadas ‘infrações morais’, e esses crimes têm merecido repúdio das legislações e doutrinas mais modernas. (...) Se para o Direito Penal essas considerações parecem pertinentes, creio que também ao Direito Administrativo, em sua medida, se revelam adequadas as mesmas cautelas. O Direito Administrativo não pode qualificar de ilícita uma*

*conduta tão somente porque se revele eventualmente atentatória ao juízo de moralidade comum, porque tal perspectiva abriria um vasto campo de insegurança jurídica, desmoronando o pilar de legalidade que sustenta o Estado de Direito. Não creio que isso seja possível. (...)*

*Nesse contexto, sabe-se que a moralidade protegida pelo Direito insere-se no campo da Ética pública, diferenciando-se da 'Ética privada'. (...). O Direito é o campo por excelência da Ética pública. Por tal motivo, as normas jurídicas não devem adentrar o campo privado dos comportamentos imorais, eis um outro pilar da autonomia destas instâncias de controle. Preceitos morais, no entanto, tratando de condutas privadas de pessoas, incorporados ao Direito numa perspectiva de Ética pública, não constituem uma raridade jurídica. Pelo contrário, no setor público são comuns as iniciativas de normatização de comportamentos imorais situáveis ordinariamente na esfera privada dos indivíduos.*

*(...) parece importante insistir na idéia de que a moralidade pública exige pautas bem mais objetivadas de condutas, não podendo ingressar na esfera mais subjetiva da autonomia volitiva inerente ao campo da moralidade crítica. Insisto que o problema não reside tanto na tentativa de apartar, definitivamente, Direito e Moral, até porque ninguém duvida de que seja saudável a aproximação correta dos dois fenômenos. Ninguém advogaria pela existência de normas jurídicas 'imorais' ou mesmo 'amorais', dada a natureza ética do fenômeno jurídico. O que ocorre é a notória dificuldade na identificação de limites da moralidade, que não podem ser invadidos pelo Direito, eis o ponto crucial da polêmica relação entre Direito e Moral. No campo sancionatório, essa separação (dos limites ou fronteiras) resulta fundamental para a proteção das liberdades individuais e dos direitos fundamentais da pessoa humana, visto que uma infração pode, em tese, utilizar elementos tão indeterminados e genéricos que, na prática, eventualmente suscitam dúvidas e incertezas, cabendo ao intérprete (operadores jurídicos) a tarefa de delimitar claramente o âmbito de incidência da norma.*

*(...) A moralidade do ato administrativo resta atrelada a uma moral da instituição, o que a diferencia da moralidade comum. Parece pouco dizer isso, lugar-comum na doutrina? É verdade que não se trata de uma advertência nova, até porque remonta ao início do século XX, com Maurice Hauriou, mas não deixa de ser importante, porque nos remete à idéia correta de que a tutela jurídica da moral, nas mais variadas dimensões, não equivale a absorver essa mesma moralidade pelo Direito, menos ainda esgotá-la. O universo jurídico tem a prerrogativa de selecionar temas ou problemas morais, emprestando seu próprio enfoque, seu olhar concentrado e especializante. E pode valer-se da terminologia 'moralidade' para designar espaços jurídicos funcionalmente abertos ao controle ético, mais maleáveis e adaptáveis aos casos de transgressões, cujo alcance se ambiciona. A moralidade institucional, nessa perspectiva, é uma moral fechada, com um conteúdo bastante específico, podendo revestir-se de juridicidade específica do Direito Administrativo. É extremamente complicado estabelecer um parâmetro adequado ou universal ao juízo de moralidade comum, donde incabível confundir, de forma direta, moral comum e moral administrativa ou pública, em que pese a possibilidade de convergência em muitos casos. É indubitável que as instâncias se relacionam, tanto que encontram valores convergentes para efeito de proteção, daí porque muitos ilícitos jurídicos configuram graves atentados às normas morais vigentes. As relações entre moralidade aberta, fechada, institucional, administrativa e outras categorias jurídicas não escapam às zonas de penumbra, mas, nem por isso deixam de adentrar numerosos campos de inequívoca significação. Essa pode ser considerada a visão padrão de um pensamento dominante no cenário nacional.*

*Em realidade, necessário efetuar distinção entre Moral e Direito no mínimo a partir da interioridade e exterioridade, deixando-se um âmbito próprio à personalidade do indivíduo, que fica livre da ingerência do Estado. Pelo menos*

*a consciência individual ficaria completamente fora do poder do Estado, aí residindo uma importância fundamental de separar Direito e Moral. Ademais, outorgar ao princípio jurídico da moralidade administrativa ou aos tipos sancionadores de condutas eticamente reprováveis um sentido tão amplo a ponto de abarcar todo e qualquer ato imoral dos agentes públicos, com a devida vênia de entendimento diverso, equivaleria a liquidar com o Estado Democrático de Direito e seu pilar de legalidade. Se o administrador ou agente público somente pode agir fundado em lei, a mera inobservância de um preceito moral não poderia acarretar-lhe sanções. Anote-se, nesse terreno movediço, que o próprio administrado ficaria exposto a ações administrativas amparadas na moralidade e não na juridicidade, se acaso resultasse admitida a confusão progressiva entre as instâncias. (...)*

*Claro que não se quer o divórcio absoluto de Direito e Moral, como se apenas o que não é moral pudesse ser juridicizado. Seria uma perspectiva absurda de análise. O que se quer, e nisso se deve insistir, é a garantia de que o foro íntimo do indivíduo não seja punido, compreendendo-se esse foro íntimo a partir de seus desdobramentos em diversos estilos de vida.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pgs. 288 a 297, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Neste enfoque, é de se buscar a correta interpretação não só da literalidade específica do inciso IX do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, mas, sobretudo, de como a Lei, sistematicamente, neste tema, considera o termo “moralidade”. A simples leitura do dispositivo legal demonstra que a vontade da Lei não é de abarcar no regime disciplinar do servidor qualquer ato que afronte o sentido mais amplo de moral. A Lei foi expressa em punir a conduta incompatível com a moralidade administrativa, em espécie, e não a moral social como um todo.

E andou bem o legislador ordinário neste ponto, ao inserir no regime disciplinar um reflexo imediato do princípio da moralidade, encartado no art. 37 da Constituição Federal (CF), uma vez que o legislador constituinte, em boa hora compreendeu que, embora haja distinção entre valores ético-morais e ciência jurídica, é pacífico que os preceitos éticos sempre permearam, como repercussão das vontades sociais, os institutos do Direito e a positivação das normas. À vista da harmônica convivência autônoma dos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade, é certo que a atividade pública tem sua validade simultânea e cumulativamente subordinada ao Direito e à moral, vez que não se confundem licitude e honestidade, conforme melhor se exporá em **3.3.1.6**. Mas aqui não se cuida da moral comum, imposta ao homem em sua vida privada, mas sim da moral jurídica, imposta ao agente público em seu múnus oficial. Daí porque a Lei refletiu o princípio constitucional da moralidade em dever funcional de manter conduta compatível com a moralidade administrativa.

A cautela se faz por demais necessária, primeiramente porque, em um extremo, não se poderia cogitar de repercussão disciplinar à vista de preceitos éticos, religiosos, sociais, culturais, políticos, geográficos ou temporais (enfim, de conceitos fortemente subjetivos e mutáveis) e de intromissão da Administração nas parcelas constitucionalmente protegidas de intimidade, de privacidade e de liberdade de pensar, de se manifestar e de se associar, dentre outros, de cada um. E, por outro extremo, tem-se certo que, na instância jurídica, os atos funcionais eivados de dolo e de má-fé e objeto de maior grau de repulsa e ofensividade, tais como aqueles geradores de enriquecimento ilícito, de dano ao erário ou de afronta a princípios reitores da Administração, podem importar nas mais gravosas repercussões cíveis, inclusive disciplinar (e provavelmente também penais), se configurarem improbidade administrativa. A improbidade administrativa é considerada uma imoralidade administrativa qualificada, ou seja, uma espécie qualificada da conduta incompatível com a moralidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa), conforme a linha doutrinária.

*“Não há, em realidade, homens perfeitos que escapem, ao longo da vida, de toda e qualquer ilegalidade. Não há pessoa que, ao longo da vida, fique absolutamente imune ao cometimento de toda e qualquer espécie de infração, e aqui não me refiro, por óbvio, a uma infração necessariamente penal ou a um ato de improbidade administrativa, porque destes se pode e deve normalmente escapar. Falo de infrações em sentido amplo, infrações morais e até mesmo jurídicas, como o desrespeito a um semáforo de trânsito ou outras regras de convívio social. Seria hipocrisia dizer que todas as regras, em todos os momentos, são, invariavelmente, respeitadas. Não há quem nunca tenha ultrapassado, por mínimo que seja, o limite legal de velocidade ou atravessado, no caso de pedestre, uma via pública fora da faixa de segurança. Difícil quem nunca tenha se excedido em alguma atitude ou se omitido de alguma providência que se lhe era exigível. Raras as pessoas que passam pela vida sem vestígios mínimos de alguma ilicitude ou infração a regras morais, admitindo-se, nesse caso, a existência de núcleos de moralidade inquestionáveis.*

*O que se deve frisar, e isto me parece importante lembrar, até para que se compreendam essas observações a respeito da possibilidade de homens médios cometerem determinadas infrações, é que realmente é exigível dos homens que se comportem em conformidade com o Direito e as leis, mas o Direito deve fornecer respostas proporcionais e adequadas às atitudes ilícitas dos homens. Não cabe ao Direito Penal sancionar todo e qualquer comportamento ilícito, como descabe ao Direito Administrativo proceder da mesma forma em relação a determinados comportamentos, ainda que ilícitos e imorais. (...)*

*Deve existir, entre o descumprimento do preceito ‘moral’ e a função pública que se busca preservar, uma dependência necessária. Há hipóteses em que a vida privada de um sujeito pode, irremediavelmente, comprometer a dignidade de suas funções, mas esse juízo valorativo não será tão elástico quanto o é um simples juízo de moralidade. Será necessário avaliar se, em um dado contexto, o comportamento que se busca censurar realmente abala a noção média que se tem a respeito da dignidade das funções públicas ou do cargo ocupado pelo agente. Será indispensável avaliar a real gravidade e nocividade do comportamento privado aos valores defendidos pela Instituição a que pertence o agente público. Imperiosa será a análise dos reflexos negativos, reais e potenciais, do aludido comportamento na sociedade e no campo institucional.*

*Não se cogita, portanto, de uma equiparação dos juízos de moralidade comum e moralidade administrativa ou pública, e tampouco se sustenta eventual alegação de que as pessoas detentoras de cargos públicos importantes não poderiam ter suas vidas privadas, ter suas pequenas distorções humanas.*

*Nem se diga, nesse passo, que bastaria uma norma jurídica genérica dizendo que ‘é obrigatório respeitar a moral e os bons costumes’, pois semelhante norma tampouco aniquilaria com a distinção entre os círculos jurídico e moral. Moralidade jurídica já é, por definição, conceito que escapa aos contornos da moralidade comum. Assim sendo, moral administrativa não se confunde com moral comum. Infrações que sancionam comportamentos imorais, no Direito Administrativo Sancionador, devem ser interpretadas restritivamente, com vinculação inarredável aos limites dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pgs. 318 a 320, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

### **3.2.3.1.5 - As Independentes Repercussões de Diversas Naturezas e em Outras Instâncias Judiciais e a Diferenciação para Determinados Ofícios e Carreiras com Estatutos Próprios**

Em suma, deve-se ter sempre à vista a perfeita harmonização que informa tanto a fenomenologia social quanto o ordenamento jurídico. De um extremo, determinados atos cometidos pelo servidor em sua vida privada, aquém dos controles jurídicos e do Direito, podem sofrer críticas de natureza social, moral e ética. No extremo oposto, outros atos de foro particular do servidor, que, no limite do emprego de fontes doutrinárias, jurisprudenciais e

principiológicas, parecem ultrapassar o alcance da persecução disciplinar e do *jus puniendi* da Administração, se, em gênero, se revelam antijurídicos, merecerão a devida apreciação e, se for o caso, a reprimenda por parte do Poder Judiciário, por meio de ações penal ou civil - resultando em imposição de pena, se o fato configura um crime comum, ou em determinação de reparar danos morais ou patrimoniais que tenham decorrido de atitude com abuso de direito por parte do autor, sobretudo quando ofendam o círculo de direitos de terceiros.

No salutar jogo de equilíbrio dinâmico dos direitos em que se funda um regime democrático, no mesmo texto constitucional em que se consagra proteção à vida privada, à intimidade e à liberdade de expressão, apenas para citar alguns exemplos, também se assegura a livre provocação do Poder Judiciário em favor de terceiro que porventura se considere prejudicado em decorrência de abuso de algum daqueles direitos, novamente com amparo doutrinário.

*“Não há ensejo, porém, para elastecer o alcance das punições disciplinares para fatos da vida privada ou da intimidade, que devem ter seu âmbito próprio de repressão, com consequências cíveis, comerciais, familiares, sociais, desaprovação moral contra o servidor, todavia sem repercussão na via administrativa. (...)*

*Há processos cíveis de indenização de danos morais e materiais, juízos de família, mesmo processos criminais, afora a censura social, de conteúdo moral, contra a atitude reprovável da vida privada, todavia não se deve trazer para a via administrativa comportamento alheio inteiramente às funções oficiais e que não revele direto comprometimento da dignidade do cargo.” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pg. 139, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

*“É certo que determinadas condutas ilícitas, praticadas por agentes públicos em suas vidas privadas, não têm por que integrar necessariamente o núcleo da falta de probidade administrativa. A proporcionalidade exige que se analisem as condutas sob perspectivas distintas, valoradas gradualmente a partir da idéia de que existem múltiplos mecanismos institucionais de reação contra os atos ilícitos.” Fábio Medina Osório, “Teoria da Improbidade Administrativa”, pg. 87, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2007*

Em sentido favorável ao entendimento de que, sobretudo no regime disciplinar estabelecido pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a repercussão disciplinar sobre atos de vida privada é residual e excepcional, verifica-se que os exemplos fartamente citados pelos doutrinadores que defendem tal extensão, sobretudo por aqueles que mais se aprofundaram no tema, e que também integram o rol de situações levadas ao Poder Judiciário e propiciadora de manifestações jurisprudenciais mencionam situações atípicas e bastante peculiares e que, na verdade, não são de imediata aplicabilidade, por analogia, a um integrante da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), vinculado às regras do mencionado Estatuto.

De um lado, parte destas referências menciona práticas cometidas em ofício privado (compatível com o cargo) que denotam incapacidade, incompetência ou imperícia técnica na mesma atividade desempenhada na seara pública e que afrontam a legislação específica dos respectivos órgãos reguladores, fiscalizadores ou autorizadores para o exercício daquele ofício (como Conselhos federais ou regionais de profissões regulamentadas e que requeiram capacitação superior específica e cujo exercício requeira regularidade de registro profissional), a ponto de merecer a cassação de registro, como, por exemplo, casos de profissionais de saúde que cometeram grosseiros erros médicos em hospitais particulares ou de engenheiros e arquitetos que assinaram projetos de construções que vieram a desabar.

*“Na atividade de consultoria jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, já foram verificados casos de médico, servidor público distrital, que praticara tantos erros profissionais na atividade privada, que até sua inscrição e registro foram cassados pelo Conselho Federal de Medicina - CFM, o que lhe*

*retirou a possibilidade de exercer a profissão, inclusive na atividade pública, quadro ilustrativo de os reflexos da conduta privada do funcionário se projetarem no campo administrativo, haja vista que desmoralizaria a Administração que seus agentes públicos, seus cirurgiões, fossem conhecidos como pessoas profissionalmente inidôneas, a ponto de terem sua inscrição cassada pelo Conselho Autárquico de Fiscalização Profissional competente.*

*Como admitir que o engenheiro, titular desse cargo no serviço público, pudesse desempenhar suas atribuições se o Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia já lhe cassara o registro, por causa de gravíssimos erros profissionais cometidos na atividade privada, a ponto de causar o desabamento de viadutos, pontes, prédios residenciais e comerciais? Poderia uma pessoa assim desqualificada ser julgada digna de continuar vinculada ao Estado?*

*Donde ficaria o prestígio do serviço público nesses casos? Quem são os integrantes dos postos da Administração: médicos cassados pelo CFM, por terem cometido faltas éticas constituídas de erros cirúrgicos repetidos e gravíssimos, causadores de mortes e sequelas definitivas em diversos pacientes operados quando do exercício privado da profissão? Enfermeiros acusados de cometer abuso sexual contra pacientes em hospitais particulares? Arquitetos e engenheiros que, na função privada, deram causa a desabamentos de prédios residenciais e comerciais devido a erros grosseiros nos projetos e nos cálculos por eles elaborados? Poderiam eles, normalmente, participar dos trabalhos e planos preliminares da construção de hospitais, museus, obras públicas, no exercício da função administrativa?*

*São casos de típico reflexo, na esfera administrativa, de atos consumados no ofício privado, que desmerecem o servidor público e o afetam nessa qualidade, projetando-se negativamente sobre a função administrativa pública e suas atribuições.” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pg. 129, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

De outro lado, parte daquelas referências menciona categorias de agentes públicos que, em função das tutelas públicas que exercem, são disciplinados por estatutos específicos que exigem, de forma expressa (e diferentemente da Lei nº 8.112, de 11/12/90), rigorosa conduta em vida privada, com maior emprego das chamadas infrações morais, como é o caso de agentes policiais federais, civis ou militares, integrantes das Forças Armadas e membros da magistratura e do Ministério Público.

Cite-se, a título de específico exemplo, previsão legal de irregularidade disciplinar, ratificada pela jurisprudência e pela doutrina, própria do comportamento privado e social do servidor, no Estatuto da Atividade Policial Federal (Lei nº 4.878, de 3 de dezembro de 1965) onde a inadimplência habitual de dívida legítima ou a manutenção de relações de amizade, com pessoas de desabonadores antecedentes criminais, constitui transgressão disciplinar.

*STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 17.354: “Ementa: (...) 3. A prática de ato libidinoso em local público não se compatibiliza com a honra e o decoro militar, ainda que o servidor não se encontre em serviço, razão por que não existe direito líquido e certo a ser amparado, em decorrência do licenciamento do impetrante, considerando, ainda, que o processo administrativo observou os princípios da ampla defesa e do contraditório.”*

*TRF da 1ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 1998.43.00.25150-5: “Ementa: (...) 3. Não se afigura razoável o preenchimento de cargo de Delegado de Polícia Federal por pessoa que, no passado, foi presa em flagrante delito por posse de cocaína, processada e condenada por tráfico de entorpecentes; foi demitida, a bem do serviço público, por auferir vantagens e proveitos pessoais em razão das atribuições que exercia; entregou-se à prática de vícios e atos atentatórios aos bons costumes; mantinha relações de amizade com pessoas de notórios e desabonadores antecedentes, inclusive com*

*criminosos envolvidos com tráfico de drogas, roubo e furto de veículos; abandonava o serviço para o qual estava escalado; frequentava lugares incompatíveis com o decoro da função policial; exercia atividades profissionais estranhas ao cargo; e que envolvia-se em transações de armas de calibre proibido, inclusive metralhadoras de origem estrangeira. 4. Confrontando os atos praticados pelo apelante com a norma que estabelece as hipóteses que afastam a presunção de idoneidade moral dos candidatos a cargos da carreira da Polícia Federal, conclui-se que o Conselho de Ensino da Academia Nacional de Polícia agiu dentro da legalidade ao enquadrar o apelante no item 2, alíneas “b”, “f” e “h”, bem como item 3 da Instrução Normativa n. 03/1997 do Departamento de Polícia Federal. 5. A Polícia Federal não pode correr o risco que admitir em seus quadros policial com passado tão sombrio, sob pena de por em risco a integridade da sociedade para a qual presta seus serviços, notadamente quando se trata do cargo de Delegado de Polícia. 6. Apesar de não garantir uma conduta profissional irreparável, a investigação da vida pregressa dos candidatos a cargos policiais é um fator de inegável importância no processo seletivo, onde, de plano, a administração deve afastar aqueles cuja falta de idoneidade moral fique desde logo demonstrada pela existência de atos praticados com violação à ordem jurídica posta.”*

*“Não se pode admitir, portanto, que um policial civil seja conhecido explorador de prostituição infantil, agiota, estelionatário condenado, integrante de quadrilhas, autor de extorsão ou tráfico de drogas, ainda que consuma essas condutas reprovadas e criminosas fora do desempenho do cargo, pois, mesmo assim, se evidencia uma incompatibilidade moral da parte da pessoa física para figurar como um componente da Administração Pública e das carreiras efetivas do funcionalismo estatal, sobretudo como combatente da criminalidade, como se supõe ser um policial. (...)*

*Outra será a consideração [de repercussão disciplinar por ato de vida privada] se existe prejuízo direto à função, como no caso do policial que recebe ajuda de custo de pessoa envolvida em crimes, ou que é diretor-presidente de escola de samba comprovadamente envolvida com o crime organizado ou o jogo do bicho, porquanto a atividade privada causa dano à condição de idoneidade para o exercício da função policial. (...)*

*Por exemplo, poderá ser enquadrada como prevaricação abusiva da condição de policial civil (inciso XLVIII do art. 43 da Lei federal n. 4.878/1965), falta apenada com demissão, a eventual conduta cometida por servidor que, em dia de folga, munido da pistola que lhe é acautelada em razão do cargo público, após ingestão de bebida alcoólica em bar, cometa crime de homicídio contra particular indefeso e inocente, pois o agente público, na hipótese, terá se valido do treinamento, que lhe é ministrado em virtude da função policial, e do porte de arma que a profissão lhe faculta para, em momento de folga, atentar, sem justa causa, contra a vida da vítima.” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pgs. 127, 132 e 134, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

*“(...) é possível restringir, por exemplo, inclusive a liberdade de expressão de determinadas categorias, dentre as quais, notadamente e de forma mais intensa, os militares, dado o inarredável sistema hierárquico imperante neste terreno, que se fundamenta nas relações de subordinação estrita.(...)*

*Dos tipos sancionadores de condutas ‘imorais’ dos membros do Ministério Público, Magistratura, Advocacia, altos cargos da Nação, Estados e Municípios. Outra grande categoria de agentes públicos expostos a relações de especial sujeição, em maior ou menor intensidade, com o Estado, é integrada por uma rica variedade de classes funcionais, incluindo as chamadas carreiras jurídicas, os agentes políticos, até alcançar os altos cargos da Nação. (...)*

*Em tais situações, existe uma tendência normativa a alcançar condutas morais desses agentes públicos, tipificando-as no plano jurídico, ou no plano ético-normativo, através de ilícitos de distintas naturezas, desde o campo disciplinar,*

*passando até mesmo pelos crimes de responsabilidade, além dos crimes comuns e tipos sancionadores da improbidade administrativa. (...)*

*Em todo caso, na tipificação das infrações morais, o legislador classifica, não raro, hipóteses em que o ato ilícito ocorre sem que haja ofensa direta a normas legais específicas, bastando que ocorra, por exemplo, procedimento incompatível com a honra, a dignidade e o decoro do cargo, elementos normativos amplos contemplados em figura típica reputada válida e aplicável nesses segmentos funcionariais e políticos. (...)*

*Parece-me que algumas autoridades públicas realmente devem adotar certas cautelas na vida privada, como um ônus decorrente da importância das funções, mas não se podem alargar em demasia esses controles, sob pena de instaurar odiosa intromissão institucional na vida privada.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pgs. 301, 308 a 312, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

### **3.2.3.1.6 - Conclusão Teórica Acerca da Possibilidade de Extensão da Repercussão Disciplinar para Atos de Vida Privada**

Após extensa pesquisa na base doutrinária e jurisprudencial, sopesada pela aplicação dos princípios reitores mais caros à instância disciplinar, logra-se uma razoável modelação teórica acerca do tema da possível repercussão disciplinar para atos cometidos pelo servidor em sua vida privada.

De imediato, de acordo com a estrita observância do princípio da legalidade, corolário direto do Estado Democrático de Direito, aplica-se o regime disciplinar para ato cometido em vida privada se o agente é integrante de carreira específica dotada de lei orgânica ou estatuto próprio que expressamente estabeleça repercussão disciplinar para condutas totalmente dissociadas do exercício do cargo, ainda que sob emprego de cláusulas em branco ou abertas, como, por exemplo, atos imorais ou de quebra de decoro ou de ilibada conduta pessoal.

Afastada esta hipótese de agentes públicos submetidos à normatização disciplinar específica, no caso de servidores integrantes de cargos ou carreiras regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, à vista da leitura da parte final do seu art. 148, até é possível se cogitar de responsabilização disciplinar para atos cometidos na vida privada, mas sob especiais condições.

Na primeira hipótese, sendo ocupantes de cargos públicos cujas atribuições legais se confundem com ofícios regulamentados que requerem habilitação específica e registro em Conselhos profissionais ou órgãos reguladores, autorizadores ou fiscalizadores, atos cometidos no exercício privado do mesmo ofício que denotem inabilitação, incapacidade ou incompatibilidade técnica podem repercutir funcionalmente na instância administrativa, conforme exemplos mencionados pela doutrina.

Na segunda hipótese, que se revela como a regra geral e que é a que ora interessa, dos servidores de cargos e carreiras de nível auxiliar (que requerem grau de escolaridade de ensino fundamental) ou intermediário (que requerem grau de escolaridade de ensino médio) ou superior de forma inespecífica (que requerem grau de escolaridade superior em qualquer área, sem exigir determinada habilitação profissional e registro competente), como é o caso da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), regida pela Lei nº 8.112, de 1990, e acessível a qualquer portador de diploma de ensino superior, a possibilidade de responsabilização disciplinar por ato cometido na vida privada é de ser vista de forma residual e excepcional, com base apenas no alcance previsto na parte final do seu art. 148.

Neste rumo, não se cogitando para os cargos de Auditor-Fiscal ou de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil (AFRFB ou ATRFB) de atividade particular de mesma natureza de seus múnus públicos cuja repercussão disciplinar decorra tão somente da imperícia, da incapacitação ou da inabilitação na sua prática (ao contrário, neste caso

específico, a prática privada de atividades inerentes aos dois cargos públicos se revela desde sempre inafastavelmente incompatível, conforme se aduzirá em 4.7.3.18.7 e em 4.7.4.4.5), para que um ato de vida privada repercuta disciplinarmente, faz-se necessário que exista ao mínimo uma relação indireta desta conduta com o exercício do cargo ou com suas atribuições legais, estando fora do alcance do regime disciplinar os atos exclusivamente de vida privada totalmente dissociados do cargo e também as condutas constitucionalmente protegidas sob o conceito de liberdades fundamentais da pessoa (tais como os direitos à preservação da sua privacidade e da sua intimidade, de livre manifestar seus pensamentos e de livre associar-se, dentre outros).

Na análise que aqui interessa, além da necessária relação pelo menos indireta do ato de vida privada com o cargo ou com suas atribuições legais e de este não se inserir no conceito de garantias fundamentais da pessoa, sempre deve ser vista esta repercussão como algo residual e excepcional, pois mesmo os doutrinadores que defendem tal aplicação a restringem para atos graves, fortemente desabonadores da dignidade funcional, de que são exemplo a improbidade administrativa e casos em geral de forte conflito de interesses público e privado.

Não se confunda o esforço de retórica acima empregado - com o fim de reiterar o enfoque residual e excepcional como deve ser vista a possibilidade de responsabilização disciplinar para fatos cometidos na vida privada -, quando se mencionou a incursão em condutas graves como improbidade administrativa e conflito de interesses, como excludente de condutas de menor grau de afronta e lesividade também serem excepcionalmente atingidas pela parte final do art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990. É possível que um ato de vida privada, ainda que não comporte gravidade e reprovabilidade a ponto de ser considerado como ímprobo (e, portanto, merecedor de pena expulsiva). A possibilidade em tela não passa pela gravidade da conduta e tampouco pela conseqüente repercussão reprovadora em mídia e clamor social.

Ao contrário, em síntese, os atos de vida privada que, excepcional e residualmente, podem merecer a excepcional aplicação do regime disciplinar são aquelas condutas que guardam algum grau de relação com as atribuições legais do cargo e que, genericamente, afrontam o patrimônio moral ou a imagem da instituição e/ou da Administração Pública, cabendo nesta expressão os mais variados graus de gravidade e de reprovabilidade, de forma que o enquadramento e a conseqüente apenação restam dependentes das condicionantes de cada caso concreto. Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos.

*Orientação Coger nº 30*

*Para que um ato de vida privada seja alcançado pelo regime disciplinar, é necessário que guarde relação com as atribuições do cargo e que afronte o patrimônio moral ou a imagem da instituição ou da administração pública, independentemente do grau de gravidade e de reprovabilidade definidor do enquadramento adequado às condicionantes do caso concreto e da conseqüente apenação.*

A conclusão ora esposada - de que a possibilidade de atos de vida privada serem atingidos pela aplicação do regime disciplinar deve ser compreendida de forma excepcional e residual, já significa uma ampliação do controle estatal e que, portanto merece sempre interpretação restritiva - também encontra apoio no entendimento do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), conforme expressa sua doutrina manualizada.

*“Os atos praticados na esfera da vida privada do servidor público em princípio não são apurados no âmbito da Lei nº 8.112/90 e só possuem reflexos disciplinares quando o comportamento relaciona-se com as atribuições do cargo.*

*Percebe-se que há outras sanções no meio social a que está sujeito o indivíduo e não se pode pretender recorrer ao direito disciplinar pelo simples fato do*

*responsável pelo ato censurável se tratar de um servidor público. Em resumo, a repercussão disciplinar sobre atos de vida privada é residual e excepcional, amparada pela parte final do art. 148 da Lei nº 8.112/90”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 30 e 31, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

### **3.2.3.2 - Não Exigência de Dedicção Exclusiva nem Mesmo para Atividades Exclusivas ou Carreiras Típicas de Estado**

Na sequência do exposto no tópico anterior, relevante resgatar que, desde a edição da Emenda Constitucional (EC) nº 19, de 4 de junho de 1998, que alterou o § 8º do art. 39 da Constituição Federal (CF), na leitura conjunta com o § 4º do mesmo comando constitucional, o ordenamento pátrio passou a admitir que também os servidores organizados em carreiras passassem a ser remunerados exclusivamente por meio de subsídio em parcela única, vedado qualquer tipo de acréscimo, o que, até então, era restrito a membros de Poderes, detentores de mandatos eletivos, Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais.

Uma década mais tarde, a Lei nº 11.890, de 24 de dezembro de 2008, instituiu a remuneração por subsídio para diversas carreiras cujos cargos efetivos possuem em suas atribuições o desenvolvimento de atividades exclusivas de Estado (as chamadas carreiras típicas de Estado). Ressalve-se que, embora a Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB) seja típica de Estado, a remuneração dos titulares dos cargos que a compõem, ou seja, os ocupantes de cargos de Auditor-Fiscal e de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil (AFRFB e ATRFB), deixou de ser por subsídio, voltando a ter vencimento (com inovação de bônus de eficiência e produtividade) com a alteração promovida pela Lei nº 13.464, de 10 de julho de 2017.

Embora a expressão adjetivada daquelas atividades faça parte do texto do *caput* do art. 247 da CF e do texto do *caput* do art. 3º da Lei nº 9.801, de 14 de junho de 1999, e em outras leis esparsas, a rigor não há uma definição legal do que seja atividade exclusiva de Estado e tampouco uma lista exaustiva das carreiras típicas de Estado e menos ainda há uma consolidação na forma de um regime diferenciado de deveres, direitos e prerrogativas dos servidores ocupantes dos respectivos cargos efetivos.

Doutrinariamente, se compreende que atividades exclusivas de Estado são atuações que apenas ao poder público cabe executar, indelegáveis ao setor privado, sendo inadmissível um paralelismo na livre iniciativa e, conseqüentemente, não existindo um agente privado correspondente ao servidor investido em tais funções. Por se tratar de atividades de forte cunho estratégico, pois tocam em matérias sensíveis ao interesse público-social, ligadas à jurisdição *lato sensu*, regulação, fiscalização e exercício do poder de polícia de forma geral, as atividades exclusivas de Estado requerem cargos dotados de cláusulas especiais de independência, autonomia e segurança de atuação funcional. Cabe a reprodução do teor do art. 78 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN), para definir poder de polícia como a “*atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos*”.

Além de atividades públicas com regimes estatutários muito específicos, como magistratura, defesa da ordem jurídica e dos interesses da sociedade e defesa nacional militarizada, exemplificadamente, podem ser mencionadas as atividades, as correspondentes carreiras e os respectivos cargos efetivos relacionados à fiscalização e arrecadação tributária,

previdenciária e trabalhista, advocacia pública, defensoria pública, segurança pública, gestão governamental (que incluem finanças e controle, comércio exterior, políticas públicas e planejamento e orçamento), política monetária e cambial e regulação do sistema financeiro, diplomacia, controle do mercado de seguros, regulação do mercado de valores mobiliários, planejamento e orçamento federais e controle de contas públicas e de execução orçamentária, que basicamente são os *múnus públicos* contemplados na mencionada Lei nº 11.890, de 2008, sem prejuízo de se cogitar de outros.

Neste rumo, mais especificamente, é de se mencionar que, nas redações originais do *caput* e do § 1º do art. 3º da Lei nº 11.890, de 2008, que estabeleciam a então remuneração por subsídio, os titulares dos cargos de AFRFB e de ATRFB haviam passado a se submeter a um suposto regime de dedicação exclusiva, em que lhes era vedado o exercício de outra atividade remunerada, privada ou pública, potencialmente causadora de conflito de interesses, tendo-se ressalvado o magistério em horário compatível.

Na verdade, na origem deste dispositivo, que remontava à Medida Provisória (MP) nº 440, de 29 de agosto de 2008, previa-se a introdução de um rígido sistema de dedicação exclusiva, com vedação a qualquer outra atividade remunerada, sem exceção. No entanto, no processo de conversão em lei, o Poder Legislativo flexibilizou o mandamento de proibição absoluta, vedando apenas as atividades potencialmente causadoras de conflito, alterando o texto da MP; mas, inadvertidamente, o legislador manteve a expressão “dedicação exclusiva”. A manutenção daquela expressão, no *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 2008, que exigiria dos agentes públicos dedicação exclusiva, restava em contradição com o fim do mesmo dispositivo, em que se concedia a possibilidade de prática de atividade remunerada desde que não configurasse conflito de interesses, conforme se aduzirá em **4.7.3.18.4.a** e em **4.7.3.18.5**.

Na prática, isto significava que, com exceção do curto período de cerca de quatro meses em que vigorou a MP, os servidores ocupantes dos dois cargos integrantes da Carreira TARFB não chegaram a se submeter de fato a um regime de dedicação exclusiva, de forma que, a partir da conversão na Lei nº 11.890, de 2008, o exercício de atividades privadas, ainda que remuneradas, apenas por si só, *a priori* não configurava imediata e automática materialidade de infração disciplinar.

O *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 2008, específico para a Carreira TARFB, já desde sua redação original, se ajustava - e ainda se ajusta - à interpretação sistemática da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que, por um lado, tem como regra geral que atos de vida privada não repercutem disciplinarmente, mas que, por outro lado, não tolera a prática de atividades incompatíveis (no inciso XVIII do seu art. 117). A literalidade daquele dispositivo legal não introduziu relevante inovação para a Carreira, como teria sido se tivesse convertido que um ato de vida privada, totalmente dissociado do cargo público, apenas pelo simples fato de ser remunerado, pudesse vir a configurar ilícito disciplinar. Afinal, a atividade privada desde então tida como legalmente vedada - a menos de magistério, nos termos esclarecidos em **4.7.3.18.5.a** - que sujeita o servidor à possível responsabilização por conta do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 2008, não era uma prática privada qualquer, mas sim aquelas que podiam, pelo menos potencialmente, causar conflito de interesses.

Como tais situações conflituosas posteriormente ganharam sua própria definição legal, por meio da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 (a Lei de Conflito de Interesses), conforme se detalhará em **4.7.3.18.6.b**, resultou que o *caput* e o § 1º do art. 3º da Lei nº 11.890, de 2008, foram harmonizados ao novo ordenamento, desta feita pela Lei nº 13.328, de 29 de julho de 2016. Esta Lei cuidou de eliminar a expressão “dedicação exclusiva”, que restara contraditória, afastou a necessidade de haver remuneração para configurar a prática conflituosa e expressamente remeteu à definição material dada pela Lei nº 12.813, de 2013, além de, obviamente, condicionar o exercício de outra atividade à compatibilidade de horários.

*carreiras de que trata o art. 1º da Lei nº 10.910, de 15 de julho de 2004, são impedidos de exercer outra atividade, pública ou privada, potencialmente causadora de conflito de interesses, nos termos da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013. (Redação dada pela Lei nº 13.328, de 29 de julho de 2016).*

*§ 1º Na hipótese em que o exercício de outra atividade não configure conflito de interesses, o servidor deverá observar o cumprimento da jornada do cargo, o horário de funcionamento do órgão ou da entidade e o dever de disponibilidade ao serviço público. (Redação dada pela Lei nº 13.328, de 2016)*

Pode-se dizer que, com a redação dada pela Lei nº 13.328, de 2016, ao *caput* e ao § 1º do art. 3º da Lei nº 11.890, de 2008, enfim, o legislador acertou e harmonizou o ordenamento do tema, ao expressar que apenas a atividade privada causadora de conflito de interesses, independentemente de remuneração, é que deve ser vedada aos ocupantes dos dois cargos integrantes da Carreira TARFB (bem como o fez igualmente para todas os demais cargos que desempenham atividades exclusivas de Estado contemplados nesta Lei).

E, uma vez que, para poder causar conflito de interesses com o cargo, faz-se necessário que a atividade privada guarde alguma correlação com o múnus público, pode-se dizer que, mesmo após todo o percurso ora descrito de inovação e alteração legislativa, manteve-se a linha geral de atuação da Lei nº 8.112, de 1990, neste aspecto, qual seja: de forma geral, os atos de vida particular estão fora do alcance do regime disciplinar, a menos daqueles atos que, mesmo praticados em âmbito privado, podem, em algum grau, manter tangências e correlações com a tutela pública exercida pelo cargo.

### **3.2.3.3 - A Estanqueidade das Competências Regimentais para Matérias de Gestão de Pessoas, de Gerência Administrativa e Fiscal e para Matéria Correccional**

Sem prejuízo de se complementar a postura criteriosa já defendida em 2.3.2 e 2.5.3, deve-se demarcar de forma inequívoca a perceptível diferenciação entre atos de gerência e de gestão de pessoal, inerentes ao dia a dia administrativo de chefias, e os residuais e excepcionais ilícitos disciplinares. A máxima da independência das instâncias, já mencionada em 3.2.1, é de tamanha força que não se opera apenas entre as distintas instâncias jurídicas administrativa, penal e civil mas também até mesmo dentro de áreas internas da Administração. Como é comum na Administração Pública federal, o Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, divide as competências de acordo com as diversas áreas de atuação administrativa interna - a que a nomenclatura atual se refere como macroprocessos de trabalhos, que se subdividem em inúmeros processos de trabalho, em atualização do termo historicamente empregado, de divisão em “sistemas” especializados (citam-se, como exemplos, além da atuação correccional, as áreas de controle aduaneiro, de fiscalização, de atendimento, de arrecadação, de gestão do crédito tributário, de pesquisa e investigação, de gestão de pessoas, de materiais e logística, de tecnologia da informação, etc), de forma que, mesmo dentro dos limites internos da Administração, preserva-se a autonomia das competências.

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 1º*

*Parágrafo único. No exercício das suas atribuições a RFB atuará de forma sistêmica e orientada aos processos de trabalho. (Incluído pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

Com isto, a matéria de recursos humanos e de pessoal é tratada pela Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep) e por suas projeções regionais e locais e também pelos administradores locais, à parte da atuação disciplinar, de competência exclusiva da Corregedoria (Coger) e dos Escritórios de Corregedoria (Escor).

De um lado, é de se dizer que, no que aqui importa mencionar, a competência regimental do sistema correccional limita-se a investigar indícios de ilícitos disciplinares,

apurar sua ocorrência e aplicar ou propor a respectiva pena, se for o caso. Isto porque, no mesmo rumo, conforme estabelece o § 1º do art. 3º e o Anexo XIII, ambos do Regimento Interno da RFB, como unidade de assessoramento direto do Secretário da Receita Federal do Brasil, a Coger e todo o sistema correcional jurisdicionam em todo o território nacional o processo de trabalho “Desenvolver a Integridade Funcional”, que juntamente com outros três outros processos de trabalho intitulados “Promover a Ética Institucional”, “Gerir Riscos Institucionais” e “Realizar Auditoria Interna”, integram o macroprocesso de trabalho “Gestão da Conformidade Institucional”, conforme estabelece a Portaria RFB nº 38, de 11 de janeiro de 2016, que estabelece o inventário de competências do órgão.

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 3º*

*§ 1º As Subsecretarias e as unidades de assessoramento direto, subordinadas diretamente ao Secretário da Receita Federal do Brasil, jurisdicionam em todo o território nacional os respectivos processos de trabalho constantes do Anexo XIII. (Incluído pela Portaria MF nº 512, de 2013)*

De outro lado, em harmônica contrapartida, o mesmo Regimento Interno da RFB estabelece, no inciso VII do seu art. 314, como competências comuns dos dirigentes, dentre outras competências referentes à atividade-fim do órgão, a aplicação da legislação de pessoal por parte dos titulares de unidades a seus subordinados, o que compreende toda forma de controle gerencial e de gestão sobre sua força de trabalho local, exercida em conjunto com as competências regimentais atribuídas à Cogep e às suas projeções regionais e locais, nos arts. 190, 221 e 257, da mesma norma.

Assim, a estanqueidade desta divisão regimental de competências ordena que não cabe ao sistema correcional interferir em práticas, rotinas e organização de trabalho adotadas nas demais unidades da RFB, que se revestem de aspecto meramente gerencial e que, portanto, incumbem tão somente ao dirigente da unidade. Não há que se confundir questões de mera resolução interna - em que se incluem os atos cotidianos de gestão de pessoas de que se incumbem o administrador - com a atuação excepcional e residual do sistema correcional (investigações disciplinares e apurações contraditórias através de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar - PAD), a cargo da Coger e dos Escor.

A gestão de pessoas e a gerência administrativa (que aqui podem ser tomadas como exemplos de atividades preventivas) têm maiores possibilidades de emprego e acerto pela autoridade local, já que esta se encontra mais próxima do servidor, contemplando as peculiaridades individuais, regionais e dos casos concretos que porventura lhe sejam postos a analisar. Para exercer aquelas atividades, realmente, ninguém mais qualificado que o administrador local, por melhor conhecer as características e condutas individuais de cada um, as especificidades da atividade-fim desempenhada em sua unidade e as condições em que se dá tal desempenho e também os fatores humanos que sintetizam os regionalismos e as diferenças sociais e culturais do País. Inegavelmente, em um país de dimensões continentais, hábitos, costumes e aspectos comportamentais e culturais diferem de região para região e não se justifica, *a priori*, que os gestores locais desprezem tal elemento de informação. Não obstante, a afirmação anterior não tem o condão de negar que, caso a instituição tenha adotado um determinado padrão codificado ou normatizado de conduta, este deve prevalecer em todo o corpo funcional, superando regionalismos e aspectos culturais locais.

E, neste rumo, o gestor de pessoal ou a autoridade hierarquicamente superior dispõem de instrumentos e ferramentas previstos no ordenamento para, diante de condutas de aspecto meramente comportamental, restabelecer a ordem e o equilíbrio internos sem que, em primeiro momento, necessariamente se cogite de provocar o sistema correcional. À vista do princípio da independência das instâncias, um ato funcional de menor gravidade cometido no âmbito da Administração pode provocar repercussão na instância de gestão de pessoas ou na gerência administrativa e não repercutir disciplinarmente.

Exemplificadamente, pode-se citar que desvios associados à presença (assiduidade e

pontualidade), quando não justificados à chefia imediata, devem ser objeto da ferramenta gerencial cabível, que é o corte de ponto, conforme determina o art. 44 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Como um outro exemplo a se citar nesta linha, a insuficiência de desempenho e de contribuição individual para cumprimento de metas de produtividade pode justificar redução na pontuação, para fins de progressão e promoção do servidor na carreira, uma vez que estes dois institutos dependem de periódica avaliação de desempenho, também a cargo de sua chefia imediata, com base, entre outros, em critérios de iniciativa, cooperação, assiduidade, pontualidade, urbanidade, disciplina, produtividade e aprimoramento.

Ou seja, tais ferramentas e instrumentos gerenciais demonstram que o administrador - destacadamente a chefia imediata do servidor - não só pode como deve atuar na sua gestão de pessoal, fazendo repercutir em direitos funcionais a sua avaliação sobre alguns critérios que têm forte relação com aspectos comportamentais. Como, em síntese, os dois exemplos não exaustivos mencionados acima, ao final, repercutem na remuneração recebida pelo servidor, tem-se ilustrado que, entre outros parâmetros, a Administração dispõe da retribuição financeira pelo trabalho como uma das ferramentas de gestão para estimular o comportamento adequado. Muitos outros exemplos podem ser citados, como o poder discricionário conferido à chefia para, a seu critério, definir em que posto de trabalho o servidor deverá desempenhar suas atribuições legais a fim de melhor atender ao interesse público, bem como a decisão de a quem conceder quaisquer formas de retribuição, incentivo e reconhecimento pela dedicação e comprometimento por parte do servidor com os valores institucionais.

Assim, demonstra-se que aspectos comportamentais basilares da boa ou da má conduta funcional encontram, respectivamente, estímulo ou remédio na instância administrativa de gestão de pessoas. No caso de condutas insatisfatórias, é bastante razoável entender que, a princípio, os atos de gestão a cargo do administrador, porventura cabíveis, devem ser empregados preventivamente à representação disciplinar e sobretudo à persecução disciplinar, que somente devem ser empregadas quando nenhum outro ato gerencial surte o necessário efeito restabelecedor da ordem interna. Nesta linha, é de suma importância para o corpo funcional e para a própria instituição que os administradores, gestores de pessoal e a Comissão de Ética Pública Seccional da RFB (CEPS-RFB) tenham plena consciência de que, como regra, os atos funcionais merecedores de atenção da gestão de pessoas não se confundem com matéria disciplinar e pode ser ainda que não se confundam sequer com matéria ética, pois as instâncias, em geral, são independentes na Administração e, sobretudo, que se tenha certo que, dentre estas esferas estatais de atuação, a instância disciplinar é sempre de ser vista como a derradeira e mais residual.

Coerente com a linha doutrinária e principiológica adotada por todo o sistema correcional, embora a Lei nº 8.112, de 1990, por sua natureza estatutária (que a obriga a lançar mão de abrangentes enquadramentos, diferentemente da típica lei penal), albergue em seus enquadramentos punitivos condutas de pequeno poder lesivo que tangenciam aspectos comportamentais, ratifica-se a relevante fronteira existente entre transgressões éticas e aspectos meramente cotidianos em comparação com os ilícitos disciplinares.

Pode-se dizer que, em geral, a atuação correcional repercute de forma muito onerosa no corpo funcional e na instituição quando o gestor não atenta para esta diferenciação e tenta estender a gravosa responsabilização disciplinar para atos que mereceriam solução apenas com ferramentas gerenciais ou, no máximo, éticas. No âmbito administrativo, a instância disciplinar deve ser compreendida como um remédio jurídico excepcional e residual, a ser aplicado com cautela e com reserva naquelas situações extremadas em que providências e instrumentos não punitivos internos à gerência da própria unidade não são suficientes para fazer surtir o efeito ordenador ou reparador desejado. A instância disciplinar é verdadeiramente o mais amargo remédio jurídico de que dispõe a Administração para manter e para restabelecer a ordem e o equilíbrio internos porventura afetados por alguma conduta infracional e, por isto, não deve ter o emprego vulgarizado.

Não soa razoável, proporcional e eficiente lançar mão do pesado ferramental jurídico do processo disciplinar e da sanção disciplinar para corrigir aspectos meramente comportamentais da conduta funcional. A fase de admissibilidade deve primeiramente valorizar a intervenção mínima que se extrai da incomunicabilidade das distintas competências regimentais do sistema correccional e da gestão de pessoas e da gerência administrativa. Acrescente-se ser por demais cedo todo o ônus inerente à ação disciplinar, independentemente de seu resultado final e mesmo quando proporcionalmente manejada; e este ônus se enfatiza - tanto em aspectos materiais (custo financeiro, prejuízo da produtividade na matéria-fim, etc), quanto em aspectos imateriais (fragilização da segurança jurídica interna, prejuízos à honra do corpo funcional, etc) - quando a atuação se dá de forma desarrazoada. Antes de seu emprego, cabe ao administrador esgotar todas as demais ferramentas gerenciais e administrativas - e, portanto, menos onerosas - de que dispõe para reequilibrar o *status* interno na Administração.

É de se entender que condutas criticáveis meramente por aspectos comportamentais podem ser solucionadas apenas com tratamentos gerenciais, à vista dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. E, desta forma, ratifica-se que as questões de tal natureza merecem soluções que melhor atendem ao interesse público - aqui muito mais preservado com a cautela de se buscar a adequação das forças de trabalho às atividades do que com efeito punitivo *stricto sensu*. Nem sempre, é necessário que se destaque, o processo disciplinar e a consequente punição disciplinar despontam como o melhor ou único remédio para solucionar conflitos *interna corporis* na Administração.

As condutas sujeitas a meros ajustes comportamentais, a cargo das chefias imediatas, em atos claramente limitados à tarefa de gestão de pessoal, não devem merecer provocação ao sistema correccional. Os aspectos meramente comportamentais da conduta dos servidores devem ser ajustados e balizados, quando necessário, por meio das mais variadas ferramentas gerenciais de que dispõe o administrador, mas não, pelo menos em um primeiro momento, por meio das penas estatutárias do regime disciplinar. A atividade de chefia embute ônus, compromissos e responsabilidades que são inerentes às tarefas de lidar com pessoal, não sendo acertada a tentativa de repassar as responsabilidades de gestão de pessoal para o sistema correccional.

Neste sentido, as autoridades regionais ou locais, os titulares de unidades fiscais ou administrativas, desprovidas de competência correccional, devem atentar para não confundir o mandamento do § 1º do art. 7º da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, de encaminhar ao respectivo Escor notícias de supostas irregularidades, com a sua ampla competência regimental, que as incumbe de uma imensa gama de atos de gerência e de administração de pessoal. Estas suas competências de exercício cotidiano devem merecer resolução interna gerencial e não serem objeto de representação, não podendo ser confundidas com a residual competência disciplinar, de aplicação muito específica.

Embora, a rigor, a Lei nº 8.112, de 1990 preveja responsabilidade administrativa para condutas meramente comportamentais, ou que possam se confundir com desvios éticos, é de se atentar para a impropriedade de se “queimar etapa” e se tentar emprestar repercussão disciplinar a uma conduta para a qual se pode, em primeiro momento, buscar uma solução gerencial e menos traumática.

Como se vê, de forma coerente, ao se defender a independência das instâncias dentro da própria Administração, nada mais se faz que repisar que as posturas preventivas (tais como de gestão de pessoas) podem ter o condão de anteceder e até mesmo de inibir a atuação repressiva. Em outras palavras, o emprego das ferramentas gerenciais de que dispõe o administrador, ainda que à primeira vista pareça antipático e constrangedor, tem o condão de inibir o emprego dos remédios jurídicos mais onerosos (sob todas as óticas, pessoal e institucional) como são o processo e o regime disciplinar, de competência da Coger e dos Escor.

Assim, eventuais críticas que possam pairar sobre um servidor em decorrência de lacunas em sua conduta associadas à produtividade, dedicação, pontualidade, assiduidade, urbanidade - não obstante serem relevantes e merecedoras de tutela - inicialmente, devem ser objeto de ajuste e correção por meio de ferramentas gerenciais, tais como o aumento e o registro por escrito de exigências e de cobranças de cumprimento de jornada de trabalho e de metas de produtividade, a estipulação de prazos para entrega de trabalhos cotidianos, a realocação do servidor em outras atividades da unidade, o corte de ponto, a diminuição de pontuação em sistemas de avaliação para remuneração ou progressão na carreira e até a sua colocação em disponibilidade da projeção de gestão de pessoas. Não convém que o administrador local, diante de condutas desta espécie, promova de imediato a representação disciplinar contra o servidor, sem antes ter tentado esgotar o emprego das ferramentas gerenciais a seu alcance.

Não se tem dúvida em afirmar que, por mais desagradável e constrangedor que seja para um servidor ser objeto de qualquer destas ferramentas corretivas a cargo de sua chefia, muito mais grave oneroso é protagonizar como objeto de representação ao sistema correccional e sobretudo figurar como acusado em processo disciplinar.

Por outro lado, em outras situações díspares, verifica-se, por vezes, a plausibilidade da representação e da instauração do rito disciplinar, não só em decorrência do descumprimento em si de algum critério de bom desempenho do cargo por parte do servidor na instância de gestão de pessoas, mas também porque, após o esgotamento em vão das ferramentas gerenciais disponíveis, quando o emprego exaustivo das ferramentas inibidoras da má conduta, a cargo da gerência local, se demonstrou insuficiente, mais importante do que se ver aquele critério ser mal atendido, resta colocada em xeque a autoridade da chefia (diante da afronta ao caro princípio da hierarquia). Em tais hipóteses extremadas de afronta à hierarquia, somente resta a este chefe, na percepção de consecução que aqui se defende, fazer a provocação da instância de apuração disciplinar.

Neste rumo, a despeito da estanque divisão de competências regimentais a separar a residual e excepcional atuação correccional da atividade cotidiana de gestão de recursos humanos, a cargo da via hierárquica, é de se ratificar que a Lei nº 8.112, de 1990, prevê o processamento e a possível sanção mesmo para determinadas e específicas infrações de natureza comportamental por parte de servidor. Em contraposição à regra geral de que a via hierárquica e a gestão de pessoas dispõem de ferramentas jurídicas mais razoáveis e proporcionais para solucionar conflitos do dia a dia da repartição e à consequente postura cautelosa e de mínima intervenção com que a própria matéria disciplinar se posiciona em face de condutas de aspecto meramente comportamental, ratifica-se e reforça-se que o desrespeito à hierarquia, quando presente, assume relevância e não pode ser liminarmente tolerado.

Na mesma linha de delimitação regimental de competências de atuação na RFB, não há que se provocar a atuação da instância disciplinar para situações em que se configura apenas a contestação de atos cometidos em instância fiscal. Com isto, não cabe ao sistema correccional apreciar casos em que, equivocadamente, o contribuinte contesta atos fiscais contra ele cometidos e clama pela “correção” de tais atos, uma vez que reclames afetos à matéria fiscal competem, por óbvia questão de preservação das competências, à repartição fiscal local. O termo “correccional”, diferentemente da forma abrangente e equivocada como por vezes pode ser empregado pelo leigo contribuinte, deve ser compreendido restritivamente para a instância disciplinar, não podendo ser confundido com uma inexistente competência para corrigir, refazer, reformar atos que competem a outras unidades regimentais da instituição (e nem mesmo para ordenar que se façam providências).

Não há que se confundir as competências estabelecidas no inciso V do art. 285 e no inciso V do art. 287, ambos do Regimento Interno da RFB, que concedem ao Corregedor e ao Chefe de Escor competências atinentes à realização de ação fiscal ou à sua revisão com o inexistente poder de determinar o modo de atuar da matéria fiscal.

Advirta-se que não há via hierárquica ligando o Escor e a Coger às unidades locais ou regionais, de forma que a estrutura correcional não se configura competente para interposições recursais de matéria fiscal. À vista da sabida repartição de competências sempre consagrada nos consecutivos Regimentos Internos da RFB, não compete a Chefe de Escor e nem mesmo ao Corregedor rever ato de Agente, Inspetor-Chefe, Delegado e Superintendente da Receita Federal do Brasil, devendo todo este tipo de provocação ser liminarmente encaminhado à autoridade fiscal competente. A satisfação da máxima constitucional do direito ao inconformismo e da instauração de instância recursal por parte do contribuinte também deve se ater ao rito estabelecido pela legislação de regência do processo administrativo fiscal, em que, em primeiro grau, a unidade competente é a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) da jurisdição, sendo certo que o regramento regimental interno não permite que a instância correcional imiscua-se em tais meandros da instância fiscal.

Sem prejuízo das garantias de o contribuinte requerer à autoridade fiscal nos assuntos afetos àquela instância, no que se refere especificamente à competência regimental do sistema correcional, ou seja, matéria disciplinar, não é de se dar relevância às suas vagas, genéricas e imprecisas alegações, que, em regra, traduzem manifestações de inconformismo com a prática e com a operacionalidade da atuação fiscal.

#### **3.2.3.4 - Outras Hipóteses de Possível Exclusão de Materialidade ou de Autoria**

Além dos temas abordados no tópico anterior, também deve ser objeto de muita cautela, por parte do sistema correcional, a notícia de extrapolação ou a perda de prazos processuais por parte do servidor, na instância fiscal ou em qualquer atividade funcional que requeira iniciativas, diligências ou providências em determinado lapso temporal. Em cenários de carência de pessoal e excesso de tarefas, em contexto de boa-fé, não necessariamente cabe algum tipo de responsabilização ao servidor em cuja carga estava, por exemplo, um processo em que o direito da Administração decaiu ou em que a ação de ordem pública prescreveu ou em que o contribuinte recuperou um status processual mais favorável (como reanulação de espontaneidade, por exemplo). Salvo casos extremos de conduta omissiva dolosa ou de conduta reiterada a ponto de configurar desídia, a extrapolação ou a perda de prazos, ainda que acarrete algum tipo de prejuízo (material ou imaterial) à Administração não necessariamente deve ser compreendido de forma apriorística como ensejador de ilicitude disciplinar.

No mesmo rumo, convém alertar, com muita reserva e cautela, que, pela própria natureza da matéria jurídica, não raro se configura a situação de dois ou mais servidores divergirem no entendimento, na aplicação ou na interpretação de normas ou de conceitos. Em tese, desde que não caracterizada má-fé de qualquer um dos dois lados, não se configura, em princípio, ilícito disciplinar com a mera discordância, ainda que envolvendo servidores com vinculação hierárquica. Não se cogita de insubordinação por parte do servidor hierarquicamente inferior, em relação a seu superior hierárquico, em razão do lícito embate de ideias. Ademais, é inerente da atividade administrativa, fortemente hierarquizada, o poder de rever seus próprios atos. E, muitas das vezes, isto se dá em função tão somente de diferentes interpretações ou entendimentos, sem que se confunda em afirmar que a postura a ser reformada decorreu de ato ilícito, passível de responsabilização via instância disciplinar. Soaria como irrazoável e desproporcional emprestar repercussão disciplinar a discussões, questionamentos e divergências de interpretação onde realmente cabem tais digressões, como de fato ocorre em diversos campos inexatos, polêmicos, controversos ou duvidosos do ordenamento legal e infralegal. Afastada da presente abordagem a inobservância isolada, pessoal, individualizada, recalcitrante e injustificada de parte de um servidor em face a uma norma que não suscita discussão em todo o restante do corpo funcional a que se dirige e sobre o qual incide e vincula, eventual interpretação divergente e até mesmo eventual recusa em

seguir a tese abraçada por um superior hierárquico não deve ser objeto de repercussão disciplinar.

Também não se enquadra, em princípio, na abrangência objetiva, o regular exercício do direito de greve por parte do servidor, em face da inexistência de lei específica que regulamente este direito, previsto no inciso VII do art. 37 da Constituição Federal (CF). A adesão pacífica e ordeira, por parte do servidor, ao movimento paredista (em que se inclui não somente a greve em sentido estrito mas também as paralisações e as operações de retardamento de procedimentos administrativos, tais como operações-padrão), não deve acarretar, *a priori*, a instauração de processos disciplinares para punir os servidores como faltoso ao serviço ou como descumpridor de deveres de dedicação ou de obediência hierárquica. É de se lembrar que, em face da inércia legislativa, que não pode limitar o exercício de um direito subjetivo, têm o Poder Judiciário e a doutrina reconhecido o exercício do direito de greve.

Havendo a deflagração de determinado movimento paredista, sobretudo se conclamado pela unidade de representação classista-sindical, e os servidores (sejam os sindicalizados, sejam até mesmo os não sindicalizados) que venham a aderir à conduta adotada pela maioria da categoria no devido foro representativo, atuando ou deixando de atuar dentro dos limites votados, não incorre em ilicitude. E a construção de tal entendimento supera posicionamentos políticos do momento, resumindo-se tão somente a uma construção jurídica. A conduta omissiva ou comissiva do servidor, de não cumprir determinada atribuição legal ou de não cumprir determinada ordem superior ou de se ausentar ao serviço, até pode sim configurar a ilicitude formalmente descrita na norma, em analogia à tipicidade; mas não atingirá o patamar de ser antijurídica ou contrária ao Direito, uma vez que terá sido praticada ao amparo da excludente de ilicitude descrita como exercício regular de direito - qual seja o direito à greve, ainda que não devidamente regulamentado.

*STF, Mandado de Injunção nº 20: “Ementa: Mandado de injunção. Direito de greve - Constituição, art. 37, VII. 2. Legitimado este sindicato a requerer mandado de injunção, com vistas a ser possibilitado o exercício não só de direito constitucional próprio, como dos integrantes da categoria que representa, inviabilizado por falta de norma regulamentadora. Precedente no Mandado de Injunção nº 347-5-SC. 3. Sindicato da área de educação de Estado-Membro. Legitimidade ativa. 4. Reconhecimento de mora do Congresso Nacional, quanto à elaboração da lei complementar a que se refere o art. 37, VII, da Constituição. Comunicação ao Congresso Nacional e ao Presidente da República.”*

*STF, Mandado de Injunção nº 438: “Ementa: Direito de greve no serviço público: o preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a*

*comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. Mandado de injunção coletivo: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela constituição. Precedentes e doutrina.”*

*“Por fim, a inassiduidade do servidor, se verificada em razão da adesão deste à movimentos grevistas, não importa em ofensa ao artigo 116, X, a menos que a greve seja declarada ilegal pelo Poder Judiciário e o servidor se recuse a retornar ao trabalho.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 282, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Obviamente, isto não afasta a possível repercussão disciplinar em atos que, transbordando o exercício do direito, o servidor cometa evidente ilegalidade associada, ainda que indiretamente, às atribuições legais do cargo. Pode-se mencionar hipóteses de emprego de excesso ou de abuso de direito, tais como agressão física a alguém, dilapidação de patrimônio público, a título de exemplos não exaustivos. Também se poderia cogitar, ao menos em tese, de incursão em ilicitude na manutenção da conduta paredista depois de o movimento ter sido declarado ilegal pelo Poder Judiciário ou na manutenção de determinada conduta além do que o Poder Judiciário ter declarado como legal.

Excluindo tais hipóteses, para que o poder disciplinar atuasse em situações relacionadas ao exercício daquele direito, seria necessário criar regras para a solução dos casos concretos, o que substituiria a própria vontade do legislador, invertendo (ou subvertendo) a ordem jurídica, uma vez que tais normas de conduta não podem ficar ao alvedrio da Administração, da unidade correcional ou dos membros de comissão disciplinar.

Não obstante o acima exposto, é de se mencionar o comando do Decreto nº 7.777, de 24 de julho de 2012, em seus arts. 1º a 3º, que determina a adoção, por parte da Administração, de procedimentos simplificados para a manutenção ou realização de serviços ou atividades em caso de greve, paralisação ou operações de retardamento de procedimentos, destacadamente no que diz respeito à liberação de veículos e mercadorias no comércio exterior, reportando à possível responsabilização disciplinar em caso de descumprimento. Em consequência, foi editada a Portaria MF nº 260, de 26 de julho de 2012, regulamentando o tempo médio de desembarço aduaneiro acima do qual passa a vigorar procedimento simplificado de liberação nas condições de movimentos paredistas ou similares, em especial nos seus arts. 1º e 3º.

*Decreto nº 7.777, de 2012 - Art. 1º Compete aos Ministros de Estado supervisores dos órgãos ou entidades em que ocorrer greve, paralisação ou retardamento de atividades e serviços públicos:*

*I - promover, mediante convênio, o compartilhamento da execução da atividade ou serviço com Estados, Distrito Federal ou Municípios; e*

*II - adotar, mediante ato próprio, procedimentos simplificados necessários à manutenção ou realização da atividade ou serviço.*

*§ 1º As atividades de liberação de veículos e cargas no comércio exterior serão executadas em prazo máximo a ser definido pelo respectivo Ministro de Estado supervisor dos órgãos ou entidades intervenientes.*

*§ 2º Compete à chefia de cada unidade a observância do prazo máximo estabelecido no § 1º.*

*§ 3º A responsabilidade funcional pelo descumprimento do disposto nos §§ 1º e 2º será apurada em procedimento disciplinar específico.*

*Art. 2º O Ministro de Estado competente aprovará o convênio e determinará os procedimentos necessários que garantam o funcionamento regular das*

*atividades ou serviços públicos durante a greve, paralisação ou operação de retardamento.*

*Art. 3º As medidas adotadas nos termos deste Decreto serão encerradas com o término da greve, paralisação ou operação de retardamento e a regularização das atividades ou serviços públicos.*

*Portaria MF nº 260, de 2012 - Art. 1º O despacho aduaneiro de mercadorias importadas, nas condições de que trata o art. 1º do Decreto nº 7.777, de 24 de julho de 2012, observará as disposições desta Portaria.*

*Art. 3º A DI cujo tempo decorrido de despacho aduaneiro, diminuído dos tempos correspondentes às hipóteses referidas nos incisos do § 1º do art. 2º, apresente desvio superior em trinta por cento ao parâmetro médio da respectiva unidade de despacho, sem pendência de entrega documental ou de cumprimento de exigência fiscal, poderá ser objeto de entrega da mercadoria, sem restrição de uso, antes de seu desembaraço aduaneiro, por reclamação do importador na forma e condições disciplinadas pela RFB.*

Por fim, lembre-se que, em **3.2.1.1**, sob ótica inclusiva, se listaram condutas criminosas que, independentemente de terem ou não expresso albergue material na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (já que apenas algumas daquelas se enquadram no inciso I do seu art. 132), podem ter autônoma repercussão disciplinar, por requererem ou ao menos por contemplarem a possibilidade de seu cometimento se associar ao múnus público exercido pelo agente. Daí, em complemento àquele tópico supramencionado, agora em viés oposto, ou seja, excludente do interesse correcional, se mencionam condutas criminosas que podem ser cometidas por qualquer autor, sem nenhuma relação com a condição de ser agente público.

Daí, também não provocam processo disciplinar, em princípio, as hipóteses de crimes comuns, elencados nos mais diversos dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP) e de demais leis penais esparsas. E de outra não poderia ser. Refoge completamente ao bom senso cogitar de que um agente público que porventura incorra em crimes - a mero título de exemplos fortemente figurativos - de sequestro, tráfico de entorpecentes, homicídio e tantos outros venha a ser objeto de representação funcional dirigida ao sistema correcional administrativo. Obviamente não se quer dizer que tais condutas restarão imunes e à margem do ordenamento, pois, decerto, serão alvo da grave atuação do Poder Judiciário, ao manejo do Direito Penal contra o criminoso.

Ademais, acrescente-se e reitere-se que, diante da extrema gravidade e do relevante grau de repulsividade social de determinadas condutas criminosas, caso o juiz criminal condene com pena privativa de liberdade superior a quatro anos, pode ainda, conforme lhe faculta a alínea "b" do inciso I do art. 92 do CP, declarar a perda do cargo, em ato de excepcional repercussão da vida privada sobre o múnus funcional do servidor - mas tal repercussão se dá à margem do sistema correcional, devendo se compreender como uma ordem judicial, dirigida para imediato e pronto acatamento pela Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep), sem processo disciplinar, uma vez que o agente já teve asseguradas todas garantias de defesa no rito cauteloso, contraditório e defensivo encartado no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP).

Ressalve-se, não obstante o acima exposto, à luz do que aduzirá em **4.7.4.1**, que os crimes contra a Administração Pública, previstos nos arts. 312 a 326 do CP, que requerem a condição especial de o agente ser servidor, por terem enquadramentos autônomos na Lei nº 8.112, de 1990, diferentes do inciso I do seu art. 132 (e também do inciso IX do seu art. 132), merecem apuração disciplinar, independentemente da instância penal.

### **3.2.3.5 - Apurações Disciplinadas em Normas Diferentes da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**

As duas matérias que se seguem possuem previsões legais específicas para o poder-

dever de apuração, de forma que, em princípio, não necessariamente são realizadas nos moldes do rito processual da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (o que não se confunde com vedar sua adoção subsidiária). Desta forma, em um primeiro momento, não estão inseridas na competência da Corregedoria (Coger) ou dos Escritórios de Corregedoria (Escor), não devendo ser enviadas a estas unidades as respectivas notícias de irregularidade.

### ***3.2.3.5.1 - Responsabilização de Intervenientes em Comércio Exterior***

Neste primeiro caso, conforme já permitido desde a norma infralegal que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito do Ministério da Fazenda (MF) - a saber, a Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, no inciso I do art. 2º -, a apuração de responsabilidade de despachantes aduaneiros, seus ajudantes e demais intervenientes em comércio exterior fica a cargo da repartição aduaneira em que se constata a irregularidade, de acordo com a rito próprio previsto no art. 76 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003. Esta previsão normativa se reflete na norma de regência interna de apurações de irregularidades funcionais no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), qual seja, no inciso I do art. 2º da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014.

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 2º O disposto no art. 1º não abrange a apuração de:*

*I - responsabilidade dos intervenientes nas operações de comércio exterior, bem assim os respectivos recursos, nos termos do art. 76 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003;*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 2º O disposto no art. 1º não abrange a apuração de:*

*I - responsabilidade dos intervenientes nas operações de comércio exterior, bem assim os respectivos recursos, nos termos do art. 76 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003;*

Por óbvio, havendo indício da coparticipação culposa ou dolosa de servidores na infração, por mero ato funcional que afronte os controles aduaneiros e as normas de comércio exterior, a apuração no tocante a estes compete ao respectivo Escritório de Corregedoria (Escor), permanecendo com a repartição aduaneira somente a competência da apuração relativa aos intervenientes. Ressalve-se que, se o fato se restringir a dano ou desaparecimento de mercadorias apreendidas sob a guarda da RFB, mesmo que se possa cogitar (no sentido de ainda ser uma mera possibilidade, sem elementos probatórios, por restarem questionamentos de responsabilização de servidores ou por ainda haver questionamentos acerca da existência ou não de ânimo subjetivo culposo ou doloso ou também necessidade de se quantificar o valor do prejuízo), no que tange a estes últimos (sem prejuízo da apuração em relação aos intervenientes externos), a matéria não deve ser de imediato levada a conhecimento do Escor. Mesmo havendo tal possibilidade, o caso deve ainda permanecer na unidade aduaneira, para que se promova a investigação prevista no § 2º do art. 2º da Portaria Coger nº 14, de 2014 - da mesma forma como também estabelece o § 2º do art. 2º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 (conforme se discorrerá em **3.2.3.5.2**).

A Lei nº 10.833, de 2003, em seu art. 76, instituiu um único rito sumário para apuração de irregularidades cometidas por qualquer interveniente em operação de comércio exterior (importador, exportador, despachante aduaneiro e ajudante, transportador, agente, depositário, perito), competindo à autoridade aduaneira aplicar as penas específicas previstas. Neste caso específico, sem participação do servidor, a questão merece solução a cargo apenas da unidade aduaneira, não tendo nenhum interesse correccional.

*Lei nº 10.833, de 2003 - Art. 76. Os intervenientes nas operações de comércio exterior ficam sujeitos às seguintes sanções:*

*I - advertência (...)*

*II - suspensão (...)*

*III - cancelamento ou cassação do registro, licença, autorização, credenciamento ou habilitação (...)*

*§ 8º Compete a aplicação das sanções:*

*I - ao titular da unidade da Secretaria da Receita Federal responsável pela apuração da infração, nos casos de advertência ou suspensão; ou*

*II - à autoridade competente para habilitar ou autorizar a utilização de procedimento simplificado, de regime aduaneiro, ou o exercício de atividades relacionadas com o despacho aduaneiro, ou com a movimentação e armazenagem de mercadorias sob controle aduaneiro, e serviços conexos, nos casos de cancelamento ou cassação.*

*§ 9º As sanções previstas neste artigo serão aplicadas mediante processo administrativo próprio, instaurado com a lavratura de auto de infração, acompanhado de termo de constatação de hipótese referida nos incisos I a III do “caput”.*

### **3.2.3.5.2 - Dano e Desaparecimento de Bem**

De imediato, faz-se necessário estabelecer o enfoque extenso da presente abordagem, que inclui todas as hipóteses de dano (avaria ou quebra) ou de desaparecimento (perda, extravio, furto ou roubo) de qualquer tipo de material que possa ser incluído na abrangente expressão “bem público”. Isto porque, primeiramente, o termo “material” empregado pela Instrução Normativa Sedap nº 205, de 8 de abril de 1988, em seu sentido mais estrito, alberga os bens devidamente patrimoniados pela Administração, incluindo obviamente os bens duráveis ou que fazem parte de seu ativo permanente e excepcionalmente até alguns bens de consumo que possuam valor relevante. Mas aquela expressão alberga não só os bens já incorporados ao patrimônio público como também inclui aqueles bens ou mercadorias retidos ou apreendidos, ainda sob custódia, que teriam emprego após a destinação formalmente prevista em norma, visto já serem itens sob domínio do Estado, mesmo que provisoriamente. E, por fim, pode-se considerar que inclui ainda os processos administrativos danificados ou extraviados, uma vez que parte do que aqui se exporá para bens ou materiais, em termos procedimentais, pode ser adaptado também para autos processuais, embora tenham natureza distinta daqueles objetos.

Firmado este enfoque abrangente, convém então destacar que, nas hipóteses de dano ou desaparecimento de bens públicos (*lato sensu*), é comum configurar prejuízo ao erário e/ou a terceiro, o que remete ao conceito de responsabilidade civil, cuja índole não é punitiva, mas sim patrimonial e indenizatória, de acordo com **3.2.1** e **4.14.1** (a cuja leitura complementar se remete), apurada, em regra, em rito judicial.

Ainda introdutoriamente, vez que aqui se interessa em abordar o prejuízo (ou dano) ao erário, convém estabelecer a definição de erário, em contraposição a patrimônio público. O termo “erário”, como sinônimo de cofres públicos, reflete a ideia de dinheiros ou recursos públicos e abarca todos os valores monetários e mobiliários ou bens e mercadorias em poder da Administração e destinados à venda ou de qualquer forma conversíveis em moeda. Daí, erário ou cofres públicos significam, em síntese, delimitadamente, o conjunto de bens e de interesses de natureza econômico-financeira de cada um dos entes federados, quais sejam, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, relevando para o presente o que concerne à União. Diferentemente, de forma mais abrangente, a expressão “patrimônio público” (ou patrimônio nacional) alcança não só os bens e direitos de valor econômico, mas também aqueles de natureza artística, histórica, turística ou estética pertencentes a cada ente federado, conforme se mantém até os presentes dias a definição estabelecida pelo § 1º do art. 1º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, a chamada Lei da Ação Popular. Daí, patrimônio público ou nacional significa, em síntese, todos os bens públicos permanentes ou de consumo, materiais ou imateriais, ainda que não destinados à venda e não conversíveis em dinheiro.

Tem-se que, em princípio, a simples comprovação de que, objetivamente, de fato,

ocorreu o desaparecimento ou o dano de um bem, mercadoria ou processo não necessariamente implica responsabilização disciplinar para o servidor cujo nome consta do respectivo termo de responsabilidade ou que o tinha em uso ou guarda ou carga no momento da ocorrência do sinistro. Sob ótica meramente conceitual para este tema (antes de adentrar nas especificidades do ordenamento de regência), não se tolera cogitar de responsabilização meramente objetiva - ou seja, à vista apenas de que objetivamente um fato criticável ocorreu - para fim punitivo, sem a comprovação do ânimo subjetivo do responsável.

Como resta óbvio que não há necessária e direta vinculação entre ter o nome no termo de responsabilidade ou deter o bem no momento do sinistro e atuar ou se omitir a favor da ocorrência, não se deve confundir, pela simples similaridade das expressões, “termo de responsabilidade” com “responsabilização civil-administrativa” de que trata o art. 124 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Primeiramente porque é provável que, na maioria das vezes, o fato sequer justifique responsabilização de índole subjetiva a quem quer que seja. E, mesmo no caso específico de se cogitar de possibilidade de responsabilização, até pode coincidir de o responsável pelo ilícito ser aquele que assinou o termo de responsabilidade e/ou ser aquele que detinha o bem no momento do fato, mas também pode ser que estes agentes não sejam as mesmas pessoas.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.*

Neste rumo, embora se refira especificamente à tutela de sua competência (reparação civil), é perfeitamente aplicável também à instância disciplinar a seguinte manifestação exarada pelo Tribunal de Contas da União (TCU):

*TCU, Tomada de Contas nº 450.131/96-3, Relatório: “No caso em exame, os fatos são estes: os agentes públicos receberam alguns objetos integrantes do patrimônio da entidade e deles passaram recibo. Este documento constitui termo de responsabilidade. Os objetos foram subrepticamente subtraídos das salas da repartição por terceiro desconhecido. A autoria do ilícito não foi descoberta pelo procedimento legal específico. Com fundamento nesses fatos, entende o Ministério Público que os elementos apresentados são insuficientes para precisar, adequadamente, a responsabilidade da autoridade administrativa.*

*Voto: Deverão ressarcir o Erário aqueles que, dolosa ou culposamente, derem causa a prejuízo ao patrimônio público. No caso vertente, conforme bem assinalado pelo representante do ‘Parquet’, tal hipótese não restou configurada nos autos. O ‘Termo de Responsabilidade’ somente obrigará o respectivo signatário a responder subsidiariamente pelo desvio do bem sob sua guarda caso se comprove que sua conduta contribuiu para o desaparecimento do mesmo.”*

De toda forma, recomenda-se ao servidor signatário do termo de responsabilidade e/ou detentor do bem objeto de furto ou roubo que registre a ocorrência policial, no Departamento de Polícia Federal - DPF (conforme competência estabelecida nos incisos I e IV do § 1º do art. 144 da Constituição Federal - CF), e comunique o fato a seu chefe imediato (esta comunicação à chefia é recomendável também no caso de dano causado ao bem, mesmo sem sua perda).

A imputação de que foi determinado servidor que, com intenção, negligência, imperícia ou imprudência, danificou ou extraviou o bem (ou propiciou que terceiro o fizesse) pode decorrer de várias formas juridicamente lícitas de comprovação, sendo aceitos desde o reconhecimento não litigioso por parte do próprio servidor ou apuratórios administrativos (de que o processo disciplinar é o principal exemplo, podendo-se ainda citar a tomada de contas especial - TCE, abordada no **Anexo III**), até apurações em processos civis judiciais (ação de reparação de dano - ou ação indenizatória - e ação de improbidade), antes mesmo de apurações administrativas, à vista da consagrada independência das instâncias.

Ainda sob a ótica meramente conceitual, sem abordar as liberalidades que o ordenamento pátrio previu para o tema, não se cogita de responsabilizar disciplinarmente um servidor, impondo-lhe em seu assentamento funcional a conclusão de que cometeu ilícito disciplinar e aplicando-lhe a pena associada, sem antes se ter comprovado, no devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, que ele, no exercício de seu cargo, agiu com culpa ou dolo em sua conduta acarretadora de dano ou perda de bem público.

Menos ainda se pode cogitar de responsabilizar indistintamente um grupo de servidores pelo simples fato de todos trabalharem no local onde se deu o sinistro com determinado bem, sem o devido processo legal. Não se tolera diluição da responsabilização entre diversos servidores se for impossível a individualização ou se a Administração não for capaz de identificar o responsável, conforme assentam a Advocacia-Geral da União (AGU), em seu Parecer AGU nº GM-1, e o Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), em sua Formulação Dasp nº 261, e a doutrina.

*Parecer AGU nº GM-1, vinculante: “Ementa: A imputação administrativa da responsabilidade civil exige que se constate a participação de todos os envolvidos nas irregularidades, considerados individualmente.*

*Formulação Dasp nº 261. Responsabilidade administrativa*

*A responsabilidade administrativa deve ser individualizada no respectivo processo, vedada, na impossibilidade de indicação do culpado, a sua diluição por todos os funcionários que lidaram com os valores extraviados.*

*“(…) não se permite a extensão da responsabilidade, de modo genérico, quando não for possível a individualização da responsabilidade.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 184, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Na hipótese mais frequente para o presente tema, quando se tem notícia apenas genérica de dano ou de desaparecimento de bem público, de mercadoria apreendida e de extravio de processo administrativo, sem nenhum indício que aponte o possível autor ou responsável pelo fato, não se justifica, de plano, instaurar a onerosa e residual instância disciplinar, com todos os ônus que lhe são inerentes. Repisa-se aqui que o simples fato de se identificar quem tem o nome consignado em termo de responsabilidade e/ou quem tinha o bem sob guarda ou uso ou carga no momento do sinistro não tem o condão de autorizar qualquer ilação acerca de algo muito mais grave e residual, que é a possibilidade de responsabilização disciplinar. Somente se cogita de tal responsabilização se houver, no mínimo, indícios de conduta culposa ou dolosa de servidor.

O caso específico de a apuração de dano (avaria) ou desaparecimento (extravio, furto ou roubo) de bem público transcorrer em via administrativa traz à tona a segunda exceção, de não aplicação do devido processo legal previsto na Lei nº 8.112, de 1990, e faz com que se abra um parêntese para abordar esta questão.

Assim, nesta segunda exceção, de ato causador de dano ou de desaparecimento de bem, quando não há indícios que *a priori* indicam possível autor ou responsável, não se tendo de imediato a quem se garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa, por meio de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar (PAD), inicialmente, fica a cargo da unidade de ocorrência do fato realizar um procedimento administrativo prévio, sem nenhuma participação da Corregedoria (Coger) ou do respectivo Escritório de Corregedoria (Escor). Se, neste primeiro momento, se está diante de uma notícia limitada objetivamente ao fato de que um bem foi danificado ou extraviado, ainda sem qualquer indício de responsabilização a servidor, não há nenhuma necessidade de a unidade local provocar, por meio de representação, o sistema correcional.

Em princípio, ainda limitado ao enfoque meramente conceitual, o que determina a necessidade de remessa da apuração para o sistema correcional não é o simples fato de se poder identificar quem estava com o bem no momento do sinistro, mas sim a possibilidade de

se cogitar que algum servidor tenha agido com culpa ou dolo no evento danoso. Nesta abordagem inicial, o bem até poderia estar em mãos de algum servidor perfeitamente identificável quando ocorreu o sinistro e ainda assim o procedimento administrativo prévio se dará no âmbito da unidade local se não houver indícios de ânimo subjetivo (culpa ou dolo) na conduta.

Avançando para além do enfoque meramente conceitual e iniciando a análise sob a luz do ordenamento de regência e abordando primeiramente o sentido mais estrito de bens (bens patrimonializados e bens retidos ou apreendidos, excluindo deste conceito os processos administrativos), tem-se que a matéria foi disciplinada no âmbito do Poder Executivo federal pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Instrução Normativa CGU nº 4, de 17 de fevereiro de 2009. É de se antecipar que esta norma revogou a já mencionada Instrução Normativa Sedap nº 205, de 1988, apenas no que se referia à obrigatoriedade de apuração de responsabilidade disciplinar decorrente de dano ou desaparecimento de bem de pequeno valor; a antiga norma não foi revogada nos tópicos em que aborda outros temas, tais como controle contábil e inventário de bens públicos.

A Instrução Normativa CGU nº 4, de 2009, em seu art. 1º, estabeleceu uma apuração simplificada, a cargo da própria unidade de ocorrência do fato, à margem do sistema correcional, a ser realizada por meio do instrumento processual chamado Termo Circunstanciado Administrativo (TCA), para casos de dano ou desaparecimento de bem público que implicar prejuízo de pequeno valor (assim entendido quando o preço de mercado - e não de registro contábil - para aquisição ou para reparação do bem extraviado ou danificado for igual ou inferior ao limite legal para dispensa de licitação, conforme o art. 24, II da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a chamada Lei de Licitações e Contratos - atualmente de R\$ 8.000,00). O tema conta ainda com um “Perguntas e Respostas” disponível no endereço <http://www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/atividade-disciplinar/dano-e-desaparecimento-de-bens#15>.

*Instrução Normativa CGU nº 4, de 2009 - Art. 1º Em caso de extravio ou dano a bem público, que implicar em prejuízo de pequeno valor, poderá a apuração do fato ser realizada por intermédio de Termo Circunstanciado Administrativo (TCA).*

*Parágrafo único. Para os fins do disposto neste artigo, considera-se prejuízo de pequeno valor aquele cujo preço de mercado para aquisição ou reparação do bem extraviado ou danificado seja igual ou inferior ao limite estabelecido como de licitação dispensável, nos termos do art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.*

Com isto, de imediato já se limita o emprego do TCA: somente é permitido se já se sabe, de antemão, que o prejuízo decorrente de dano ou extravio de bem é inferior a R\$ 8.000,00, não se podendo aplicar aquele rito simplificado quando o prejuízo supera este limite. Obviamente, em casos em que não se sabe ao certo o valor do prejuízo, pode-se dar início ao TCA justamente elegendo-o como o meio hábil para, de imediato, buscar a quantificação do prejuízo; quantificando o prejuízo abaixo do limite, em princípio, pode-se prosseguir no rito simplificado e, quantificando-o acima, tem de se encerrar o TCA e adotar o rito adequado, conforme adiante se exporá.

O TCA, claramente, foi instituído objetivando a eficiência e a racionalização do emprego dos recursos públicos, como uma alternativa - sob determinadas condições de aplicação - ao oneroso rito disciplinar, cujo custo por vezes é desproporcional em relação ao benefício obtido.

O TCA deve ser protocolizado na forma de um processo administrativo *lato sensu*, tendo como folha inaugural o formulário estabelecido pela Portaria CGU/CRG nº 513, de 5 de março de 2009 (editada pela CGU, por meio da Corregedoria-Geral da União da CGU -

CGU/CRG e cujo modelo segue no **Anexo III**), não se exigindo formalismo de publicar ato de instauração e de designação de seu condutor, competência esta que recai sobre o chefe do setor responsável pela gerência de bens e materiais na unidade, nos termos do art. 2º da Instrução Normativa CGU nº 4, de 2009. Este gestor patrimonial deve lavrar o TCA, descrevendo o fato, identificando o servidor envolvido, propiciando-lhe a manifestação no processo em cinco dias (prazo prorrogável por igual período, sendo permitido, se necessário, realização de provas, inclusive laudos periciais ou técnicos), e, ao final, deve apresentar parecer conclusivo, com proposta de julgamento para o titular da unidade de lotação do servidor à época da decisão, que pode acatar ou não a proposta.

*Instrução Normativa CGU nº 4, de 2009 - Art. 2º O Termo Circunstanciado Administrativo deverá ser lavrado pelo chefe do setor responsável pela gerência de bens e materiais na unidade administrativa ou, caso tenha sido ele o servidor envolvido nos fatos, pelo seu superior hierárquico imediato.*

*§ 1º O Termo Circunstanciado Administrativo deverá conter, necessariamente, a qualificação do servidor público envolvido e a descrição sucinta dos fatos que acarretaram o extravio ou o dano do bem, assim como o parecer conclusivo do responsável pela sua lavratura.*

*§ 2º Quando for o caso, as perícias e os laudos técnicos cabíveis deverão ser juntados aos autos do Termo Circunstanciado Administrativo pela autoridade responsável pela sua lavratura.*

*§ 3º Nos termos do art. 24 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, o servidor indicado no Termo Circunstanciado Administrativo como envolvido nos fatos em apuração poderá, no prazo de cinco dias, se manifestar nos autos do processo, bem como juntar os documentos que achar pertinentes.*

*§ 4º O prazo previsto no parágrafo anterior pode ser dilatado até o dobro, mediante comprovada justificação.*

*§ 5º Concluído o Termo Circunstanciado Administrativo, o responsável pela sua lavratura o encaminhará à autoridade máxima da unidade administrativa em que estava lotado o servidor, na época da ocorrência do fato que ocasionou o extravio ou o dano, a qual decidirá quanto ao acolhimento da proposta constante no parecer elaborado ao final daquele Termo.*

Especificamente na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), por previsão regimental, em regra, a gerência de bens e materiais e, por conseguinte, a competência de lavrar o TCA recaem sobre a chefia da projeção local do macroprocesso de trabalho de materiais e logística (Coordenação-Geral de Programação e Logística - Copol e suas projeções regionais ou locais: Divisão, Serviço ou Seção de Programação e Logística - Dipol, Sepol ou Sapol).

Caso o titular da unidade de lotação do servidor julgue que o prejuízo inferior a R\$ 8.000,00 decorreu do uso regular do bem ou de fatores que independeram da ação do servidor - ou seja, que este não agiu nem com culpa e nem com dolo -, a apuração se encerra no próprio TCA, com remessa dos autos para o gestor patrimonial, a fim de se proceder apenas a controles contábeis internos (como a baixa do bem, por exemplo), conforme o art. 3º da Instrução Normativa CGU nº 4, de 2009. Caso aquela autoridade conclua que o prejuízo inferior a R\$ 8.000,00 decorreu de conduta culposa do servidor e este concorde com o ressarcimento ao erário, a solução ainda se encerra no próprio TCA (esta via simplificada depende da aquiescência do servidor, não tendo o condão de lhe impor o ressarcimento). Neste caso, o encerramento se condiciona ao ressarcimento ao erário, no prazo de cinco dias (prorrogável por igual período), tanto por meio de pagamento quanto pela entrega de bem igual ou superior ao bem danificado ou extraviado ou pela prestação de serviço (realizada por terceiro, não pelo servidor) que restitua o bem danificado, conforme o art. 4º da Instrução Normativa CGU nº 4, de 2009.

*Instrução Normativa CGU nº 4, de 2009 - Art. 3º No julgamento a ser proferido após a lavratura do Termo Circunstanciado Administrativo, caso a autoridade responsável conclua que o fato gerador do extravio ou do dano ao bem público*

*decorreu do uso regular deste ou de fatores que independeram da ação do agente, a apuração será encerrada e os autos serão encaminhados ao setor responsável pela gerência de bens e materiais da unidade administrativa para prosseguimento quanto aos demais controles patrimoniais internos.*

*Art. 4º Verificado que o dano ou o extravio do bem público resultaram de conduta culposa do agente, o encerramento da apuração para fins disciplinares estará condicionado ao ressarcimento ao erário do valor correspondente ao prejuízo causado, que deverá ser feito pelo servidor público causador daquele fato e nos prazos previstos nos §§ 3º e 4º do art. 2º.*

*§ 1º O ressarcimento de que trata o caput deste artigo poderá ocorrer:*

*I - por meio de pagamento;*

*II - pela entrega de um bem de características iguais ou superiores ao danificado ou extraviado, ou*

*III - pela prestação de serviço que restitua o bem danificado às condições anteriores.*

*§ 2º Nos casos previstos nos incisos II e III do parágrafo anterior, o Termo Circunstanciado Administrativo deverá conter manifestação expressa da autoridade que o lavrou acerca da adequação do ressarcimento feito pelo servidor público à Administração.*

Em sentido contrário, apenas nas hipóteses de o servidor não concordar em ressarcir o prejuízo limitado a R\$ 8.000,00 culposamente causado ou de este superar o limite ou ainda de haver indícios de conduta dolosa independentemente do valor, a apuração de responsabilidade administrativa não pode se encerrar na via simplificada do TCA. *A priori*, estas três hipóteses obrigariam o emprego da regra geral, para apuração mediante PAD ou sindicância disciplinar, no rito contraditório estabelecido na Lei nº 8.112, de 1990, conforme os arts. 5º e 6º da Instrução Normativa CGU nº 4, de 2009. Já desde a edição desta Instrução Normativa, na hipótese de prejuízo limitado a R\$ 8.000,00 e culposamente causado, o voluntário ressarcimento por parte do servidor, mesmo após o prazo, desde que antes que se instaure o rito disciplinar, afasta esta instauração.

*Instrução Normativa CGU nº 4, de 2009 - Art. 5º É vedada a utilização do modo de apuração de que trata esta Instrução Normativa quando o extravio ou o dano do bem público apresentarem indícios de conduta dolosa de servidor público.*

*Art. 6º Não ocorrendo o ressarcimento ao erário, de acordo com o descrito no art. 4º, ou constatados os indícios de dolo mencionados no art. 5º, a apuração da responsabilidade funcional do servidor público será feita na forma definida pelo Título V da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*

Além desta concessão a favor do ressarcimento do prejuízo ainda no âmbito de TCA conduzido na unidade de lotação do servidor, sem remessa do caso ao sistema correccional, o ordenamento infralegal avançou mais com a edição da Instrução Normativa CGU nº 2, de 30 de maio de 2017, com a qual se passou a permitir a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre Administração e infrator. O § 2º do art. 4º desta norma inovou ao estabelecer que, desde que o prejuízo continue limitado a R\$ 8.000,00, o TAC passou a ser um instrumento válido como segunda tentativa de solucionar casos, sem chegar ao extremo oneroso de processo disciplinar, que porventura não tenham sido solucionados pelo TCA.

Assim, nas hipóteses de prejuízo inferior ao limite quando causado por culpa e em que o autor não tenha aquiescido em ressarcir no âmbito do TCA conduzido ainda na sua própria unidade de lotação ou quando causado por dolo (para a qual nem se cogitou de TCA) e que tenham sido então objeto de representação para o sistema correccional, a CGU foi além na tentativa de poupar a onerosa instância disciplinar, estendendo a este infrator a possibilidade de reconhecer a sua conduta irregular, ressarcir o prejuízo e celebrar o acordo, dispensando-se, em sede de admissibilidade (ou, no máximo, em até cinco dias do recebimento da notificação inicial da condição de acusado), a instauração (ou a continuidade) do processo disciplinar. É de se compreender a possibilidade de, agora na iminência de se ver no polo

passivo de um processo disciplinar (ou já figurando no início desta relação processual), o infrator reconheça sua conduta irregular, aceite ressarcir o prejuízo dela decorrente e obtenha o benefício de celebrar o acordo.

Percebe-se restarem ainda duas situações intermediárias: quando se tem configurado prejuízo superior a R\$ 8.000,00 mas não se sabe se o dano ou o desaparecimento do bem decorreu de seu uso regular, sem culpa ou dolo, ou se decorreu de conduta culposa ou dolosa de determinado servidor identificado; ou quando se tem configurado prejuízo, mesmo que inferior a R\$ 8.000,00, mas não se tem a identificação do servidor possivelmente responsável. Nestes casos, por força da limitação imposta pelo art. 1º da Instrução Normativa CGU nº 4, de 2009, o TCA não se revela meio legal para a investigação, no âmbito da unidade local, da existência ou não de ânimo subjetivo e, se for o caso, de sua especificação (se culpa ou se dolo).

Além disto, também é cristalino que o TCA não se aplica a dano ou a desaparecimento de processo administrativo, uma vez que a esta espécie não se pode aplicar o limite do prejuízo (de R\$ 8.000,00). Mesmo que o processo administrativo verse sobre algum valor financeiro (um crédito tributário, por exemplo), não se confunde o valor intangível dos autos com o *quantum* que porventura neles se discuta, bem como a providência administrativa de reconstituir os autos não se confunde com aquiescência em restituir valor.

Uma vez que não há amparo normativo para se utilizar o TCA na unidade local como rito para se apurar se houve ânimo subjetivo na conduta que acarretou dano ou desaparecimento de bem com prejuízo superior a R\$ 8.000,00 ou de processo administrativo e muito menos quando não se tem identificado o servidor possivelmente responsável, *a priori* restaria aplicar a estas três hipóteses os regramentos gerais da responsabilidade disciplinar, previstos na Lei nº 8.112, de 1990, sem exceção para condutas eivadas de culpa ou de dolo. Ainda assim, sem expressa previsão legal, também é de se buscar a ponderação entre a proporcionalidade do processo disciplinar e o grau de reprovação ao dano ou extravio de bem ou de processo administrativo.

Neste ponto, é de se resgatar que, há muito tempo, a RFB já havia avançado na busca da ponderação entre a proporcionalidade do processo disciplinar e o bem tutelado. A Portaria RFB nº 4.491, de 6 de outubro de 2005, remetia todos os casos de dano ou de desaparecimento de bens (patrimoniados ou apreendidos) e também de processos administrativos à unidade local, determinando, respectivamente nos incisos II a IV do seu art. 3º, a instauração de sindicância investigativa, com o fim de investigar indícios de culpa ou dolo na conduta do servidor para, somente em caso positivo, se cogitar de representação à instância correcional. Todavia, com o advento da inovação trazida ao ordenamento pela Instrução Normativa CGU nº 4, de 2009, e pela Portaria CGU/CRG nº 513, de 2009, como normas de *status* jurídico superior (advindas do órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal - SisCor-PEF) e sendo ainda mais recentes, considerou-se desde então alterado tacitamente o regramento interno da RFB.

Assim, buscando a harmonização com as normas superiores, o ordenamento interno restou também alterado, com a edição da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, que dispõe sobre apuração de irregularidades funcionais no âmbito da RFB e cujo art. 2º passou a sedimentar, positivamente, o que já se praticava desde a edição das mencionadas Instrução Normativa CGU e Portaria CGU/CRG.

Com isto, ratificou-se que os procedimentos que eram previstos nos incisos I e IV do art. 3º da revogada Portaria RFB nº 3.131, de 15 de julho de 2011 (que revogou a Portaria RFB nº 4.491, de 2005, mantendo similares dispositivos), e que são integralmente reproduzidos no art. 2º da Portaria Coger nº 14, de 2014 (operações com intervenientes do comércio exterior e dano ou desaparecimento de processos administrativos), não sofreram alteração, aplicando-se a tais casos, respectivamente, o rito definido pelo art. 76 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, e a sindicância investigativa definida nos §§ 3º e 4º do

mesmo artigo. Em contrapartida, os procedimentos relativos aos incisos II e III do mesmo artigo (dano ou desaparecimento de bens patrimoniados ou apreendidos) receberam expressa positividade de procedimentalização da forma prevista na norma mais recente (Instrução Normativa CGU nº 4, de 2009) nas condições de prejuízo limitado a R\$ 8.000,00 em conduta no máximo culposa.

*Portaria RFB Coger nº 14, de 2014 - Art. 2º O disposto no art. 1º não abrange a apuração de:*

*I - responsabilidade dos intervenientes nas operações de comércio exterior, bem assim os respectivos recursos, nos termos do art. 76 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003;*

*II - dano ou desaparecimento de bem público de que trata a Instrução Normativa Sedap nº 205, de 8 de abril de 1988, da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República;*

*III - dano ou desaparecimento de mercadorias apreendidas sob guarda da RFB; ou*

*IV - desaparecimento de processo administrativo, quando não houver indícios de responsabilidade de servidor.*

*§ 1º Está compreendido na definição de dano ou desaparecimento, constante nos incisos II, III e IV, aquele decorrente de caso fortuito ou de força maior, como nos casos de incêndios e acidentes naturais.*

*§ 2º As apurações de que tratam os incisos II e III, a cargo do Chefe do setor responsável pela gerência de bens e materiais na unidade administrativa, se darão nos termos da Instrução Normativa CGU nº 4, de 17 de fevereiro de 2009.*

Este regramento interno também segue praticamente reproduzido no ordenamento infralegal da Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda (Coger-MF), conforme se verifica nos incisos II a IV e nos §§ 1º a 4º do art. 2º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Pasta.

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 2º O disposto no art. 1º não abrange a apuração de:*

*II - dano ou desaparecimento de bem público de que trata a Instrução Normativa Sedap nº 205, de 8 de abril de 1988, da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República;*

*III - dano ou desaparecimento de mercadorias apreendidas sob guarda das unidades do Ministério da Fazenda; e*

*IV - desaparecimento de processo administrativo, quando não houver indícios de responsabilidade de servidor.*

*§ 1º Está compreendido na definição de dano ou desaparecimento, constante nos incisos II, III e IV, aquele decorrente de caso fortuito ou de força maior, como nos casos de incêndios e acidentes naturais.*

*§ 2º As apurações de que tratam os incisos II e III, a cargo do Chefe do setor responsável pela gerência de bens e materiais na unidade administrativa, se darão nos termos da Instrução Normativa CGU nº 4, de 17 de fevereiro de 2009.*

*§ 3º A apuração de que trata o inciso IV se dará por sindicância instaurada pelo titular da unidade e poderá ser conduzida por sindicante ou comissão, preferencialmente com servidor(es) da própria unidade.*

*§ 4º Se no decorrer da sindicância de que trata o § 3º forem identificados indícios de responsabilidade de servidor pelo extravio de processo administrativo, o sindicante ou a comissão deverá fazer os autos conclusos à autoridade que o(a) designou, mediante relatório circunstanciado, o qual se constituirá na representação para fins de instauração de processo administrativo disciplinar pela unidade correccional competente.*

Assim, resta aqui a necessidade de se abordar a sindicância investigativa definida nos §§ 3º e 4º do art. 2º da Portaria Coger nº 14, de 2014 (e também nos §§ 3º e 4º da Portaria

Coger-MF nº 42, de 2013), em razão exclusiva de três hipóteses: de se ter a necessidade de investigar se houve ânimo subjetivo ou não na conduta de determinado servidor em dano ou desaparecimento de bem causador de prejuízo superior a R\$ 8.000,00 (claro que, quando se sabe de antemão da existência de culpa ou dolo para prejuízo superior a R\$ 8.000,00, é caso diretamente tratado na instância correcional, não se necessitando desta sindicância investigativa) ou de processo administrativo (para o qual não se cogita de valor) ou também quando não se tem o possível responsável de prejuízo mesmo se inferior a R\$ 8.000,00; ou ainda de algum caso residual que não se enquadre na definição de bem patrimonializado ou apreendido.

Percebe-se que, embora a literalidade do § 3º do art. 2º da Portaria Coger nº 14, de 2014, preveja a sindicância investigativa apenas para o caso de desaparecimento de processo administrativo sem autoria, resta inevitável, sistematicamente, estender este procedimento para outras hipóteses residuais acima listadas.

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 2º*

*§ 3º A apuração de que trata o inciso IV se dará por sindicância instaurada pelo titular da unidade e poderá ser conduzida por sindicante ou comissão, preferencialmente com servidor(es) da própria unidade.*

A competência para tal instauração deste rito meramente investigativo repousa nas genéricas competências regimentais dos titulares de unidades (Superintendente, Delegado, Inspetor-Chefe e Agente da Receita Federal do Brasil), em nada se confundindo com a restrita competência da autoridade correcional para instaurar ritos contraditórios. Esta sindicância investigativa, não possuindo expressa previsão e disciplinamento em lei, pode ser conduzida por somente um sindicante ou por comissão integrada por quantidade de servidores a critério da autoridade, com o único requisito de obrigatoriamente serem todos lotados na própria unidade de ocorrência do fato, não sendo exigível a estabilidade do sindicante ou dos integrantes. Não possuindo rito previsto em lei, a praxe administrativa tem sido adequar a esta sindicância investigativa, no que for cabível, o rito que a Lei nº 8.112, de 1990, estabelece para a instância disciplinar (por exemplo, o sindicante ou comissão pode redigir atas de deliberação, emitir documentos de comunicação, ouvir testemunhas, realizar diligências e demais atos de instrução e, ao fim, elaborar relatório para a autoridade local; mas, por sua natureza apenas inquisitorial, não pode acusar ninguém, nem concluir por responsabilização).

Diante das três lacunas conclusivas que restaram, se a sindicância investigativa, após esgotar suas investigações, concluir tão somente pelos fatos objetivos de que realmente ocorreu o prejuízo superior a R\$ 8.000,00 em decorrência de dano ou desaparecimento de bem ou de que o processo administrativo foi danificado ou extraviado, sem nada conseguir levantar acerca de conduta subjetiva do suposto autor ou responsável (ou seja, acerca de conduta culposa ou dolosa) ou não conseguir sequer identificar o suposto autor ou responsável para qualquer valor de prejuízo em decorrência de dano ou desaparecimento de bem, deverá ser concluída com relatório propondo à autoridade o arquivamento do feito para fim disciplinar. Sendo acatada pela autoridade local a conclusão do sindicante ou da comissão de que não foi possível apontar algum servidor como suposto autor direto do fato ou nem sequer como eventual responsável para que terceiro cometesse o fato, em ação ou inação culposa ou dolosa, deve-se dar prosseguimento nas providências atinentes apenas ao controle interno, como baixa contábil do bem ou restituição dos autos, se for o caso, significando que não haverá nenhuma repercussão disciplinar e muito menos imposição de ressarcimento a quem quer que seja. Ainda nesta hipótese, por fim, não há nenhuma necessidade de remessa dos autos ao respectivo Escor, sendo arquivados pela própria unidade de ocorrência do fato.

Nos termos do § 4º do art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 2014, somente na hipótese de a sindicância investigativa instaurada na própria unidade local obter indícios de suposta autoria (ou concorrência) por parte de servidor, com culpa para o prejuízo superior a R\$ 8.000,00, ou com dolo para prejuízo de qualquer valor, associado a bem; ou com culpa ou

dolo para o dano ou desaparecimento de qualquer processo administrativo é que, além das medidas administrativas internas atinentes a controle interno porventura cabíveis, se encaminha para o respectivo Escor, a fim de se instaurar o apuratório disciplinar, sob ampla defesa e contraditório (sem prejuízo de, nas hipóteses em que for cabível, sem prejuízo excedente a R\$ 8.000,00, a autoridade instauradora ainda ofertar o TAC). Se a investigação interna revelar um possível autor ou responsável com culpa para prejuízo limitado a R\$ 8.000,00 associado a bem, pode-se prosseguir com instrumentalidade no âmbito da unidade local, com o TCA.

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 2º*

*§ 4º Se no decorrer da sindicância de que trata o § 3º forem identificados indícios de responsabilidade de servidor pelo extravio de processo administrativo, o sindicante ou a comissão deverá fazer os autos conclusos à autoridade que o(a) designou, mediante relatório circunstanciado, o qual se constituirá na representação para fins de instauração de processo administrativo disciplinar pela Corregedoria ou seus Escritórios de Corregedoria.*

Tendo a sindicância investigativa levantado indícios de que o servidor, intencionalmente, praticou ato causador de prejuízo de qualquer valor, seja por imperícia, imprudência ou negligência, praticou o ato causador de prejuízo superior a R\$ 8.000,00, em decorrência de dano ou desaparecimento de bem ou causador de dano ou extravio de processo administrativo (ou permitiu que terceiro o praticasse), não lhe cabe prosseguir, pois sua portaria de instauração, baseada apenas em competência regimental da autoridade local, não se baseia na Lei nº 8.112, de 1990, e, como tal, não tem o poder de acusar ninguém e muito menos de redundar em pena estatutária. Neste caso, deve o sindicante ou a comissão elaborar relatório dirigido à autoridade local, propondo remessa dos autos ao Escor. Repisa-se mais uma vez que não basta o simples fato de se identificar o servidor que tinha o bem ou o processo danificado ou extraviado sob guarda ou uso ou carga no momento do sinistro para se aduzir que se configurou sua responsabilização administrativa, pois esta requer conduta culposa ou dolosa no evento. Caso seja a proposta aprovada pela autoridade local, este relatório se consubstanciará em uma representação para a autoridade correccional emita seu juízo de admissibilidade para instaurar ou não sindicância disciplinar ou PAD, nos termos do *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990.

Tanto na hipótese de bem patrimoniado ou apreendido quanto na hipótese de processo administrativo danificados ou extraviados, tendo decidido o respectivo Escor, em sua exclusiva competência, pela instauração do rito disciplinar, a comissão designada para tal, após a instrução coletada sob manto do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pode concluir pela inocência do servidor representado e relatar a favor do arquivamento do feito ou pode concluir por sua responsabilização disciplinar.

Para que se cogite desta segunda possibilidade, se faz necessário que o colegiado tenha comprovado a conduta culposa ou dolosa do servidor, uma vez que, repisa-se, não se contenta, para o grave fim de responsabilização disciplinar, com a simples comprovação fática de que objetivamente ocorreu ato danoso; a responsabilização de índole punitiva tem natureza subjetiva e não objetiva, requerendo ainda que se comprove que não só o fato danoso ocorreu, mas também que sua ocorrência se deu em virtude de conduta imperita, negligente, imprudente ou consciente e intencional por parte do servidor, seja para ele mesmo cometer o ato, seja para propiciar que terceiro o cometesse.

Reitera-se, neste ponto, as ressalvas já feitas acima, acerca das duas simplificações introduzidas pela CGU e que comportam, em certa medida, uma aplicação consecutiva e suplementar, ambas visando que condutas acarretadoras de dano ou de extravio de bem e/ou de processo administrativo tenha sua apuração encerrada sem processo disciplinar. Relembre-se então que a Instrução Normativa CGU nº 4, de 2009, permite, sob condições, o emprego do TCA (condutas culposas causadoras de prejuízo limitado a R\$ 8.000,00 em bens) e que a

Instrução Normativa CGU nº 2, de 2017, permite, sob outras condições, o emprego do TAC (condutas culposas ou dolosas causadoras de prejuízo limitado a R\$ 8.000,00 em bens ou causadoras de dano ou desaparecimento de processos administrativos).

Convém então aqui discorrer sobre alguns elementos de materialidade de atuação dolosa de servidor no extravio de bem patrimoniado ou apreendido (e até, onde cabível, de processo administrativo extraviado), que em nada se confundem com condutas de menor gravidade, tais como falta zelo com a economia de material e conservação do patrimônio ou retirada inautorizada de qualquer documento ou objeto da repartição, enquadráveis no inciso VII do art. 116 e no inciso II do art. 117, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, puníveis no máximo com suspensão. Os elementos formadores de convicção que serão abordados adiante autorizam enquadramento como valimento de cargo ou improbidade administrativa ou ainda dilapidação do patrimônio público, conforme o inciso IX do art. 117 ou os incisos IV ou X do art. 132, ambos da Lei nº 8.112, de 1990.

Antes, é preciso introduzir que, diferentemente do cotidiano desgaste e consumo dos materiais de expediente ou até mesmo de dano ou extravio culposos de bens de pequena monta, passíveis de ocorrer cotidianamente em qualquer unidade, as hipóteses que aqui serão abordadas se fazem mais frequentes em unidades aduaneiras, em depósitos de mercadorias (sobretudo apreendidas) ou ainda no curso de operações de repressão aduaneira, antes mesmo de os bens passarem ao formal controle fiscal.

Em tais situações de extravio presumivelmente doloso, convém verificar se há aparato de filmagem de vídeo na repartição ou no recinto ou no ambiente, a fim de solicitar as mídias para averiguação. Deve-se atentar para a possibilidade de, uma vez que o controle de tais equipamentos reside nas mãos de servidores da própria unidade, os ajustes de captação de imagem terem sido alterados ou até desativados ou ainda de as imagens terem sido violadas ou editadas justamente no momento do sinistro ou em momentos de presença de determinado servidor possivelmente envolvido. E a confiabilidade do circuito interno de imagem resta ainda mais minorada se o controle se dá nas dependências de outro órgão ou entidade, a exemplo da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) ou Empresa Brasileira de Correios Telégrafos (ECT).

Seja por meio de diligências, seja por meio da análise dos vídeos, importa também identificar outros servidores que estivessem presentes no local no momento do sinistro ou que conhecem a forma de trabalhar do suposto infrator ou que conhecem bem a rotina de trabalho, as falhas, as lacunas e os descontroles infraestruturais. Tais agentes, uma vez identificados, juntamente com o superior hierárquico, devem ser intimados para depor, a fim de informarem as tarefas a cargo do servidor e se estas incluíam atuar no recinto em que se deu o extravio em tela e sobretudo o manuseio do bem extraviado. Cabe verificar se se deu de forma regular a baixa do bem ou a sua destinação ou destruição, atentando para o histórico daquela repartição, se o caso em tela desponta como único ou como reiterado, contumaz e associado a momentos em que o servidor estava presente, diferenciando o erro escusável da continuidade infracional, bem como atestar as condições de trabalho, os descontroles e fragilidades inerentes à estrutura institucional e o grau de experiência do servidor.

Neste contexto de ilicitudes graves, pertine relembrar a plausibilidade de os processos de destinação serem foco de irregularidades, envolvendo, em concurso de pessoas, desde os servidores até os particulares fraudadores.

Igualmente para todos os casos ora analisados, não obstante, se no TCA ou na sindicância investigativa, são identificados indícios de possível responsabilidade contratual da empresa de segurança ou de qualquer outra pessoa jurídica decorrente de contrato celebrado com a Administração, deve-se remeter cópia da investigação ao fiscal do contrato administrativo para adotar providências administrativas e/ou judiciais para ressarcimento dos valores dos bens à Administração Pública, nos termos avençados no instrumento contratual.

No **Anexo III**, serão agrupados todos os apontamentos que possam interessar a respeito deste tema.

### 3.2.4 - Agentes Públicos

Após longas exposições diluídas em diversos tópicos antecedentes, acerca da abrangência objetiva do processo disciplinar (ou seja, sobre o quê, em termos fáticos, se aplica o Direito Administrativo Disciplinar), completa-se a visão introdutória do tema com a abordagem de quem, em termos subjetivos, se submete a este regramento estatutário.

Para dar início à abordagem acerca da abrangência subjetiva do processo disciplinar, tem-se que a definição extraída do art. 327 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP) remete ao que genericamente se chama de “agente público”: todo aquele que presta qualquer tipo de serviço ao Estado (funções públicas, no sentido mais amplo possível desta expressão, significando qualquer atividade pública). Todos os agentes incluídos nesta definição ampla são passíveis de cometer crimes associados ao exercício da função pública e sujeitam-se à responsabilização penal. Embora não seja uma lei de índole penal, vale acrescentar que o polo passivo a que se aplica a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa), em seu art. 2º, é ainda um pouco mais abrangente que o do art. 327 do CP, estendendo o conceito de agente público.

*Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.*

Em contraponto ao significado extremamente amplo adotado acima para a expressão “funções públicas”, informe-se que a Constituição Federal (CF), ao tratar da Administração Pública, em diversas passagens, refere-se a “cargos, empregos e funções públicas”, na qual aquela mesma expressão tem um sentido mais restrito. Neste caso, a expressão “funções públicas” significa o conjunto de atribuições legalmente cometidas a qualquer um que desempenha uma atividade pública, podendo estar ou não associado a um cargo, na Administração Pública direta ou indireta. Isto porque, por um lado, o pessoal contratado temporariamente, nos termos do inciso IX do art. 37 da CF (conforme se aduzirá em **3.2.4.1.4**), exerce uma determinada função pública, todavia sem provimento em cargo. Por outro lado, há o sentido ainda mais restrito para a expressão “função pública”, quando se refere especificamente à função de confiança, exclusiva de detentor de cargo efetivo, de que trata o inciso V do art. 37 da CF, que se abordará adiante.

Dito isto, ainda que sem se ter a intenção de esgotar e aprofundar a análise do assunto (para quê se recomenda pesquisa em farta doutrina), importa enumerar as inúmeras espécies de agentes públicos cabíveis nesta definição ampla. Pela sua diversidade, estes agentes mantêm diferentes graus de vinculação com a Administração Pública, graus estes que definem se, além de figurarem nos abrangentes polos passivos do CP e da Lei nº 8.429, de 1992, também se sujeitam à responsabilização disciplinar via processo disciplinar. Por mero efeito didático, a presente abordagem se iniciará com os agentes públicos, cargos, categorias ou carreiras que não são regidos pela Lei nº 8.112, de 1990, até chegar na descrição de sua abrangência subjetiva.

#### 3.2.4.1 - Agentes Públicos que não se Sujeitam à Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990

##### 3.2.4.1.1 - Agentes Políticos e Vitalícios

Primeiramente, a definição geral de agente público engloba os agentes políticos, que, em síntese, são os integrantes da alta administração governamental, titulares e ocupantes de poderes de Estado e de responsabilidades próprios e especificamente enumerados na Constituição Federal (CF). Dividem-se em dois subgrupos, em função da forma de provimento.

No primeiro subgrupo, posicionam-se os detentores de cargos eletivos, eleitos por mandatos transitórios, como os Chefes de Poder Executivo das diversas esferas (Presidente da República, Governadores de Estado e do Distrito Federal, Prefeitos de municípios e seus respectivos vices) e membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais e Estaduais e Vereadores), e os detentores de cargos de natureza especial, demarcados pela característica do provimento precário e transitório decorrente de nomeação por aqueles detentores de cargos eletivos, em relação de afinidade política e à margem de aprovação em concurso público, como os cargos de Ministros de Estado ou com *status* equivalente a Ministro de Estado e de Secretários nas Unidades da Federação. Todo este primeiro subgrupo de agentes políticos, sejam os detentores de cargos eletivos, sejam ocupantes de cargos de natureza especial, não se sujeitam ao processo disciplinar. No que aqui mais pode interessar, qual seja, a possibilidade de repercussão de atos públicos cometidos por agentes políticos do Poder Executivo federal, é de se informar que, conforme o inciso I do art. 52, os arts. 85 e 86 e a alínea “c” do inciso I do art. 102, todos da CF, o Presidente e o Vice-Presidente da República respondem por crimes de responsabilidade perante o Senado Federal e os Ministros de Estado respondem por crimes de responsabilidade perante o Supremo Tribunal Federal (STF), conforme manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GQ-55.

*Parecer AGU nº GQ-35, vinculante: “4. A Lei nº 8.112, de 1990, comina a aplicação de penalidade a quem incorre em ilícito administrativo, na condição de servidor público, assim entendido a pessoa legalmente investida em cargo público, de provimento efetivo ou em comissão, nos termos dos arts. 2º e 3º. Essa responsabilidade de que provém a apenação do servidor não alcança os titulares de cargos de natureza especial, providos em caráter precário e transitório, eis que falta a previsão legal da punição. Os titulares dos cargos de Ministro de Estado (cargo de natureza especial) se excluem da viabilidade legal de responsabilização administrativa, pois não os submete a positividade do regime jurídico dos servidores públicos federais aos deveres funcionais, cuja inobservância acarreta a penalidade administrativa.”*

Como parêntese antes de prosseguir na classificação dos agentes públicos, com o fim de expor correta interpretação do Parecer AGU acima, é de se mencionar o Despacho do Consultor-Geral da União Substituto nº 129/2005, por meio do qual foi aprovada a Nota AGU nº WM 6/2005, esclarecendo que nem todos os ocupantes de cargo de natureza especial têm direito às prerrogativas de Ministro de Estado, dentre as quais a de não ser processado no rito da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Há, portanto, ocupantes de cargos de natureza especial que se submetem ao regramento disciplinar estatutário, como é o caso dos Secretários-Executivos dos Ministérios, a título de exemplo não exaustivo.

*Despacho Consultor-Geral da União Substituto nº 129/2005: “Outro entendimento, contido na alínea “c” do item 8 da presente Nota (fls. 10,11 e 12), diz respeito à legislação a que estariam submetidos os ocupantes de cargo de natureza especial, essencialmente para afirmar que teriam prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos de Ministro de Estado, com base no disposto no art. 15 da Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, nas Leis nºs 9.030, de 13 de abril de 1995, 10.415, de 21 de março de 2002, e 10.539, de 23 de setembro de 2002, bem como nos arts. 38, 39 e 40 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003.*

*Vale ressaltar, entretanto, que de acordo com a legislação citada, nem todos os cargos de natureza especial têm asseguradas essas prerrogativas, vantagens e direitos equivalentes aos cargos de Ministro de Estado.*

*Com efeito, apenas aos cargos de natureza especial de que trata o art. 38 da Lei nº 10.683, de 2003, especificamente em razão do disposto em seu § 1º, é que estariam asseguradas essas prerrogativas, garantias, vantagens e direitos. Quanto aos demais, de que tratam os arts. 39 e 40 da Lei nº 10.683, de 2003, e as Leis nºs 10.415, de 2002, e 10.539, de 2002, não há previsão legal nesse sentido.”*

Retomando a apresentação dos agentes públicos, no segundo subgrupo, alinham-se os detentores de cargos vitalícios, de ocupação permanente, até a aposentação compulsória (por idade): os membros da magistratura, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, os quais, por garantia constitucional (inciso I do art. 95, inciso I do § 5º do art. 128 e § 3º do art. 73, todos da CF), têm a prerrogativa da desinvestidura se dar apenas mediante processo judicial (não são demissíveis administrativamente). Mas este destaque é exclusivo dos membros propriamente ditos competentes pelas respectivas atividades-fim, não alcançando os serventuários das atividades-meio daquelas três instituições. A doutrina também assevera tal diferenciação.

*“Não há que se confundir os crimes praticados pelo servidor comum, com os denominados crimes de responsabilidade, cujos autores somente podem ser os agentes políticos - Presidente da República, governadores de Estado e do Distrito Federal, ministros de Estado e secretários de Governo (federal, estadual e distrital) -, bem como os magistrados. Ou, disciplinada a questão em outra Lei, a responsabilidade de Prefeitos e Vereadores.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 192, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

### **3.2.4.1.2 - Empregados Públicos Celetistas na Administração Pública Direta e Indireta**

Aproximando-se da parcela que aqui mais interessa, aquela definição ampla de agentes públicos engloba também os que participam do aparelho estatal, tanto na organização direta como na indireta. Sabe-se que a Administração Pública divide-se em Administração Pública direta e em Administração Pública indireta, conforme definem os arts. 4º e 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

A Administração Pública direta (ou centralizada) é formada por órgãos públicos politicamente autônomos, ligados diretamente ao poder central (seja em âmbito federal, estadual, distrital ou municipal), tais como os próprios organismos dirigentes (Presidência da República, Governos estaduais e distrital e Prefeituras municipais), seus ministérios, suas secretarias e os órgãos subordinados (como é o caso da Secretaria da Receita Federal do Brasil subordinada ao Ministério da Fazenda). Os órgãos componentes da Administração Pública direta não possuem personalidade jurídica própria, patrimônio e autonomia administrativa, suas despesas são realizadas diretamente através do orçamento da referida esfera e sua gestão é marcada pela distribuição interna de competências, sem a delegação a uma pessoa jurídica diversa.

Já a Administração Pública indireta (ou descentralizada) é aquela composta por entidades com personalidade jurídica própria, patrimônio e autonomia administrativa, suas despesas são realizadas através de orçamento próprio e sua gestão é marcada pela distribuição de competências de uma pessoa jurídica para outra. As entidades da Administração Pública indireta podem ser pessoas jurídicas de direito público, como as autarquias (mencione-se que as agências reguladoras são consideradas autarquias de regime especial); e pessoas jurídicas de direito privado, como empresas públicas e sociedades de economia mista; além das fundações públicas, que tanto podem ser de direito público quanto de direito privado.

*Decreto-Lei nº 200, de 1967 - Art. 4º A Administração Federal compreende:  
I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.*

*II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:*

*a) Autarquias;*

*b) Empresas Públicas;*

*c) Sociedades de Economia Mista.*

*d) fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987)*

*Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade. (Parágrafo renumerado pela Lei nº 7.596, de 1987)*

*Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:*

*I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.*

*II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969)*

*III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)*

*IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. (incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)*

Apenas para efeito didático de se prosseguir primeiramente na apresentação dos agentes públicos que não se sujeitam ao regime disciplinar da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, inicia-se a abordagem pela parcela de empregados da Administração Pública, direta ou indireta, que não ocupam cargos públicos mas sim empregos públicos.

A alternativa acima se justifica pois, embora tal forma de vínculo se associe mais fortemente à Administração Pública indireta, também há a possibilidade de sua ocorrência em parcela restrita da Administração Pública direta.

Assim é que, de um lado, de forma mais específica, o disciplinamento de parte desta limitada ocorrência de agentes públicos que não se sujeitam ao regime disciplinar da Lei nº 8.112, de 1990, no âmbito da Administração Pública direta e ainda, no âmbito da Administração Pública indireta, nas autarquias e nas fundações públicas de direito público, se concentra, ao tempo em que foi aplicável, na Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. A ressalva temporal se justifica porque a citada Lei foi editada sob a égide da redação dada ao *caput* do art. 39 da Constituição Federal (CF) pela Emenda Constitucional (EC) nº 19, de 4 de abril de 1998. Para a devida compreensão do tema, faz-se necessário retroagir que o *caput* do art. 39 da CF, em sua primeira redação, exigia a instituição de regime jurídico único nas autarquias e nas fundações públicas de direito público e este comando, em âmbito federal, originalmente se consubstanciou com a edição da Lei nº 8.112, de 1990. Posteriormente, aquela chamada EC da Reforma Administrativa flexibilizou o instituto do regime jurídico único, implementando, na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, a figura do contrato de emprego público, que, até então, era típico de pessoas jurídicas de direito privado, tais como empresas públicas e sociedades de economia mista. Todavia, esta atividade constituinte derivada teve sua eficácia suspensa, no Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de medida cautelar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.135-

4, publicada em 07/03/08, fazendo retornar a aplicabilidade da redação original do *caput* do art. 39 da CF (ou seja, o regime jurídico único), até que se tenha o julgamento definitivo da Ação. Não obstante, a decisão judicial ressalvou seus efeitos *ex nunc*, ou seja, ratificou a validade dos atos praticados com base na legislação editada durante a vigência do dispositivo constitucional ora suspenso, de que são exemplo as contratações de empregados estabelecidas à luz dos arts. 1º a 3º da Lei nº 9.962, de 2000, no período compreendido entre 23/02/00 e 07/03/08.

*CF - Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.*

*EC nº 19, de 1998 - Art. 5º O art. 39 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:*

*“Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.”*

*Lei nº 9.962, de 2000 - Art. 1º O pessoal admitido para emprego público na Administração federal direta, autárquica e fundacional terá sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, naquilo que a lei não dispuser em contrário.*

*Art. 2º A contratação de pessoal para emprego público deverá ser precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme a natureza e a complexidade do emprego.*

*Art. 3º O contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido por ato unilateral da Administração pública nas seguintes hipóteses: I - prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT;*

*II - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;*

*III - necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal;*

*IV - insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.*

*Parágrafo único. Excluem-se da obrigatoriedade dos procedimentos previstos no caput as contratações de pessoal decorrentes da autonomia de gestão de que trata o § 8º do art. 37 da Constituição Federal.*

*Medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135-4:*

*“Ementa: Poder constituinte reformador. Processo legislativo. Emenda Constitucional 19, de 04.06.1998. Art. 39, caput, da Constituição Federal. Servidores públicos. Regime jurídico único. Proposta de implementação, durante a atividade constituinte derivada, da figura do contrato de emprego público. Inovação que não obteve a aprovação da maioria de três quintos dos membros da Câmara dos Deputados quando da apreciação, em primeiro turno, do Destaque para Votação em Separado (DVS) nº 9. Substituição, na elaboração da proposta levada a segundo turno, da redação original do caput do art. 39 pelo texto inicialmente previsto para o parágrafo 2º do mesmo dispositivo, nos termos do substitutivo aprovado. Supressão, do texto constitucional, da expressa menção ao sistema de regime jurídico único dos servidores da administração pública. Reconhecimento, pela maioria do plenário do Supremo Tribunal Federal, da plausibilidade da alegação de vício formal por ofensa ao art. 60, § 2º, da Constituição Federal. Relevância jurídica das demais alegações de inconstitucionalidade formal e material rejeitada por unanimidade. 1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no*

*DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente caput do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público. 2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o caput desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o quorum de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional. 3. Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao caput do art. 39 da Constituição Federal, ressaltando-se, em decorrência dos efeitos ex nunc da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso.”*

*Decisão Plenária da Liminar: “O Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Nelson Jobim, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, deferiu parcialmente a medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 039, caput, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 019, de 04 de junho de 1998, tudo nos termos do voto do relator originário, Ministro Néri da Silveira, esclarecido, nesta assentada, que a decisão - como é próprio das medidas cautelares - terá efeitos ex nunc, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa.”*

Destaque-se que estes empregados contratados pela União ou por suas autarquias ou fundações públicas de direito público à luz da Lei nº 9.962, de 2000, no período em que teve aplicabilidade a redação alterada do *caput* do art. 39 da CF, mantêm um vínculo direto com o respectivo órgão ou entidade contratante. Ressalve-se ainda que esta hipótese apenas muito raramente pode vir a ser aplicada no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), pois, como regra geral, no órgão não há empregados contratados sob a égide da mencionada Lei, com exceção de situações excepcionalíssimas em que houve contratos desta natureza, em que unidades do órgão (destacadamente unidades aduaneiras) figuram como contratantes do empregado público.

E, de outro lado, na parcela restante da Administração Pública indireta, também se acrescentam ao conjunto de agentes públicos que não se sujeitam ao regime disciplinar da Lei nº 8.112, de 1990, os empregados contratados por empresas públicas ou sociedades de economia mista, para as excepcionais atividades de exploração econômica constitucionalmente permitidas ao Estado, e ainda residualmente por fundações públicas de direito privado. Só que, diferentemente de todo o conjunto mencionado acima de empregados contratados indistintamente sob a égide da Lei nº 9.962, de 2000, no caso de empregados contratados por empresas públicas ou por sociedades de economia mista, por expressa determinação do *caput* e do inciso II do § 1º do art. 173 da CF, de forma geral, não há um único diploma legal (da forma como aquela Lei opera para toda a Administração Pública direta, autárquica e fundacional) que discipline a contratação de empregados nesta parcela da Administração Pública indireta, pois o § 1º do dispositivo constitucional exige leis específicas em cada entidade que estabeleçam, dentre outros aspectos, os respectivos estatutos jurídicos.

*CF - Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*

*§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela EC nº 19, de 1998)*

*II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;*

*(incluído pela EC nº 19, de 1998)*

A título de informação, vale também mencionar os empregados públicos despedidos ou dispensados de forma inconstitucional ou ilegal ou por motivação política ou ainda em decorrência de movimento grevista no período de 16/03/90 a 30/09/92, e que, ao terem sido anistiados nos termos do art. 1º da Lei nº 8.878, de 11 de maio de 1994, requereram e retornaram aos seus empregos públicos originalmente ocupados (ou naqueles resultantes de suas transformações), sob mesmo vínculo celetista, sejam com vínculo direto com a Administração Pública direta ou com a entidade autárquica ou fundacional, sejam contratados por empresa pública ou por sociedade de economia mista. De se destacar que a anistia, concedida nos moldes do inciso VIII do art. 48 da CF (atribuição do Congresso Nacional, com sanção do Presidente da República), como uma espécie de readmissão concedida pela Administração, não se confunde com reintegração vinculada em decorrência de ato expulsivo ilegal, não operando, portanto, retroação à época do desligamento para concessão de qualquer benefício, conforme estabelece o art. 6º da citada Lei.

*Lei nº 8.878, de 1994 - Art. 1º É concedida anistia aos servidores públicos civis e empregados da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sob controle da União que, no período compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992, tenham sido:*

*I - exonerados ou demitidos com violação de dispositivo constitucional ou legal;*

*II - despedidos ou dispensados dos seus empregos com violação de dispositivo constitucional, legal, regulamentar ou de cláusula constante de acordo, convenção ou sentença normativa;*

*III - exonerados, demitidos ou dispensados por motivação política, devidamente caracterizado, ou por interrupção de atividade profissional em decorrência de movimentação grevista.*

*Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, ao servidor titular de cargo de provimento efetivo ou de emprego permanente à época da exoneração, demissão ou dispensa.*

*Art. 2º O retorno ao serviço dar-se-á, exclusivamente, no cargo ou emprego anteriormente ocupado ou, quando for o caso, naquele resultante da respectiva transformação e restringe-se aos que formulem requerimento fundamentado e acompanhado da documentação pertinente no prazo improrrogável de sessenta dias, contado da instalação da comissão a que se refere o art. 5º, assegurando-se prioridade de análise aos que já tenham encaminhado documentação à Comissão Especial constituída pelo Decreto de 23 de junho de 1993.*

Assim, tanto na delimitada parcela da Administração Pública direta, nas autarquias e nas fundações públicas de direito público quanto nas empresas públicas, sociedades de economia mista e também nas fundações públicas de direito privado, o ordenamento jurídico prevê empregos públicos, ocupados por empregados públicos contratados sob regime do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho - CLT). Em tais casos, seja para todos aqueles empregados com contratos regidos pela Lei nº 9.962, de 2000, e que mantêm vínculo direto com o órgão da Administração Pública direta ou com a entidade autárquica ou fundacional, seja para aqueles contratados de acordo com as leis específicas de cada empresa pública ou sociedade de economia mista ou ainda por fundações públicas de direito privado, diferentemente do que ocorre com os servidores, cujo vínculo estatutário reside no Direito Administrativo, o vínculo laboral dos empregados públicos, embora também decorrente de aprovação em concurso público, rege-se pelo Direito do Trabalho, à luz do seu principal diploma legal, que é a CLT, conforme sustenta a doutrina.

*“Os empregados públicos são todos os titulares de emprego público (não de cargo público) da Administração direta e indireta, sujeitos ao regime jurídico da CLT; daí serem chamados também de ‘celetistas’. Não ocupando cargo público e sendo celetistas, não têm condição de adquirir a estabilidade*

*constitucional (CF, art. 41), nem podem ser submetidos ao regime de previdência peculiar, como os titulares de cargo efetivo e os agentes políticos, sendo obrigatoriamente enquadrados no regime geral de previdência social, a exemplo dos titulares de cargo em comissão ou temporário.”, Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, pg. 384, Malheiros Editores, 26ª edição, 2001*

*“Os servidores das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações privadas regem-se pela legislação trabalhista. Para as empresas que exercem atividade econômica, esse regime é imposto pelo artigo 173, § 1º, da Constituição. Para os demais, não é obrigatório, mas é o que se adota por meio das leis ordinárias, por ser o mais compatível com o regime de direito privado a que se submetem.”, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Direito Administrativo”, pg. 449, Editora Atlas, 19ª edição, 2006*

*“O pessoal das empresas públicas e das sociedades de economia mista se submete ao regime trabalhista comum, cujos princípios e normas se encontram na Consolidação das Leis do Trabalho. Por isso mesmo, o vínculo jurídico que se firma entre os empregados e aquelas pessoas administrativas tem natureza contratual, já que atrelados por contrato de trabalho típico. Lembre-se que esse regime jurídico já vem previsto na Constituição, quando ficou definido que se aplicariam àquelas entidades o mesmo regime jurídico aplicável às empresas privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias e trabalhistas (art. 173, § 1º).*

*Sendo contratual o regime, os litígios entre os empregados e as entidades, decorrentes das relações de trabalho, serão processados e julgados na Justiça do Trabalho, como estabelece o art. 114 da Constituição Federal. (...)*

*Para esses empregados não incidem as regras protetivas especiais dos servidores públicos, como, por exemplo, a estabilidade estatutária. Mesmo tendo sido aprovados por concurso, incidem as regras da CLT que disciplinam a formação e a rescisão do contrato de trabalho.”, José dos Santos Carvalho Filho, “Manual de Direito Administrativo”, pg. 426, Editora Lumen Juris, 15ª edição, 2006*

Tais vínculos empregatícios se consubstanciam em contratos de trabalho que, em síntese, compreendem um plexo de direitos e de deveres do empregador e do empregado e, conseqüentemente, dão suporte ao poder disciplinar daquele (na figura do titular do órgão ou do dirigente máximo da entidade) em face deste nas hipóteses de descumprimento de suas obrigações contratuais. O poder disciplinar, por meio do qual o empregador garante a regularidade e a ordem interna, decorre apenas da própria relação contratual em si, ainda que excepcionalmente ou apenas *ad argumentandum* não esteja expressamente previsto na lei específica, no contrato ou em qualquer outro ato de regulamentação interna.

Por um lado, uma vez que, como regra, o empregado público não aufere o instituto da estabilidade da forma como é constitucionalmente conferido ao servidor estatutário, conforme assevera a jurisprudência, é lícita a rescisão de seu contrato de trabalho por mero ato unilateral da Administração Pública direta ou indireta (inserido no poder potestativo de rescisão unilateral do contrato, que a lei trabalhista faculta a qualquer empregador). A dispensa sem justa causa é um ato facultativo de mera gestão de pessoal, não decorrente de cometimento de infração trabalhista pelo empregado e, como tal, não possui natureza de penalidade disciplinar, já que, nesta hipótese, o empregador resta obrigado a indenizar o empregado.

*STF, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 507.326: “Ementa: 1. Esta Corte orientou-se no sentido de que as disposições constitucionais que regem os atos administrativos não podem ser invocadas para estender aos funcionários de sociedade de economia mista, que seguem a Consolidação das Leis do Trabalho, uma estabilidade aplicável somente aos servidores públicos, estes sim submetidos a uma relação de direito administrativo. 2. A aplicação*

*das normas de dispensa trabalhista aos empregados de pessoas jurídicas de direito privado está em consonância com o disposto no § 1º do art. 173 da Lei Maior, sem ofensa ao art. 37, caput e II, da Carta Federal.”*  
*Idem: STF, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 469.189 e Recurso Extraordinário nº 363.328*

Ressalve-se que, nos casos de emprego público regido pela Lei nº 9.962, de 2000, em órgãos da Administração Pública direta, autarquias ou fundações públicas de direito público, esta hipótese é bem mais restrita do que em sociedades de economia mista, empresas públicas ou fundações públicas de direito privado. Fora as possibilidades estabelecidas nos quatro incisos do art. 3º da Lei nº 9.962, de 2000, para rescisão unilateral do contrato de trabalho por parte da Administração (a primeira hipótese é a falta grave, conforme definido no art. 482 da CLT, e as três demais são de molde constitucional, a saber, a acumulação ilegal, a necessidade de redução de quadro por excesso de despesa e a insuficiência de desempenho), para as demais hipóteses ou fatos, a jurisprudência trabalhista do Tribunal Superior do Trabalho (TST) já entendeu pela extensão do instituto da estabilidade a favor, exclusivamente, dos empregados celetistas de órgãos da Administração Pública direta, autarquias ou fundações públicas de direito público

*TST, Enunciado da Súmula nº 390*

*I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.*

Por outro lado, o empregador, e aí se inclui até com maior ênfase a Administração Pública direta ou indireta, deve amparar qualquer ato punitivo em elementos de motivação e de convicção - ou seja, em provas - que sustentem a segurança do exercício do mencionado poder disciplinar diante de ato infracional cometido pelo empregado. Embora não seja objeto do presente texto aprofundar na análise dos princípios e fundamentos da CLT, é de se mencionar as três espécies admitidas de penalidades trabalhistas: a advertência, que, mesmo não expressamente prevista no texto legal, é aceita para infrações de menor gravidade se houver previsão em lei específica ou em norma interna; a suspensão, que pode variar de um até trinta dias, prevista no art. 474 da CLT; a dispensa ou rescisão por justa causa, como hipótese expulsiva e sem direito a qualquer verba indenizatória, em razão dos enquadramentos exaustivamente previstos no art. 482 da CLT ou no caso de empregado que auferir estabilidade após dez anos de serviço na mesma empresa e que somente pode ser dispensado por justa causa em caso de falta grave, assim definida no art. 493 do mesmo Decreto-Lei como o cometimento repetido ou com maior gravidade das hipóteses do mencionado art. 482.

*CLT - Art. 474. A suspensão do empregado por mais de 30 (trinta) dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho.*

*Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:*

- a) ato de improbidade;*
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;*
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;*
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;*
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;*
- f) embriaguez habitual ou em serviço;*
- g) violação de segredo da empresa;*
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;*
- i) abandono de emprego;*
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer*

*pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;*

*k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;*

*l) prática constante de jogos de azar.*

*Parágrafo único. Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.*

*Art. 492. O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.*

*Art. 493. Constitui falta grave a prática de qualquer dos fatos a que se refere o art. 482, quando por sua repetição ou natureza representem séria violação dos deveres e obrigações do empregado.*

A despeito de o ato punitivo dever ser motivado, também é de se mencionar que, em sua fria literalidade, a CLT não prevê rito ou procedimento e muito menos um estrito processo de índole disciplinar sob manto dos princípios da ampla defesa e do contraditório para a aplicação das penas trabalhistas (a menos da menção, feita no seu art. 853, de instauração, em trinta dias, de inquérito, na Justiça do Trabalho, para apurar a já citada falta grave definida no seu art. 493 para dispensa por justa causa de empregado estável) decorrentes de infrações laborais, conforme a jurisprudência. A rigor, as garantias insculpidas no inciso LV do art. 5º da CF não atingem a Administração Pública direta ou indireta quando esta, na condição de empregador, aplica seu poder disciplinar em face dos empregados públicos contratados sob égide celetista. A ressalva a se esclarecer é quando a regulamentação interna da empresa ou ainda quando convenções ou acordos coletivos de trabalho assim exigirem, vez que passam a integrar o contrato de trabalho, conforme o art. 444 da CLT, devendo então a apenação ser antecedida estritamente do procedimento internamente adotado (e não necessariamente aquele previsto na Lei nº 8.112, de 1990, apenas para servidores estatutários), conforme sumulou o TST.

*TST, Enunciado da Súmula nº 77: “Nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa por norma regulamentar.”*

*STF, Recurso Extraordinário nº 298.108: “Ementa: (...) A 1ª Turma dessa Corte, ao julgar o Agrag 245.235, decidiu: “Agravo regimental. - Está correto o despacho agravado que assim afasta as alegações dos ora agravantes: 1. Inexistem as alegadas ofensas à Constituição. Com efeito, tratando-se de empregado de sociedade de economia mista, não se aplica a ele o disposto no artigo 41 da Constituição Federal que somente disciplina a estabilidade dos servidores públicos civis. Por outro lado, por negar, corretamente, essa estabilidade a empregado de sociedade de economia mista, e por entender que o regulamento interno de pessoal do Banco em causa não confere estabilidade em favor de seus empregados, não ofendeu o acórdão recorrido o artigo 37, II, da Constituição, que diz respeito a investidura por concurso público, nem o ‘caput’ desse mesmo artigo por haver aplicado, também corretamente, as normas de dispensa trabalhista que se aplicam aos empregados de pessoas jurídicas de direito privado, em consonância, aliás, com o que preceitua o artigo 173, § 1º, da Carta Magna.”*

*Idem, STF, Recurso Extraordinário nº 245.235*

*STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8.551: “Ementa: 1. A legislação correlata estabeleceu apenas que o ato de dispensa de servidores celetistas, condicionado à oportunidade e conveniência, avaliadas exclusivamente pela administração pública, fosse devidamente motivado, prescindindo, assim da instauração de processo administrativo.”*

*STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18.512: “Ementa: A necessidade de processo administrativo para demissão está intimamente ligada à idéia de estabilidade, sendo, pois, excluído dessa benesse servidora celetista que não se tornou estável no serviço público, nos moldes do art. 19 da ADCT.”*

Embora se tenha afirmado que, também no âmbito da Administração Pública direta ou indireta, são aplicáveis a faculdade de dispensar sem justa causa e o exercício do poder disciplinar *a priori* sem rito contraditório, é certo que, diante das peculiaridades e dos princípios específicos reitores da seara pública, tais aplicações sofrem algumas adequações em comparação às formas e condições com que se aplicam no setor privado. Sendo o empregado público uma espécie do gênero agente público, eis que sua relação laboral contratual, inequivocamente, é contemplada com algumas especificidades em comparação à relação de mesma natureza firmada no setor privado.

Neste curso, primeiramente, à margem da matéria disciplinar, pontua-se que a dispensa sem justa causa de empregado público, seja para todos aqueles empregados com contratos regidos pela Lei nº 9.962, de 2000, e que mantêm vínculo direto com o órgão da Administração Pública direta ou com a entidade autárquica ou fundacional, seja para aqueles contratados de acordo com leis específicas de cada empresa pública ou sociedade de economia mista ou ainda por fundação pública de direito privado, como ato administrativo em gênero, convém que seja motivada.

E, no que pertine ao tema disciplinar, chegando ao conhecimento da Administração Pública direta ou indireta a notícia de suposta infração trabalhista cometida pelos empregados públicos acima descritos, mesmo no exercício de seu emprego no órgão da Administração Pública direta ou na entidade autárquica ou fundacional regido pela Lei nº 9.962, de 2000, ou na empresa pública ou sociedade de economia mista ou ainda em fundação pública de direito privado em que é contratado, e que possa acarretar a aplicação das penas trabalhistas de advertência, de suspensão ou sobretudo de dispensa por justa causa, é de se conceder maior apego ao garantismo conservador e aos direitos de defesa impessoalmente a todos consagrados em detrimento da liberalidade de agir. Neste rumo, além da necessária motivação do ato punitivo, destaca-se que, mesmo diante do silêncio na literalidade da CLT, o reflexo de garantias fundamentais consagradas no atual ordenamento constitucional permite que se recomende, até onde cabível, a extensão, a favor do agente, dos direitos ao tratamento impessoal, ao devido processo legal, à participação contraditória na produção de provas e à ampla defesa (ainda que se tenha a instrução processual coletada de forma inquisitorial - caso a regulamentação interna não exija em contrário -, na hipótese de convicção preliminar em desfavor do empregado, ao menos se deve formalizar acusação e notificá-lo para, caso queira, solicitar novas provas ou contestar as já existentes e para apresentar sua própria defesa, a fim de se propiciar julgamento imparcial), independentemente da gravidade da conduta e da pena trabalhista cabível.

Assim, sintetizando as informações precedentes, ainda que não exista base legal que recomende e muito menos que obrigue a aplicação de qualquer rito para dispensar sem justa causa e muito menos para apurar qualquer irregularidade trabalhista (leve, mediana ou grave, punível com advertência, suspensão ou dispensa por justa causa) supostamente cometida por agente celetista estável ou não, em atenção aos princípios reitores da atividade administrativa, no caso específico de empregado público, o órgão ou a entidade de origem deve adotar instrumentalização que atenda às garantias fundamentais erigidas na CF para aplicação de pena e motivar não só este ato mas também a dispensa não punitiva. Este necessário e indispensável procedimento administrativo de apuração de infração trabalhista que o empregado tenha cometido no âmbito do órgão da Administração Pública direta ou da entidade da Administração Pública indireta em que exerce seu emprego, deve transcorrer neste próprio órgão ou entidade. E, de forma mais específica, tratando-se de empregado com vínculo direto com órgão da Administração Pública direta ou com entidade autárquica ou fundacional, regido pela Lei nº 9.962, de 2000, na ausência de lei específica, no que for

cabível, pela similitude da matéria, é recomendável que esta instrumentalização tome por analogia o rito garantista da Lei nº 8.112, de 1990; e, no caso de empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista ou ainda de fundação pública de direito privado, esta instrumentalização deve seguir a lei específica ou a norma interna de regência na entidade ou o acordo coletivo de trabalho ou, por fim, residualmente, os dispositivos que forem aplicáveis da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regula processualística no âmbito da Administração Pública federal). Em ambos os casos, o poder disciplinar (qualquer que seja a pena trabalhista a ser aplicada ao final do procedimento administrativo - de advertência, de suspensão ou de dispensa por justa causa) incumbe à autoridade que figurar como contratante, que pode ser desde o chefe da unidade até o titular do órgão ou o dirigente máximo da entidade. Ademais, uma vez que a dispensa sem justa causa e a apenação em qualquer grau do empregado público são atos administrativos, gozam de presunção de legitimidade, devendo então a ausência de motivação ser comprovada, conforme entendimento da Advocacia-Geral da União, por meio do seu Parecer AGU nº GQ-64 e também de acordo com a doutrina manualizada do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU).

*Parecer AGU nº GQ-64 (vinculante): “Ementa: Ilegalidade da Portaria nº 306, de 30.09.80. Servidor admitido por concurso, conquanto regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, não pode ser dispensado discricionariamente, sem motivação. Ato nulo, a configurar abuso de poder. Reintegração do interessado no emprego.*

*8. A dispensa do emprego, como todo o ato administrativo, há de ser motivada, ainda que se cuide de relação regida pela CLT, implicando sua falta, sem dúvida, invalidade do ato, até mesmo por se configurar, na hipótese, abuso de poder.*

*9. No âmbito da Administração Pública, ao contrário do que se verifica na atividade privada, não é admissível venha a autoridade, a seu talante, rescindir sem causa contrato de trabalho, máxime considerando tratar-se de servidor admitido por concurso e detentor em seus assentamentos de boas referências funcionais, como consta do processo.”*

*Parecer AGU nº GQ-71 (não vinculante): “Ementa : Portaria editada com o propósito de proceder à dispensa de servidor da União, regido pela legislação trabalhista, se caracteriza como de ato administrativo e, em decorrência, é presumidamente legal. A falta de motivo que justifique ato desse jaez há de ser indubitavelmente demonstrada, sendo insuficiente para a consequente declaração de nulidade a simples presunção de que seja ele imotivado.”*

*“Importante destacar também que o processo administrativo disciplinar da Lei nº 8.112/90 não alcança os empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista. Tais agentes, ainda que contratados mediante concurso público, são regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT e não pelo regime estatutário dos servidores públicos. Isso não significa que os empregados públicos das Estatais fujam à responsabilidade disciplinar e administrativa, uma vez que se submetem aos normativos internos que tais entidades venham adotar, podendo prever deveres e proibições a serem observadas por seus funcionários e dispor das penalidades cabíveis no caso de conduta inadequada.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 37, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Ratifique-se que segundo a manifestação da própria CGU, por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 15, de 18 de janeiro de 2017, aceita-se o emprego subsidiário da instrumentalização prevista na Lei nº 8.112, de 1990, para a apuração de responsabilidade de empregado público se a entidade não possuir regramento específico.

*Enunciado CGU/CCC nº 15, de 2017: “Aplicação da Lei nº 8.112/90 em processos disciplinares no âmbito das empresas estatais. Inexistente normativo interno no âmbito da empresa estatal que estabeleça o rito processual prévio à aplicação de penalidades, admite-se a adoção, no que couber, do procedimento disciplinar previsto na Lei nº 8.112/90 para a apuração de responsabilidade de empregados públicos.”*

A propósito, informe-se que, no sítio eletrônico da CGU, encontra-se o Manual de Direito Disciplinar para Empresas Estatais, disponível no endereço [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual\\_estatais.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual_estatais.pdf), cuja leitura se recomenda caso se necessite de maior aprofundamento no tema, inclusive acerca de adequação do rito.

Mas, a hipótese que aqui mais interessa aprofundar - para chegar, ao fim, ao foco concreto da Secretaria da Receita Federal do Brasil e mais especificamente de seu sistema correcional ter de enfrentar a questão de ser ou não obrigatória a atuação em face de agente celetista - é de o empregado público de empresa pública ou de sociedade de economia mista (ou seja, não se trata de empregado que possui vínculo direto decorrente da relação celetista de trabalho calcada na Lei nº 9.962, de 2000) manter uma outra forma de relação laboral com órgão da Administração Pública direta ou com autarquias ou com fundações públicas de direito público. Aqui, diferentemente das hipóteses até então abordadas, se trata de empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista que exerce seu emprego não no âmbito de sua entidade de origem mas sim no âmbito de órgão da Administração Pública direta ou de entidade autárquica ou fundacional. E, neste delimitado contexto, há três formas a serem mencionadas e a terem pormenorizada análise no que diz respeito ao recebimento de notícia de suposto cometimento de infração por parte do agente no âmbito do órgão da Administração Pública direta ou entidade autárquica ou fundacional. Uma vez que estas parcelas da Administração Pública direta ou indireta possuem corpos funcionais que se submetem à Lei nº 8.112, de 1990, necessário se faz diferenciar detidamente as hipóteses em que a relação laboral daquele empregado público passa a ser regida pelo Estatuto e as hipóteses em que se mantém apenas a relação celetista de trabalho, já que isto significa distintas repercussões em termos de responsabilização administrativa e distintas formas de ter de agir ou de poder agir o órgão da Administração Pública direta ou a entidade autárquica ou fundacional.

Dentre as três possibilidades a seguir abordadas de vínculo laboral entre o empregado público e a Administração Pública direta ou autarquias ou fundações públicas de direito público, duas encontram previsão legal e amparo jurídico no art. 93 da Lei nº 8.112, de 1990, por meio do instituto da cessão, regulamentado pelo Decreto nº 9.144, de 22 de agosto de 2017, destacadamente em seus arts. 1º a 3º, em decorrência de requisição do órgão cessionário.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 93. O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios, nas seguintes hipóteses: (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 17 de dezembro de 1991)*

*I - para exercício de cargo em comissão ou função de confiança; (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 1991)*

*II - em casos previstos em leis específicas. (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 1991)*

*§ 1º Na hipótese do inciso I, sendo a cessão para órgãos ou entidades dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o ônus da remuneração será do órgão ou entidade cessionária, mantido o ônus para o cedente nos demais casos. (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 1991)*

*§ 2º Na hipótese de o servidor cedido a empresa pública ou sociedade de economia mista, nos termos das respectivas normas, optar pela remuneração do cargo efetivo ou pela remuneração do cargo efetivo acrescida de percentual da retribuição do cargo em comissão, a entidade cessionária efetuará o reembolso das despesas realizadas pelo órgão ou entidade de origem. (Redação*

*dada pela Lei nº 11.355, de 19 de outubro de 2006)*

*§ 3º A cessão far-se-á mediante Portaria publicada no Diário Oficial da União. (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 1991)*

*§ 4º Mediante autorização expressa do Presidente da República, o servidor do Poder Executivo poderá ter exercício em outro órgão da Administração Federal direta que não tenha quadro próprio de pessoal, para fim determinado e a prazo certo. (Incluído pela Lei nº 8.270, de 1991)*

*§ 5º Aplica-se à União, em se tratando de empregado ou servidor por ela requisitado, as disposições dos §§ 1º e 2º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 10.470, de 25 de junho de 2002)*

*§ 6º As cessões de empregados de empresa pública ou de sociedade de economia mista, que receba recursos de Tesouro Nacional para o custeio total ou parcial da sua folha de pagamento de pessoal, independem das disposições contidas nos incisos I e II e §§ 1º e 2º deste artigo, ficando o exercício do empregado cedido condicionado a autorização específica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, exceto nos casos de ocupação de cargo em comissão ou função gratificada. (Incluído pela Lei nº 10.470, de 2002)*

*Decreto nº 9.144, de 2017 - Âmbito de aplicação*

*Art. 1º Este Decreto se aplica às cessões e às requisições em que figure a administração pública federal, direta e indireta, incluídas as empresas públicas e as sociedades de economia mista, como cedente ou cessionária.*

*Parágrafo único. O disposto neste Decreto:*

*I - abrange servidores públicos efetivos, empregados públicos e empregados de empresas estatais; e*

*II - não implica afastamento de regras especiais constantes de lei ou de decreto nos pontos em que forem incompatíveis.*

*Cessão*

*Art. 2º A cessão é o ato autorizativo pelo qual o agente público, sem suspensão ou interrupção do vínculo funcional com a origem, passa a ter exercício fora da unidade de lotação ou da estatal empregadora.*

*§ 1º Não haverá cessão sem o pedido do cessionário, a concordância do cedente e a concordância do agente público cedido.*

*§ 2º A cessão é realizada para a ocupação de cargo em comissão ou de função de confiança em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.*

*Requisição*

*Art. 3º Na requisição, não há necessidade de concordância do órgão ou da entidade de origem.*

*§ 1º A requisição implica a transferência do exercício do agente público, sem alteração da lotação no órgão de origem.*

*§ 2º Exceto se houver disposição em contrário, aplicam-se à requisição todas as regras sobre cessão constantes deste Decreto.*

Na primeira forma, por meio da cessão prevista no inciso I e no § 5º do art. 93 da Lei nº 8.112, de 1990, o empregado público é requisitado de seu órgão ou entidade de origem (especificamente nesta hipótese, o empregado pode ser da Administração Pública tanto direta quanto indireta) para ocupar cargo em comissão em órgão da Administração Pública direta ou em autarquia ou em fundação pública de direito público. Portanto, na acepção do art. 2º da citada Lei, é considerado servidor público federal, ocupante de cargo em comissão no órgão cessionário. E, como tal, na hipótese de este empregado público envolver-se em irregularidade (que assume desde sempre natureza estatutária) no exercício de sua função pública, submete-se, no âmbito do órgão da Administração Pública direta ou da entidade autárquica ou fundacional em que exerce o cargo em comissão, a todo o rito regular do processo disciplinar previsto na Lei nº 8.112, de 1990, não se aplicando, neste primeiro momento, nenhum comando ou princípio da CLT. Se o julgamento decidir pela responsabilização do empregado público no âmbito do órgão cessionário, após a aplicação da pena prevista na Lei nº 8.112, de

1990 (advertência, suspensão ou destituição do cargo em comissão), se for o caso, cópia dos autos, preferencialmente digitalizada (escaneada) deve ser remetida a seu órgão ou entidade de origem, para as demais providências de sua competência, de acordo com a legislação trabalhista, caso cabíveis. Ressalte-se que, conforme o entendimento da CGU, por meio da CGU/CCC, estampado no Enunciado CGU/CCC nº 13, de 28 de abril de 2016, dispensa-se a instauração de novo processo de natureza disciplinar no órgão de origem do empregado cedido. Não obstante, ressalte-se que a decisão sobre o encerramento da requisição é ato de gestão, sem natureza punitiva, assentado sobre conveniência e oportunidade do órgão requisitante e não fica condicionada ao encerramento nem do processo disciplinar e muito menos do procedimento porventura instaurado no órgão ou entidade de origem do empregado público.

*Enunciado CGU/CCC nº 13, de 2016: “Repercussão da destituição do cargo em comissão no vínculo celetista. A penalidade de destituição de cargo em comissão aplicada ao empregado público cedido a órgão da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional poderá repercutir no vínculo empregatício, sendo desnecessária a instauração de novo processo disciplinar no âmbito da empresa estatal.”*

Na segunda forma, com fundamento em lei específica (o que, em sentido lato, também obriga englobar a possibilidade de previsão em medida provisória), o empregado público é requisitado de entidade da Administração Pública indireta que presta regularmente serviços à Administração Pública direta ou a autarquias ou fundações públicas de direito público, nos termos do inciso II e dos §§ 5º e 6º do art. 93 da Lei nº 8.112, de 1990. Neste caso, o empregado público mantém seu vínculo de emprego na empresa pública ou na sociedade de economia mista da qual é contratado sob égide trabalhista e não é considerado servidor e, portanto, na hipótese de envolver-se no cometimento de suposta infração (desde sempre de natureza trabalhista), não faz jus ao processo disciplinar previsto que a Lei nº 8.112, de 1990, prevê apenas para os agentes estatutários. Como o empregado público mantém tão somente sua relação contratual de trabalho com sua entidade de origem, apenas a esta compete o poder punitivo, sendo então pertinente que o fato supostamente irregular seja comunicado pelo órgão cessionário à entidade cedente, a fim de que esta realize o necessário e indispensável procedimento administrativo porventura previsto na lei específica, na norma interna de regência, no acordo coletivo de trabalho ou, por fim, residualmente, nos dispositivos que forem aplicáveis da Lei nº 9.784, de 1999 (procedimento este que, repisa-se, mesmo se existente, não se confunde com o processo disciplinar, previsto na Lei nº 8.112, de 1990) ou que, ao menos, conforme aduzido acima, assegure ao empregado público as máximas constitucionais da ampla defesa e do contraditório e do julgamento imparcial pela autoridade competente e da motivação do ato punitivo. Não obstante, da mesma forma como na primeira hipótese, a decisão sobre o encerramento da requisição é ato de gestão, sem natureza punitiva, assentado sobre conveniência e oportunidade do órgão requisitante, não se condicionando ao encerramento do procedimento porventura instaurado na entidade de origem do empregado público.

A CGU, doutrinariamente, manifesta iguais entendimentos para as duas situações acima descritas.

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

*em comissão a teor do que dispõe o art. 135 da Lei nº 8.112/90.*

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

*Cumpra ainda apontar que existem possibilidades nas quais o empregado público é cedido a outras entidades de Direito Público sem a ocupação de cargo em comissão, mas por existir previsão legal ou convênio entre a estatal e o ente público. De se ressaltar que, no caso de notícia de irregularidade envolvendo tal agente, não cabe a instauração de processo administrativo disciplinar em desfavor de empregado público, visto que ele não detém a prerrogativa de ter sua conduta apurada nos termos da Lei nº 8.112/90. Todavia, impera, nessa situação, o dever da autoridade local de apurar as irregularidades que tiver conhecimento, a fim de elucidar a veracidade dos fatos e verificar o possível envolvimento de outros agentes no caso. Sustenta-se ainda que, além do dever de apurar, a autoridade do local dos fatos é aquela que melhor reúne condições de determinar a produção das provas necessárias para a comprovação ou não dos fatos tidos irregulares.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 43, 2013, disponível em [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual_PAD.pdf), acesso em 07/08/13*

Por fim, a terceira forma também engloba o empregado público de entidade da Administração Pública indireta que presta regularmente serviços à Administração Pública direta ou a autarquias ou fundações públicas de direito público mas que, diferentemente da segunda forma acima, exerce suas atribuições legais nas dependências do órgão contratante tão somente em virtude do contrato de prestação de serviços celebrado pelas duas pessoas jurídicas, sem ter sido pessoalmente requisitado por força de lei ou de medida provisória específica. Diante das carências de pessoal e de outras limitações de natureza prática e operacional, o prolongamento desta situação no tempo propicia a ocorrência de um desvio - que, embora não incomum, deve ser evitado, pois é ilegal - em que o empregado público, apesar de jamais se confundir com o quadro funcional do órgão contratante, passa a realizar as atividades próprias dos servidores daquele quadro. Se sequer para os empregados públicos requisitados por força de lei ou de medida provisória específica se vislumbra a existência de norma que vincule a aplicação do processo disciplinar previsto na Lei nº 8.112, de 1990, muito menos se cogita de obrigatoriedade de tal extensão para os empregados públicos que apenas prestam serviço no âmbito da Administração Pública direta ou de autarquias ou fundações públicas de direito público e que porventura venham a se envolver em cometimento de irregularidades executando as atividades iminentes do órgão, cabendo-lhes apenas a legislação trabalhista diante de seu empregador. Da mesma maneira como aduzido na hipótese acima, como a relação trabalhista contratual se resume à entidade da Administração Pública indireta e ao empregado público, é pertinente que o fato supostamente irregular seja comunicado pelo órgão contratante à entidade contratada, a fim de que esta proceda nos termos regidos pela legislação trabalhista, seja aplicando rito previsto em lei específica, norma interna ou acordo coletivo de trabalho, seja ao menos propiciando ao empregado mínimas garantias fundamentais com base em aplicação extensiva da Lei nº 9.784, de 1999, sem prejuízo de imediato e discricionário ato de gestão de devolução do agente.

Ou seja, igualmente nas hipóteses segunda e terceira acima abordadas, em que o ato supostamente ilícito é praticado por empregado público, que não mantém relação estatutária com a Administração Pública direta ou com a autarquia ou fundação pública de direito público, o dever de apuração e o poder punitivo - se for o caso de ser aplicado - recaem sobre o empregador, à luz da legislação trabalhista que rege o contrato de trabalho. O poder punitivo

sobre o empregado público celetista somente pode ser exercido, motivadamente, pela entidade empregadora, nos moldes previstos na CLT, na lei específica, ou na norma interna ou em acordo coletivo de trabalho, quando houver. Naquelas duas configurações acima, a princípio, não há então que se falar em aplicação, por parte do órgão requisitante ou contratante, do regime disciplinar previsto nos arts. 116 a 142 da Lei nº 8.112, de 1990, contra o empregado público celetista, podendo, em regra, este cessionário apenas comunicar o fato à entidade de origem.

E, na esteira, ainda naquelas duas formas em que o empregado público possui apenas o vínculo contratual de trabalho, uma vez que a parte processual não sobrevive por si só, sendo sim instrumentalização da aplicação do direito material, a princípio, convém que a apuração de suposta irregularidade transcorra onde se aplica o regime sancionador, nos moldes próprios da legislação trabalhista ou específicos da entidade da Administração Pública indireta, não havendo tampouco que se cogitar de obrigação de instauração de processo disciplinar imposto nos arts. 143 a 182 da Lei nº 8.112, de 1990, por parte do órgão onde o empregado público tenha cometido o suposto ilícito.

Neste rumo, que não se confunda a específica matéria estatutária do regime e do processo disciplinares com o fato de que, no âmbito das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado, as leis de criação ou os regulamentos e regimentos internos da entidade possam estabelecer o rito e o regime disciplinar próprio de seus empregados, elencando as penas cabíveis e as autoridades competentes para motivadamente aplicá-las. Tais atos de sanção de forma alguma se inserem na matéria do processo administrativo disciplinar, pois sequer são revestidos de atividade da Administração Pública direta, significando tão somente mera gestão privada de recursos humanos, conforme prevê o já mencionado inciso II do § 1º do art. 173 da CF.

Mas, não obstante todo o acima exposto - em que se defendeu a inequívoca convicção de que o órgão da Administração Pública direta ou a autarquia ou a fundação pública de direito público cessionário ou contratante no qual o empregado de empresa pública ou sociedade de economia mista, por força de cessão prevista nos §§ 5º e 6º do art. 93 da Lei nº 8.112, de 1990, ou por contrato de prestação de serviços, não é obrigado a instaurar qualquer espécie de procedimento meramente investigativo e muito menos de apuração contraditória quando aquele agente comete infração trabalhista no âmbito do próprio órgão ou entidade -, nada impede que, à vista de suas avaliações de conveniência e oportunidade, assim o faça. Em outras palavras, embora não obrigado, pode o órgão da Administração Pública ou a autarquia ou a fundação pública de direito público em que o empregado público comete infração trabalhista instaurar alguma espécie de rito investigativo ou até apuratório.

Destacadamente em casos de conduta de maior gravidade (por exemplo, associada à divulgação ou ao uso de dados sigilosos ou a qualquer tipo de ação enquadrável como improbidade administrativa ou com indícios de crime contra a Administração), a necessidade de instaurar rito investigativo ou apuratório pode se justificar até mesmo como um ato de gestão auxiliador de tomada de decisões, já que pode identificar ocorrência ou não de eventual dano ao erário ou pode levantar indícios de cometimento de crime, a ensejarem provocações das devidas instâncias civil e penal ou comunicações a órgãos de controle, ou pode simplesmente elucidar lacunas, fragilidades ou falhas administrativas, institucionais ou normativas a serem sanadas para evitar novos episódios similares.

Nestes casos mais graves, pode o órgão da Administração Pública direta ou a autarquia ou a fundação pública de direito público instaurar um procedimento de investigação preliminar ou uma sindicância investigativa, que podem redundar em arquivamento, caso nada seja confirmado contra o empregado; ou em meras recomendações de ajustes de rotinas ou praxes internas ou de normas infralegais, comuns em casos de lacunas ou falhas institucionais ou de responsabilidade difusa (quando não se tem elementos para individualizar a responsabilidade); ou em notícia à empresa pública ou à sociedade de economia mista

cedente ou contratada caso se levantem indícios de cometimento de infração trabalhista por parte de seu empregado; e/ou ainda em provocações de natureza civil e penal às autoridades respectivamente competentes.

Em casos ainda mais específicos, em que a conduta do empregado está associada por qualquer forma de conexão (sobretudo da espécie intersubjetiva) também à conduta de um servidor estatutário, em razão do qual o órgão da Administração Pública direta ou a autarquia ou a fundação pública de direito público já terá mesmo de instaurar rito disciplinar da Lei nº 8.112, de 1990, pode-se estender ao agente celetista a condição de figurar no polo passivo de PAD ou de sindicância disciplinar, atendendo à unidade processual prevista no art. 79 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), conforme já exposto em **2.5.3.4**.

Também pode-se estender, até onde cabível, o rito da Lei nº 8.112, de 1990, mesmo sem participação de servidor estatutário, se a conduta do empregado revela tal gravidade e repercussão que se demonstre, por critérios discricionários de oportunidade e conveniência, adequado que o órgão da Administração Pública direta ou a autarquia ou a fundação pública de direito público assim o faça (inclusive, dependendo da materialidade, se adequando o rito sumário).

Em casos menos graves, de conduta de menor potencial ofensivo ou que não decorram de falhas ou fragilidades institucionais ou de lacunas normativas internas e sem repercussão de natureza civil ou penal, pode se mostrar suficiente o já aduzido mero comunicado do órgão da Administração Pública direta ou da autarquia ou da fundação pública de direito público à empresa pública ou à sociedade de economia mista a que se vincula o empregado faltoso, a fim de que esta entidade cedente ou contratada investigue o fato, de acordo com sua lei específica ou norma interna ou acordo coletivo de trabalho ou, residualmente, nos termos que foram cabíveis da Lei nº 9.784, de 1999.

Destaque-se que em todos os casos, ainda que tenha o órgão da Administração Pública direta ou a autarquia ou a fundação pública de direito público instaurado investigação preliminar, sindicância investigativa ou rito contraditório da Lei nº 8.112, de 1990, tais ritos não possuem o condão punitivo sobre o empregado, funcionando apenas como elementos de instrução para que a empresa pública ou a sociedade de economia mista cedente ou contratada, nos termos de sua lei específica ou de sua norma interna ou de seu acordo coletivo de trabalho ou, na falta destas regras próprias, da Lei nº 9.784, de 1999, promova o devido rito interno e que, ao final, ampare o eventual ato punitivo da competência exclusiva da entidade a que é vinculado o empregado (em geral, este poder recai no seu dirigente máximo).

Importante reiterar que eventual conjunto probatório investigado ou apurado no âmbito de órgão da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional, por mais sedimentado que porventura seja, não possui o condão de infligir diretamente qualquer espécie de penalidade trabalhista (advertência, suspensão ou dispensa sem justa causa) ao empregado sob cessão ou contrato de prestação de serviço. Enfim, pode (não se obriga) o órgão da Administração Pública direta ou a autarquia ou a fundação pública de direito público instaurar rito investigativo ou contraditório e, fazendo-o ou não, o que lhe obriga é promover a ciência da empresa pública ou da sociedade de economia mista, pois apenas a esta entidade incumbe o posterior procedimento interno necessário e indispensável para apenação trabalhista do empregado público. Não obstante, é de se reiterar que eventual devolução do empregado à empresa pública ou à sociedade de economia mista é um ato de mera gestão, podendo ser concretizado de forma imediata e discricionária, independentemente do resultado das investigações ou apurações.

#### ***3.2.4.1.3 - O Caso Específico de Empregados Celetistas do Serpro na Secretaria da Receita Federal do Brasil***

Neste ponto, se quer descrever - como exemplo da terceira hipótese abordada acima, ao final de **3.2.4.1.2**, de cometimento de infração trabalhista por empregados públicos celetistas de empresa prestadora de serviço a órgão da Administração Pública direta -, o caso específico dos empregados do Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro), destacadamente os integrantes do antigo quadro Sistema Operação Auxiliar de Preparo (Soap), atualmente denominado Programa de Serviço Externo (PSE), que prestam serviço em atendimento nas unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), cliente contratante daquela empresa). Neste contexto delimitado, a vedação ao desvio de função foi expressada no art. 323 da então Medida Provisória (MP) nº 441, de 29 de setembro de 2008, posteriormente convertido no art. 323 da Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, e de imediato regulado pela Portaria MF nº 218, de 23 de setembro de 2008. Esta Portaria MF, em seus arts. 1º e 5º, impõe que as chefias dos empregados do Serpro devem assumir anualmente o compromisso, mediante termo de responsabilidade, de que aqueles subordinados celetistas não exercem atribuições legais exclusivas de Auditor-Fiscal e de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil (AFRFB e ATRFB) e prevê ainda a devolução do empregado não acobertado pelo termo de responsabilidade. A vedação ao desvio de função *in casu* foi ainda ratificada na Portaria MF nº 10, de 19 de janeiro de 2009, destacadamente no *caput* e no § 1º do seu art. 1º, e na Portaria MF nº 191, de 30 de abril de 2009 (que, nos arts. 1º e 3º, descreve as atividades-meio que os empregados do Serpro podem desempenhar), e no art. 1º do Decreto nº 3.711, de 27 de dezembro de 2000.

*Lei nº 11.907, de 2009 - Art. 323. A cessão de servidores do Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro para a administração federal direta, autárquica ou fundacional dar-se-á, exclusivamente, para o exercício do cargo em comissão, observado o disposto no § 1º do art. 93 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*

*Parágrafo único. Os empregados do Serpro em exercício no Ministério da Fazenda em 12 de fevereiro de 2004 poderão, no interesse da Administração, permanecer à disposição daquele Ministério, com ônus para o cessionário, independentemente da ocupação de cargos em comissão, no exercício de atividades compatíveis com as atribuições dos respectivos empregos, salvo devolução do empregado à entidade de origem, rescisão ou extinção do contrato de trabalho. (Redação dada pela Lei nº 11.933, de 28 de abril de 2009)*

*Portaria MF nº 218, de 2008 - Art. 1º As chefias imediatas dos empregados do Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro, em exercício no âmbito do Ministério da Fazenda, devem assumir, anualmente, o compromisso, mediante assinatura de Termo de Responsabilidade, de que esses empregados não exercem atribuições exclusivas de Auditores-Fiscais e Analistas-Tributários da Receita Federal do Brasil, Procuradores da Fazenda Nacional e Técnicos do quadro permanente deste Ministério, e que suas atribuições estejam conforme as previstas no Regimento de Administração de Recursos Humanos (RARH2), para o seu emprego e especialidade, sem desvio de função. Art. 5º Cabe à Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração determinar a devolução do empregado ao Serpro, não resguardado pelo Termo de Responsabilidade, após 30 (trinta) dias do vencimento da prorrogação da cessão, de acordo com o art. 1º.*

*Portaria MF nº 10, de 2009 - Art. 1º Determinar aos titulares dos órgãos integrantes da estrutura do Ministério da Fazenda, onde têm exercício empregados do Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro, que observem o disposto no art. 323, parágrafo único, da Medida Provisória nº 441, de 29 de agosto de 2008.*

*§ 1º Havendo interesse na manutenção de empregado do Serpro, que já se encontrava em exercício no Ministério da Fazenda em 12 de fevereiro de 2004, a chefia imediata deverá declarar que ele não exerce atribuições privativas de carreiras de Estado e que suas atividades são compatíveis com as atribuições*

*do respectivo emprego.*

*Portaria MF nº 191, de 2009 - Art. 1º Os empregados do Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro, cedidos ao Ministério da Fazenda, observadas as atribuições dos cargos previstos no regulamento e no contrato de trabalho poderão executar as seguintes atividades meio:*

*I. para o cargo de auxiliar:*

*a) recepção, juntada, conferência, saída, controle, organização e arquivamento de documentos;*

*b) protocolo, consulta, vistas, registro em sistemas, movimentação, formalização, cópia de documentos e demais atividades de apoio na operacionalização em processos;*

*c) apoio administrativo, secretaria e atividades auxiliares, tais como digitação de documentos, serviços de reprografia e digitalização, condução de veículos, manutenção de equipamentos e controle e distribuição de material de uso comum;*

*efetuar apontamentos, registros e transcrição de informações ou documentos;*

*triagem para emissão de senhas de atendimento ao contribuinte;*

*atendimento básico aos contribuintes, incluindo as consultas em sistemas informatizados que forem necessários para a execução desta atividade;*

*consultas aos sistemas informatizados, inclusive a emissão de pesquisas de situação cadastral e de cópias de declarações, para fins de execução de atividades de atendimento ao contribuinte;*

*apoio às atividades relativas a área de tecnologia da informação;*

*atividades relativas à gestão de pessoas, incluindo acesso a sistemas informatizados da respectiva área;*

*apoio na recepção e armazenamento de mercadorias e veículos;*

*apoio às atividades relativas às áreas de programação e execução orçamentário-financeira, contabilidade, licitações e contratos, incluindo acesso a sistemas informatizados das respectivas áreas;*

*atividades relativas às áreas de materiais e serviços gerais, incluindo acesso a sistemas informatizados das respectivas áreas;*

*II. para o cargo de técnico, além de supervisionar as atividades previstas no inciso anterior:*

*atividades de planejamento e controles de processos;*

*apoiar a execução de atividades de maior complexibilidade sob orientação;*

*gestão de tecnologia e informação; e*

*atividades relativas às áreas de programação e execução orçamentário-financeira, contabilidade, licitações e contratos, incluindo acesso a sistemas informatizados das respectivas áreas;*

*III. para o cargo de analista, além de supervisionar as atividades previstas nos incisos anteriores:*

*analisar, recomendar e propor soluções na sua área de atuação;*

*efetuar estudos, pesquisas, análise, recomendações e propostas de soluções na área de tecnologia da informação;*

*prestar assessoria técnica e suporte;*

*desenvolver e coordenar projetos, elaborar normas e procedimentos;*

*fornecer treinamento relativo à utilização dos sistemas de informação e ferramentas de acesso e manipulação de dados;*

*acompanhar e avaliar o desempenho dos sistemas implantados, identificando o providenciando as medidas corretivas competentes; e*

*analisar e executar a gestão de processos organizacionais internos.*

*Art. 3º Os empregados referidos no art. 1º poderão desempenhar atividades meios na administração tributária desde que não sejam próprias das carreiras de Auditoria Tributária da Receita Federal do Brasil e de Procurador da Fazenda Nacional.*

*Decreto nº 3.711, de 2000 - Art. 1º Fica autorizada a permanência no Ministério da Fazenda, pelo período necessário ao bom andamento do serviço,*

*a critério da Administração, dos empregados do Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro, que nele desempenhavam suas atividades em 31 de dezembro de 1998.*

*Parágrafo único. Fica vedado o desempenho, pelos empregados de que trata o caput, de atividades próprias de cargos de carreira do Ministério da Fazenda.*

À vista das peculiaridades da hipótese específica de suposto ilícito trabalhista praticado por empregado do Serpro ao desempenhar suas funções em unidade da RFB, é possível aprofundar e especificar a análise, em comparação à abordagem mais genérica feita acima, com o fim de, consentaneamente, concluir que o respectivo Escritório de Corregedoria (Escor) ou a Corregedoria (Coger) não é obrigado a instaurar processo disciplinar e que não se aplica o regime da Lei nº 8.112, de 1990, àquele empregado infrator, visto que esta estrutura correcional não possui competência punitiva sobre ele.

E o amparo para tais assertivas repousa primeiramente em uma leitura da norma de criação deste sistema correcional e do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, e, secundariamente, na atenção a princípios reitores do tema.

O Decreto nº 2.331, de 1º de outubro de 1997, instituiu o sistema correcional da RFB e estabeleceu, de imediato, no art. 1º, a sua subordinação ao titular do órgão e a sua competência para promover ações preventivas e repressivas sobre a ética funcional e a disciplina de seus servidores, delegando ao Ministro de Estado da Fazenda as definições da lotação e das atribuições.

Em atenção ao mencionado Decreto, os sucessivos Regimentos Internos da RFB, desde aquela época até o diploma atualmente em vigor, como atos do Ministro de Estado da Fazenda, estabelecem que o sistema correcional insere-se no organograma do órgão e tem sua competência e o alcance de suas atuações preventiva e repressiva limitados ao respectivo quadro funcional.

E de outra forma não poderia ser, de acordo com o organograma do Ministério da Fazenda (MF), aprovado pelo Decreto nº 9.003, de 13 de março de 2017. Segundo esta norma, o MF compõe-se, em síntese, de órgãos específicos singulares (de que é exemplo a RFB), de órgãos colegiados e de outras entidades vinculadas (de natureza autárquica ou de Administração Pública indireta, em que se inclui o Serpro, como exemplo de empresa pública).

Esta normatização vigente esclarece que o Serpro e a RFB são independentes dentro da estrutura do MF e, a rigor, não impõe obrigação para que o sistema correcional deste órgão apure possíveis irregularidades cometidas por empregado público integrante daquele outro quadro e muito menos lhe atribui competência para julgar o procedimento e, se for o caso, para punir o agente.

Ademais, além da ausência de previsão expressa em norma, também não se lê obrigatoriedade para tal persecução sequer em base principiológica. No Direito Administrativo pátrio, em que a hierarquia é forte princípio informador, é pacífico, por um lado, que o poder-dever punitivo em instância administrativa, primeiramente, insere-se na ascendência hierárquica da autoridade em relação ao acusado, conforme já exposto em **3.2.2.1.1**. Não cabe a uma determinada autoridade julgar o processo e, se for o caso, aplicar penalidade disciplinar em agente público que, integrando quadro de órgão estranho à jurisdição daquela autoridade, não se insere em sua linha de vinculação hierárquica. Neste tema, é de se reconhecer que, por outro lado, apesar da incompetência julgadora e punitiva, em respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, a instauração do procedimento e a apuração podem se dar onde se encontra localizado o acusado, migrando-se apenas o julgamento e a apenação, se for o caso, para a autoridade de ascendência hierárquica sobre ele.

Mas, sobre esta exceção de viés pragmático e operacional (de se aceitar a instauração e

a apuração onde se encontra localizado o acusado ainda que não exista nenhum grau de hierarquia entre ele e a(s) respectiva(s) autoridade(s) instauradora e/ou julgadora), é de se contrapor a pertinência de que até mesmo o mero rito apuratório a ser empregado também se amolde ao regime estatutário (no caso de servidor) ou ao contrato de trabalho (no caso de empregado público) que liga o agente público à Administração. Em outras palavras, uma vez que não convém que o rito a ser empregado se dissocie da condição de o acusado ser regido pela Lei nº 8.112, de 1990, ou pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho - CLT), em conjunto com normas internas da entidade da Administração Pública indireta, ou seja, de ele ser estatutário ou celetista, é de se afirmar que nem mesmo os mencionados princípios procedimentais justificam ou obrigam a instauração do procedimento apuratório no local do fato se, além de não se inserir em linha hierárquica abaixo da(s) autoridade(s) instauradora e/ou julgadora, o acusado nem sequer se submete ao regime e ao processo disciplinares vigentes no órgão em que se daria a apuração.

Enquanto a RFB, como órgão da Administração Pública direta, tem seu quadro composto por servidores estatutários vinculados ao regramento disciplinar estabelecido pela Lei nº 8.112, de 1990, e sob tais mandamentos atua seu sistema correcional, o quadro do Serpro mantém sua relação trabalhista regida pela CLT e por normatização infralegal interna, que estabelecem penas e rito próprios, à margem dos ditames, dos deveres e, em contrapartida, das garantias estatutárias que recaem exclusivamente sobre os servidores.

Não integrando o empregado celetista o quadro da RFB, pondera-se que, mesmo tendo ele desempenhado suas funções em unidade deste órgão (e ainda que sob formal cessão por específica previsão legal) ao tempo da suposta infração trabalhista, tal fato não teria o condão de torná-lo agente público regido pela Lei nº 8.112, de 1990, sequer temporariamente e, muito menos, de obrigatoriamente sujeitá-lo ao regime e ao processo disciplinares previstos naquele diploma legal e aplicáveis no âmbito da ocorrência dos fatos. Em outras palavras, o rito procedimental da Lei nº 8.112, de 1990 - a que se submete, como única base legal, o trabalho deste sistema correcional - não tem vinculada aplicação sobre o empregado do Serpro. Nem mesmo com base na argumentação principiológica a favor da instauração onde se encontra localizado o acusado se vislumbra obrigatoriedade sequer de as apurações se darem por meio do respectivo Escor, além da óbvia ausência de competência para o julgamento e para a eventual apenação fora do órgão de lotação do agente.

Assim, da mesma forma como já havia se verificado nos termos positivados da normatização, também à luz de uma análise principiológica, tem-se que o procedimento, desde sua instauração, melhor se amolda aos ditames da legislação trabalhista e aos regramentos internos específicos da empresa pública empregadora, de sua exclusiva aplicação, e que o julgamento e a eventual apenação do empregado público - mais do que poderem - devem mesmo seguir obrigatoriamente aquela normatização. Não possuindo o infrator vinculação estatutária perante a Administração Pública direta, o poder disciplinar porventura justificado, após o devido rito legal, recai sobre seu empregador, à luz da legislação trabalhista que rege seu contrato de trabalho. O poder punitivo sobre o empregado celetista deve ser exercido pelo Serpro, nos moldes previstos na CLT, onde também convém que sejam respeitadas as máximas constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e outras garantias fundamentais da pessoa aplicáveis à matéria.

Não obstante o acima aduzido, na mesma linha que já se expôs quando se abordou a hipótese em termos genéricos de empregado celetista de empresa pública ou de sociedade de economia mista cometer irregularidade trabalhista em razão de cessão ou de contrato de prestação de serviço em órgão da Administração Pública direta ou autarquia ou fundação pública de direito público, não se afasta o dever legal de a Administração se sentir provocada a investigar diante da notícia de suposta irregularidade, seja o possível autor agente estatutário ou não. Daí, o sistema correcional da RFB não deve se eximir de seu dever legal de ao menos realizar prévias investigações e, ainda, subsidiar o processo decisório a cargo das autoridades administrativas competentes pela gestão que envolve o empregado celetista.

Assim, conforme já exposto acima de forma genérica, agora, de forma mais específica, cabe apresentar possíveis instrumentalizações que o respectivo Escor pode adotar diante de notícia de suposta irregularidade cometida por empregado do Serpro desempenhando suas funções em unidade da RFB ou em atividades direta ou indiretamente relacionadas com a área de atuação do órgão, ainda que não possua poder disciplinar e punitivo sobre aquele agente.

Pode-se citar, como primeira hipótese, que, em ato de mera discricionariedade, o Chefe do Escor, a seu exclusivo critério de oportunidade e conveniência, conceda ao empregado do Serpro um procedimento de mínima investigação inquisitorial, análogo ao que se faria em fase de admissibilidade (como exemplos não exaustivos de procedimentos válidos e possíveis, pode-se citar desde a investigação preliminar ou a sindicância investigativa, caso se faça necessário maior rigor formal, ou até mesmo a sindicância patrimonial, caso o tema em questão verse sobre desproporcionalidade patrimonial) se se tratasse de servidor estatutário. Neste caso, restando de plano comprovada a inocência do empregado do Serpro ou por qualquer outra forma se demonstrando previamente a inviabilidade de responsabilizá-lo, pode o Escor adotar a decisão de arquivar liminarmente a denúncia ou representação. Por outro lado, tendo a investigação preliminar apontado a plausibilidade do ato infracional cometido pelo empregado celetista, como regra geral - sem que, como exposto acima, afronte qualquer norma positivada ou primado pincipiológico ou que incorra em omissão de dever - pode o Chefe do Escor não determinar a instauração do consequente rito disciplinar e tão somente encaminhar cópia das conclusões das investigações ao Serpro, para as providências ao alcance do empregador, cabíveis na legislação trabalhista.

Como segunda possibilidade, até se pode cogitar de uma situação excepcional em que um empregado do Serpro poderia ser beneficiado com a figuração no polo passivo de um rito instaurado pelo Chefe de Escor, com o formalismo que a Lei nº 8.112, de 1990, confere exclusivamente aos servidores estatutários (seja sindicância disciplinar, seja processo administrativo disciplinar - PAD, em rito ordinário ou até sumário, dependendo da materialidade). Na hipótese de uma conduta infracional cometida com qualquer espécie de conexão entre servidor da RFB e empregado do Serpro, de forma que a apuração do ilícito disciplinar do primeiro dependesse indissociavelmente da apuração conjunta da infração cometida pelo segundo e uma vez que já se teria mesmo de instaurar o rito legal em razão dos indícios contra o agente estatutário, poderia o Chefe do Escor, a seu exclusivo critério, autorizar que se trouxesse também o empregado do Serpro ao polo passivo na fase de instrução, concedendo-lhe assim um rito garantidor de ampla defesa e de contraditório similar àquele garantido ao servidor por força da mencionada Lei. Repisa-se que a hipótese de extensão do rito a empregado do Serpro advém de critério da autoridade instauradora, que, por outro lado, pode decidir pelo desmembramento das apurações envolvendo o servidor das investigações envolvendo o celetista ou ainda da liminar remessa do caso para o empregador.

Por fim, como uma terceira e mais excepcional e residual hipótese, tendo em vista a discricionariedade, acima destacada, a favor da autoridade instauradora, obriga-se mencionar ainda a possibilidade de o Chefe de Escor determinar instauração de algum dos ritos disciplinares previstos na Lei nº 8.112, de 1990, em face exclusivamente de um empregado do Serpro, seja por decidir, a seu exclusivo talante, desmembrar as apurações de supostas infrações que também envolvam servidor estatutário, seja até mesmo em caso de exclusiva atuação de celetista, sem nenhuma participação de servidor estatutário, mas que, à vista de suas peculiaridades ou de suas repercussões, se entenda de extremado interesse ou de atípica relevância.

Ressalve-se, entretanto, que a primeira hipótese, de deflagração de fase investigativa, não exclui as duas hipóteses excepcionais, de aplicação de rito disciplinar ao empregado do Serpro, uma vez que as investigações podem levar a autoridade instauradora, a seu critério, a decidir pela instauração de processo disciplinar, seja com aquele agente celetista figurando em conjunto com algum servidor estatutário, seja com apenas ele isoladamente no polo passivo.

De se destacar que, nas duas hipóteses aventadas de instauração de rito disciplinar em face de empregado do Serpro, caso a instrução probatória ampare, na comissão, a convicção de cometimento de infração, deve o rito se limitar até a lavratura de um termo de imputação de responsabilidade (análogo à indicição, prevista no art. 161 da Lei nº 8.112, de 1990), para que, a partir deste ponto, o caso seja remetido ao empregador, a quem cabe coletar defesa do acusado e julgá-lo. Isto porque não havendo subordinação hierárquica, não se cogitaria de competência no âmbito da RFB para tal julgamento e para a respectiva apenação, que deveriam ser encaminhados para a autoridade competente no âmbito daquela empresa.

É de se adequar a recomendação feita acima, voltada para o caso comum de a materialidade indicar a instauração de processo disciplinar em seu rito ordinário. Todavia, caso a materialidade que se tenha nos autos se avizinha da definição de acumulação ilegal, ou de abandono de cargo, ou de inassiduidade habitual, requeredoras de rito sumário, uma vez que este já se inicia com o termo de imputação (similar à indicição), é razoável estender o procedimento até o relatório da comissão.

Acrescente-se que, em todas as três possíveis instrumentalizações acima expostas, além da necessária e indispensável comunicação ao Serpro, a que cabe o procedimento de fim punitivo da alçada trabalhista, tendo em vista que a prestação de serviços daquela empresa à Secretaria da Receita Federal do Brasil atende, em essência, mais específica e diretamente, às diversificadas demandas das Superintendências Regionais da Receita Federal do Brasil (SRRFs), deve também o Chefe do Escor comunicar o resultado das investigações prévias ou das apurações contraditórias ao respectivo Superintendente (ou ao Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas - Cogep, no caso de o ilícito ter se dado em unidade central), a fim de que esta autoridade, em mero ato de gestão, avalie a conveniência e a oportunidade de manter o empregado ou de, liminarmente, devolvê-lo à empresa (ressaltando mais uma vez que eventual ato de devolução do empregado não possui natureza punitiva).

Ademais, em reforço ao critério discricionário de análise, por suas exclusivas avaliações de oportunidade e conveniência para instaurar rito investigativo ou contraditório em face de empregado do Serpro, é de se acrescentar que o Chefe de Escor pode dispor de tal decisão como ato de gestão, cujo resultado possa servir de amparo para tomada de decisões administrativas. Em outras palavras, o resultado do procedimento pode ser utilizado para sanar lacunas normativas, para ajustar praxes e rotinas internas, para impedir novos fatos indesejados de responsabilização difusa e não individualizável, bem como pode servir de elemento de instrução para o devido rito de reparação civil de dano erário ou ainda para embasar eventual representação penal.

Ressalte-se que toda a gama de avaliação discricionária acima exposta, ao dispor do Chefe do Escor, independe das repercussões porventura previstas nas legislações trabalhista e até mesmo penal ou civil, se for o caso. Isto porque, por óbvio, não obstante as conclusões acima acerca da ausência de obrigatoriedade do Escor para instaurar processo disciplinar contra empregado celetista e sobretudo da incompetência para julgá-lo e, se for o caso, para puni-lo, bem como as já mencionadas repercussões previstas na legislação trabalhista ao alcance do empregador, não aproveita o empregado do Serpro de vácuo legislativo que lhe concedesse a absurda condição de se ver imune a autônomos regramentos que sancionam condutas graves cometidas por agentes públicos. A mero título de exemplo, além das já mencionadas possíveis repercussões cabíveis na legislação trabalhista ao encargo do empregador, cite-se a hipótese de a conduta perpetrada pelo empregado do Serpro se amoldar a algum dos enquadramentos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa), que define atos de improbidade administrativa e que prevê sérias repercussões, tais como reparação de dano ao erário, aplicação de multa, decretação de perda de bens e de perda da função pública, dentre outras.

Desdobrando as competências estabelecidas na então vigente Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, de comandos sucedidos na Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017, a

Presidência da República instituiu, por meio do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SisCor-PEF) conforme define seu art. 1º, de acordo com o já exposto em 2.1.4. Este Decreto dispôs ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) a condição de órgão central do Sistema (inciso I do art. 2º) e lhe conferiu competências tanto para atuar como órgão gerenciador e controlador das atividades desempenhadas pelas unidades integrantes quanto até para, em situações específicas, instaurar ou avocar procedimentos disciplinares em toda a Administração Pública federal, seja direta ou indireta (incisos III e VIII do art. 4º).

*Decreto nº 5.480, de 2005 - Art. 1º São organizadas sob a forma de sistema as atividades de correição do Poder Executivo Federal, a fim de promover sua coordenação e harmonização.*

*§ 1º O Sistema de Correição do Poder Executivo Federal compreende as atividades relacionadas à prevenção e apuração de irregularidades, no âmbito do Poder Executivo Federal, por meio da instauração e condução de procedimentos correicionais.*

*§ 2º A atividade de correição utilizará como instrumentos a investigação preliminar, a inspeção, a sindicância, o processo administrativo geral e o processo administrativo disciplinar.*

*Art. 2º Integram o Sistema de Correição:*

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

*Art. 4º Compete ao Órgão Central do Sistema:*

*III - gerir e exercer o controle técnico das atividades desempenhadas pelas unidades integrantes do Sistema de Correição;*

*VIII - instaurar sindicâncias, procedimentos e processos administrativos disciplinares, em razão: (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 11 de março de 2010)*

*a) da inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem; (Redação dada pelo Decreto nº 7.128, de 2010)*

*b) da complexidade e relevância da matéria;*

*c) da autoridade envolvida; ou*

*d) do envolvimento de servidores de mais de um órgão ou entidade;*

É de se registrar que, por força do inciso I do art. 14 do Decreto nº 8.910, de 22 de novembro de 2016, as competências de órgão central são exercidas pela CGU, por meio da Corregedoria-Geral da União da União da CGU (CGU/CRG) e, desta forma, o ordenamento interno (mais especificamente, o *caput* e o § 1º do art. 11 da Portaria CGU nº 335, de 30 de maio de 2006) reflete especificamente as competências acima descritas de forma a também abarcar este segundo órgão, podendo-se aqui, neste tópico, ao se mencionar a CGU, também subentender, indistintamente, a CGU/CRG.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 11. No âmbito do Órgão Central e das unidades setoriais, a instauração de sindicância ou de processo administrativo disciplinar caberá ao Ministro de Estado do Controle e da Transparência, ao Secretário-Executivo, ao Corregedor-Geral e aos Corregedores Setoriais, conforme o nível do cargo, emprego ou função do servidor ou empregado a ser investigado.*

*§ 1º A sindicância e o processo administrativo disciplinar poderão ser diretamente instaurados ou avocados, a qualquer tempo, em razão de:*

*I - omissão da autoridade responsável;*

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

*III - complexidade, relevância da matéria e valor do dano ao patrimônio público;*

*IV - autoridade envolvida;*

*V - envolvimento de servidores de mais de um órgão ou entidade; ou*

*VI - descumprimento injustificado de recomendações ou determinações do Órgão Central do Sistema de Correição, bem como dos órgãos do Sistema de*

*Controle Interno e de decisões do controle externo.*

Abordada nos termos já expostos acima a ausência de obrigatoriedade para o sistema correcional da RFB proceder a esta apuração, a hipótese em questão pode se amoldar às previsões normativas do inciso III ou da alínea “a” do inciso VIII do art. 4º do Decreto nº 5.480, de 2005, que indicam, respectivamente, as competências da CGU (ou da CGU/CRG, conforme o inciso I do art. 14 do Decreto nº 8.910, de 2016, ou o inciso II do § 1º do art. 11 da Portaria CGU nº 335, de 2006) para determinar a instauração de procedimento disciplinar no âmbito do Serpro e acompanhar a condução dos trabalhos ou para o próprio órgão central, residualmente, instaurar o procedimento no caso de inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão de origem. Por óbvio, compete à própria CGU (ou à CGU/CRG) definir, a seu exclusivo critério, a forma de atuar no presente caso, seja apenas supervisionando o trabalho no âmbito do Serpro, seja instaurando o procedimento e, neste último caso, até mesmo sancionando o empregado faltoso.

Desta forma, além das já mencionadas comunicações ao Serpro e à SRRF (ou à Cogep), também a CGU deverá ser informada do resultado do juízo de admissibilidade, em hipóteses de ilicitudes em princípio mais graves, de forma a adotar as providências que estão sob sua alçada.

É de se ressaltar ainda que tudo que acima foi exposto de forma mais específica para empregados do Serpro também se aplica de forma análoga para empregados celetistas vinculados a qualquer outro empregador.

E, ainda com maior ênfase se afirma a absoluta inadequação de extensão do processo e do regime disciplinares estabelecidos na Lei nº 8.112, de 1990, para apurar condutas supostamente infracionais, cometidas no âmbito da RFB, por funcionários de empresas privadas prestadoras de serviços, de estagiários, de particulares em geral no curso de qualquer forma de colaboração remunerada ou não com a Administração ou ainda de quaisquer outros agentes que não se enquadrem na definição de servidor estatutário.

No caso de funcionários de empresas privadas que prestam serviços ao órgão público (tais como vigilância, limpeza, manutenção e outros serviços auxiliares em geral), não há que se cogitar sequer de qualquer vínculo entre eles e a Administração. Estes agentes privados sequer ocupam emprego público, pois são empregados da empresa privada contratada para prestar serviço terceirizado à Administração. No caso de suposta irregularidade cometida por estes funcionários, deve a Administração solicitar à empresa sua substituição e, se for o caso, buscar o ressarcimento de prejuízos porventura causados e aplicar penalidade àquela contratada, nos termos que prescrever o contrato firmado para a prestação de serviço.

No caso de ato irregular cometido por estagiários, basta que a projeção de gestão de pessoas providencie seu desligamento, também sem necessidade de qualquer procedimento apuratório, já que, a rigor, embora até haja um vínculo entre eles e a Administração (mediante termo de compromisso e remuneração como bolsa-auxílio, nos termos da Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008), não se trata sequer de contrato laboral.

Não obstante, caso chegue ao Escor ou à Cogep notícia de suposta irregularidade cometida por funcionário terceirizado ou por estagiário, nada impede que, diante da eventual relevância do caso, discricionariamente se adote uma extensão, até onde cabível, do rito acima descrito de investigação, para as irregularidades praticadas por empregados públicos celetistas (não só do Serpro, mas também de qualquer outra entidade da Administração Pública indireta), na forma de uma sucinta fase de admissibilidade inquisitorial antes de se proceder à devolução ou ao desligamento.

O tema do tratamento das irregularidades supostamente praticadas por empregados celetistas ou por funcionários de empresas terceirizadas foi abordado na Nota Técnica Cogep nº 2012/1.

*públicos estatutários, empregados celetistas e funcionários terceirizados. Dever de apurar da Administração Pública diante de irregularidades funcionais. Apuração de irregularidades, a critério da autoridade instauradora, por meio do rito da Lei nº 8.112/90 ou por processo administrativo lato sensu, como, por exemplo, sindicância investigativa ou juízo de admissibilidade. Comunicação do resultado à empresa contratante e SRRF (ou Cogep).”*

#### **3.2.4.1.4 - Pessoal Contratado por Tempo Determinado e Militares**

Como mais uma peculiaridade sob ótica subjetiva, tem-se que a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, dispõe sobre a contratação de pessoal por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal (CF), por parte de órgãos da Administração Pública federal direta ou indireta. Em seu art. 10, aquela Lei estabelece que as infrações disciplinares atribuídas a este pessoal devem ser apuradas mediante sindicância, concluída no prazo de até trinta dias e assegurada a ampla defesa. Todavia, a Lei nº 8.745, de 1993, em nenhum momento estende a estes contratados a prerrogativa do rito estabelecido na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para os servidores estatutários. Ou seja, não se tratando da sindicância disciplinar prevista no art. 145 da Lei nº 8.112, de 1990, esta apuração é instaurada pelo titular da própria unidade de ocorrência do fato e não pelo respectivo Escor.

*CF - Art. 37.*

*IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;*

Não se deve confundir o fato de o art. 11 da Lei nº 8.745, de 1993, estabelecer que se aplicam ao pessoal contratado temporariamente os artigos da Lei nº 8.112, de 1990, que tratam, na matéria disciplinar, de algumas irregularidades, responsabilidades, penalidades e prescrição, vez que não se fez remissão aos arts. 143 a 182 do Estatuto, em que está definido o rito processual propriamente dito para os servidores estatutários.

*Lei nº 8.745, de 1993 - Art. 1º Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da administração federal direta, as autarquias e as fundações públicas poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta Lei.*

*Art. 10. As infrações disciplinares atribuídas ao pessoal contratado nos termos desta Lei serão apuradas mediante sindicância, concluída no prazo de trinta dias e assegurada ampla defesa.*

*Art. 11. Aplica-se ao pessoal contratado nos termos desta Lei o disposto nos arts. 53 e 54; 57 a 59; 63 a 80; 97; 104 a 109; 110, incisos I, ‘in fine’, e II, parágrafo único, a 115; 116, incisos I a V, alíneas “a” e “c”, VI a XII e parágrafo único; 117, incisos I a VI e IX a XVIII; 118 a 126; 127, incisos I, II e III, a 132, incisos I a VII, e IX a XIII; 136 a 142, incisos I, primeira parte, a III, e §§ 1º a 4º; 236; 238 a 242, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*

Desta forma, para apuração e responsabilização dos ilícitos disciplinares envolvendo o pessoal contratado na forma da Lei nº 8.745, de 1993, não há obrigatoriedade de seguir o rito processual estabelecido na Lei nº 8.112, de 1990, e de constituir comissão disciplinar. A apuração, mediante sindicância, pode ser realizada por um único sindicante, no âmbito da própria unidade de ocorrência do fato e sem provocação ao sistema correccional.

E, por fim, é de se mencionar, ainda, os militares (como se denominam os membros das Forças Armadas - Exército, Marinha e Aeronáutica - e também das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros dos Estados e Distrito Federal), que até a Emenda Constitucional (EC) nº 18, de 5 de fevereiro de 1998, com que se alteraram comandos do art. 142 da CF, eram considerados espécie de servidores públicos. A partir daí, a rigor, integram uma categoria à parte de agentes públicos que, à vista de seu específico estatuto militar (Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980), não se subordinam à Lei nº 8.112, de 1990, e estão fora do

escopo do presente texto.

*CF - Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.*

*§ 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.*

*§ 2º Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares.*

*§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: (Incluído pela EC nº 18, de 1998)*

*X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra. (Incluído pela EC nº 18, de 1998)*

A Lei nº 6.880, de 1980, com efetiva natureza de um estatuto, rege todos os direitos, prerrogativas, deveres e obrigações dos membros das Forças Armadas e sedimenta que sua atuação deve ser exercida com especial atenção aos princípios da hierarquia e da disciplina, conforme se extrai dos seus arts. 1º e 2º e do *caput* do seu art. 3º. Ademais, a mencionada Lei, no *caput* do seu art. 42, enumera que o militar pode incorrer em crime (apurado pela Justiça Militar, de que tratam os arts. 122 e 123 da CF), contravenção ou transgressão disciplinar.

*Lei nº 6.880, de 1980 - Art. 1º O presente Estatuto regula a situação, obrigações, deveres, direitos e prerrogativas dos membros das Forças Armadas.*

*Art. 2º As Forças Armadas, essenciais à execução da política de segurança nacional, são constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, e destinam-se a defender a Pátria e a garantir os poderes constituídos, a lei e a ordem. São instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei.*

*Art. 3º Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares.*

*Art. 42. A violação das obrigações ou dos deveres militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específicas.*

### **3.2.4.2 - Agentes Públicos que se Sujeitam à Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**

Complementando a análise com os servidores, categorias e carreiras regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 - ou seja, que se encontram em sua abrangência subjetiva -, tem-se que na grande maioria da Administração Pública direta como um todo e em parte da Administração Pública indireta (nas autarquias e nas fundações públicas de direito público), encontram-se os cargos públicos, criados por lei e ocupados por servidores nomeados. O provimento dos cargos públicos pode ser efetivo ou em comissão, nos termos dos arts. 3º e 9º daquela Lei, e as competências nomeadoras, decorrentes de delegação do Presidente da República, se encontram regulamentadas no Decreto nº 8.821, de 26 de julho de 2016, conforme indicam o *caput* e o § 2º do seu art. 1º.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.*

*Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.*

*Art. 9º A nomeação far-se-á:*

*I - em caráter efetivo, quando se tratar de cargo isolado de provimento efetivo ou de carreira;*

*II - em comissão, inclusive na condição de interino, para cargos de confiança vagos. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*Parágrafo único. O servidor ocupante de cargo em comissão ou de natureza especial poderá ser nomeado para ter exercício, interinamente, em outro cargo de confiança, sem prejuízo das atribuições do que atualmente ocupa, hipótese em que deverá optar pela remuneração de um deles durante o período da interinidade. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*Decreto nº 8.821, de 2016 - Art. 1º Este Decreto dispõe sobre as nomeações e as designações para cargos efetivos, cargos em comissão e funções de confiança de competência originária do Presidente da República.*

*§ 2º Este Decreto não se aplica:*

*I - aos casos em que a Constituição ou a Lei prevejam disposição incompatível;*

*II - às nomeações sujeitas à prévia aprovação pelo Senado Federal; e*

*III - às nomeações ou às designações para cargos ou funções de nível equivalente a Natureza Especial ou superior.*

Mencionem-se, em acréscimo à bipartição acima e ao já aduzido em **3.2.4.1.1**, os cargos de natureza especial. Embora haja cargos de natureza especial que especificamente não se submetem ao regramento estatutário, no que se inclui o regime e o processo disciplinares da Lei nº 8.112, de 1990 (como é o caso dos Ministros de Estado), a regra geral é que os detentores desta espécie de cargo se sujeitam àquele ordenamento disciplinar, e aí se incluem os Secretários-Executivos dos Ministérios e, a título de exemplo mais específico para o presente foco de interesse, o Secretário da Receita Federal do Brasil. Ressalve-se apenas que, como é praxe os Secretários-Executivos figurarem como substitutos eventuais dos respectivos Ministros de Estado durante seus afastamentos ou impedimentos, nos termos do art. 38 da citada Lei, afasta-se a repercussão disciplinar estatutária sobre estes agentes apenas quando os atos supostamente irregulares tenham sido cometidos no período de eventual substituição do titular da Pasta, cabendo então a responsabilização como se Ministro de Estado fosse.

#### **3.2.4.2.1 - Servidores Efetivos (Estáveis ou em Estágio Probatório)**

Os cargos efetivos são providos em caráter definitivo, por nomeação em caráter efetivo, decorrente de aprovação em concurso público (que passou a ser requisito necessário para investidura em cargo efetivo a partir da promulgação da Constituição Federal - CF, em 05/10/88), de acordo com que preveem o inciso II do art. 37 da CF e o supracitado inciso I do art. 9º e o *caput* do art. 10, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

*CF - Art. 37.*

*II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. (Redação dada pela Emenda Constitucional - EC nº 19, de 14 de junho de 1998)*

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 10. A nomeação para cargo de carreira ou cargo isolado de provimento efetivo depende de prévia habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos, obedecidos a ordem de classificação e o prazo de sua validade.*

Por delegação presidencial, nos termos do *caput*, do seu inciso I e do § 1º do art. 3º do Decreto nº 8.821, de 29 de julho de 2016, a nomeação para provimento de cargos efetivos

competete ao Ministro de Estado da respectiva Pasta ou ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República no caso de órgãos diretamente subordinados ao Presidente da República.

*Decreto nº 8.821, de 2016 - Art. 3º Fica delegada competência aos Ministros de Estado, no âmbito dos respectivos órgãos e entidades supervisionadas para as: I - nomeações para o provimento de cargos efetivos em decorrência de habilitação em concurso público; e*

*§ 1º A competência de que trata o caput será exercida pelo Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República no caso dos órgãos diretamente subordinados ao Presidente da República cujos titulares não sejam Ministros de Estado.*

*§ 3º Poderá haver subdelegação nas hipóteses deste artigo.*

Os cargos efetivos são os únicos que podem propiciar ao servidor o instituto da estabilidade no serviço público. A estabilidade, uma vez conquistada pelo servidor ocupante de cargo em provimento efetivo após atender condições específicas do ente da Administração Pública (União, no caso que ora interessa), torna-se uma espécie de atributo pessoal que o liga ao serviço público, não se vinculando estritamente ao cargo ocupado, na mesma linha doutrinariamente defendida. E o ordenamento prevê duas formas de atendimento às condições para conquista da estabilidade. Na primeira forma, além de atender ao requisito geral de índole constitucional (e aplicável indistintamente a todo órgão de qualquer ente da Administração Pública) de ter três anos de efetivo exercício no cargo de ingresso nos quadros federais, conforme o *caput* do art. 41 da CF e o art. 21 da Lei nº 8.112, de 1990, tem ainda o servidor que atender aos requisitos específicos da União, para aprovação no respectivo estágio probatório daquele cargo, na forma de avaliação ao final mesmos três anos iniciais (a ressalva delimitadora ao cargo de ingresso se justifica porque o estágio probatório, diferentemente da estabilidade, é um instituto associado a cada cargo que o servidor ocupa, e esta diferenciação se fará sentir de forma muito conservadora e relevante em **4.2.4.1**). A segunda forma - na verdade, admitida pelo ordenamento apenas em um determinado momento - era de o servidor contar com pelo menos cinco anos de exercício no cargo na data da promulgação da CF (ou seja, ter entrado nos quadros públicos federais, no caso, antes de 06/10/83), nos termos do *caput* do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

*CF - Art. 41. São estáveis, após três anos de efetivo exercício, os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela EC nº 19, de 1998)*

*CF, ADCT - Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.*

*§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do caput deste artigo, exceto se se tratar de servidor.*

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 21. O servidor habilitado em concurso público e empossado em cargo de provimento efetivo adquirirá estabilidade no serviço público ao completar 2 (dois) anos de efetivo exercício.*

*(Nota: Apesar de a redação original não ter sido alterada, o prazo previsto no art. 21 da Lei nº 8.112, de 1990, deve ser compreendido de 3 anos, a fim de se harmonizar com a EC nº 19, de 1998)*

*“(...) a estabilidade é um atributo pessoal do servidor (...). Daí decorre que a estabilidade não é no cargo, mas no serviço público. (...) só se conta o tempo de nomeação efetiva na mesma Administração, não sendo computável o tempo de*

*exercício prestado em outra entidade estatal, nem o período de exercício de função pública a título provisório.” Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, pgs. 413 e 415, Malheiros Editores, 26ª edição, 2001*

Tanto é verdade que a estabilidade conquistada assume o *status* de forte vínculo estatutário entre o servidor e o serviço público, de forma dissociada do cargo efetivo ocupado, que, no âmbito federal, este instituto de ligação, uma vez conquistado no exercício de um cargo efetivo, se mantém e é aproveitado mesmo com a investidura em novo cargo efetivo e ainda que este seja de outro Poder da União (seja do próprio Poder Executivo, seja até mesmo dos Poderes Legislativo ou Judiciário federais), conforme manifestação jurisprudencial. Neste caso, exige-se do servidor recém-empossado em segundo cargo federal apenas o cumprimento do estágio probatório no novo cargo, o que não se confunde com cumprir condições para auferir a estabilidade no serviço público federal, atributo que o agente em tela já possui. E, tanto é assim que a Lei nº 8.112, de 1990, no § 2º do art. 20, prevê a recondução do servidor estável ao cargo anterior em que já tinha cumprido as condições acima, em caso de inabilitação no estágio probatório relativo a novo cargo efetivo em que venha a ser investido, deixando claro que a estabilidade é no serviço público e não no cargo. Todavia, uma vez que cada ente da Administração pode ter seus próprios critérios para conceder estabilidade a seus servidores, não se traz para a União a estabilidade conquistada em qualquer Poder de Estado, Distrito Federal ou Município, e vice-versa.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 20.*

*§ 2º O servidor não aprovado no estágio probatório será exonerado ou, se estável, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, observado o disposto no parágrafo único do art. 29.*

*Art. 29. Recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado e decorrerá de:*

*I - inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo;*

*STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 20.934: “Ementa: Estabilidade. Condição que não afasta a submissão ao estágio probatório do novo cargo. 1. A estabilidade é adquirida no serviço público, em razão do provimento em um determinado cargo público, após a aprovação no estágio probatório. Não obstante, sempre que o servidor entrar em exercício em um novo cargo público, mediante aprovação em concurso público, deverá ser submetido ao respectivo estágio probatório, não havendo impedimento de que o servidor estável seja ‘reprovado’ em estágio probatório relativo a outro cargo público para o qual foi posteriormente aprovado em concurso. Precedente. 2. A estabilidade do servidor público, ora Recorrente, não tem o condão de afastar sua submissão ao estágio probatório para o novo cargo de Investigador de Polícia, para o qual foi aprovado em novo concurso público. Por conseguinte, está sujeito à avaliação inerente ao estágio probatório, podendo ser ‘reprovado’, como de fato o foi, em procedimento administrativo, legalmente previsto e estritamente observado, com o contraditório e a ampla defesa assegurados.”*

Embora não seja um tema de direto interesse no presente texto (por ser atinente à matéria de gestão de pessoas), cabe aqui dedicar um pouco mais de detalhamento acerca do instituto do estágio probatório. Neste rumo, ratifica-se, ainda que superficialmente e sem análise aprofundada, que não se deve confundir estágio probatório com estabilidade. Para aprovação no estágio probatório de cada cargo que porventura o agente consecutivamente ocupe ao longo de sua vida funcional, o *caput* do art. 20 da Lei nº 8.112, de 1990, requer boas avaliações de desempenho do servidor (em termos de adaptação e capacidade, segundo fatores de assiduidade, disciplina, iniciativa, produtividade e responsabilidade, conforme os cinco incisos) nos primeiros anos de efetivo exercício no cargo (devendo o servidor se submeter a novo estágio probatório a cada cargo efetivo que venha a ocupar). Já a estabilidade, mencionada no art. 21 da mesma Lei acima já reproduzido, é conquistada, em uma única vez, após o mesmo período de efetivo exercício no primeiro cargo ocupado e tem como óbvio pré-

requisito a aprovação no respectivo estágio probatório.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 20. Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a estágio probatório por período de 24 (vinte e quatro) meses, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, observados os seguintes fatores:*

*(Nota: Apesar de a redação original não ter sido alterada, o prazo previsto no caput do art. 20 da Lei nº 8.112, de 1990, deve ser compreendido de 36 meses, a fim de se harmonizar com a EC nº 19, de 1998)*

*I - assiduidade;*

*II - disciplina;*

*III - capacidade de iniciativa;*

*IV - produtividade;*

*V - responsabilidade.*

Em decorrência de alterações no ordenamento pátrio, o prazo do estágio probatório foi objeto de discussões jurídicas e de manifestações judiciais. Originalmente, tanto a CF, no caput do art. 41, quanto a Lei nº 8.112, de 1990, no caput do art. 20 e no art. 21, estabeleciam o mesmo prazo de 24 meses e de dois anos para os institutos do estágio probatório e da estabilidade. Posteriormente, com a EC nº 19, de 1998, o caput do art. 41 da CF passou a exigir três anos para a conquista da estabilidade. Não tendo havido alteração nos textos do caput do art. 20 e do art. 21, ambos da citada Lei, a Advocacia-Geral da União (AGU) se manifestou, por meio do Parecer AGU nº AC-17, no sentido de que o estágio probatório também deveria ser compreendido no mesmo intervalo de tempo da estabilidade, ou seja, em 36 meses. Nesta linha, o Poder Executivo editou a Medida Provisória (MP) nº 431, de 14 de maio de 2008, que expressamente alterava o prazo do estágio probatório, previsto no caput do art. 20 da Lei nº 8.112, de 1990, para 36 meses. Mas, na conversão em lei da MP, o legislador expressamente não adotou tal inovação, eliminando da Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008, este dispositivo, mantendo-se então a redação original do caput do art. 20 da Lei nº 8.112, de 1990, com estágio probatório de 24 meses, a se somar ao prazo de dois anos para a estabilidade, previsto no art. 21 da mesma Lei, que jamais foi alterado.

Em função desta insegurança em torno do tema, o Poder Judiciário, quando provocado a se manifestar, por meio de suas mais altas Cortes, asseverou que o estágio probatório não pode ser considerado dissociado da estabilidade, uma vez que o prazo para aquisição desta repercute naquele, embora sejam institutos distintos, interpretando que não foram recepcionados pela nova ordem constitucional os textos legais estatutários (como o caput do art. 20 e o art. 21, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, por exemplo) que mantiveram o estágio probatório em 24 meses e o período aquisitivo para estabilidade em dois anos. Desta forma, prevalece o entendimento jurisprudencial de que o prazo do estágio probatório é de três anos de efetivo exercício no cargo, com o qual se harmoniza o prazo para concessão de estabilidade.

*STF, Suspensão de Tutela Antecipada nº 264, Decisão: “(...) A nova norma constitucional do art. 41 é imediatamente aplicável. Logo, as legislações estatutárias que previam prazo inferior a três anos para o estágio probatório restaram em desconformidade com o comando constitucional. Isso porque, não há como se dissociar o prazo do estágio probatório do prazo da estabilidade. (...)”*

*Idem: STF, Suspensões de Tutela Antecipada nº 310 e 311; e STJ, Mandados de Segurança nº 12.523 e 14.274*

Encerrando este breve parêntese, é certo que a eventual inabilitação de servidor em estágio probatório referente a um cargo efetivo deve decorrer de procedimento administrativo em que sejam oferecidas ao avaliado as garantias de exercício de ampla defesa e de contraditório, conforme entende a jurisprudência. Não obstante, este procedimento específico para o fim de avaliação do estágio probatório (no termos do § 1º do art. 20 da Lei nº 8.112, de

1990) não se confunde com a formalidade e com o rito próprio do processo disciplinar, vez que se reflete em instância administrativa de gestão de pessoas, distinta da correcional e sua eventual repercussão, de exoneração de ofício do cargo efetivo no caso de servidor não estável ou de recondução ao cargo anteriormente ocupado no caso de servidor estável (conforme o § 2º do mesmo dispositivo legal acima), não se confunde com o caráter punitivo da pena de demissão prevista no regime disciplinar (prevista no inciso III do art. 127 e no art. 132, ambos da mesma Lei). Embora se reconheça que os fatores de avaliação se intercomunicam com a matéria correcional, devem, para fins de avaliação de estágio probatório, ser apreciados pela autoridade de gestão de pessoas sob a ótica e sob os princípios específicos desta instância, que não necessariamente se manifestam de forma idêntica à forma como são exigidos e sancionados na instância disciplinar, podendo eventual crítica ao comportamento funcional repercutir apenas na avaliação funcional e não em instância disciplinar ou vice-versa.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 20.*

*§ 1º Quatro meses antes de findo o período do estágio probatório, será submetida à homologação da autoridade competente a avaliação do desempenho do servidor, realizada por comissão constituída para essa finalidade, de acordo com o que dispuser a lei ou o regulamento da respectiva carreira ou cargo, sem prejuízo da continuidade de apuração dos fatores enumerados nos incisos I a V do caput deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008)*

*§ 2º O servidor não aprovado no estágio probatório será exonerado ou, se estável, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, observado o disposto no parágrafo único do art. 29.*

*STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 20.934: “Ementa: (...) 3. A exoneração do servidor público aprovado em concurso público, que se encontra em estágio probatório, não prescinde da observância do procedimento administrativo específico legalmente previsto, sendo desnecessária a instauração de processo administrativo disciplinar, com todas suas formalidades, para a apuração de inaptidão ou insuficiência no exercício das funções, desde que tal exoneração se funde em motivos e fatos reais e sejam asseguradas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Precedentes. 4. No caso dos autos, o procedimento administrativo para a não confirmação do Impetrante no cargo de Investigador de Polícia da Polícia Civil, em face da reprovação no estágio probatório - previsto no Decreto n.º 36.694/93, que regulamentou a Lei Complementar Paulista n.º 675/92 -, foi estritamente observado pelo Poder Público Estadual, ressaltando-se que o Impetrante foi pessoalmente notificado dos fatos a ele imputados, foi apresentada defesa escrita com a juntada de documentos, bem como houve julgamento pelo órgão competente, com a exposição dos motivos e fundamentos da decisão.”*

Jamais se deve ter dúvida de que a desinvestidura de fim punitivo de cargo efetivo, independentemente se o servidor é estável ou se está em estágio probatório, requer processo administrativo disciplinar (PAD) para aplicação de pena de demissão ou decisão judicial definitiva para se operar a perda do cargo ao servidor, à luz dos incisos I e II do § 1º do art. 41 da CF e do art. 22 da Lei nº 8.112, de 1990.

Mais especificamente para o caso da pena administrativa expulsiva, apesar de o § 1º do art. 41 da CF e o art. 22 da Lei nº 8.112, de 1990, indicarem apenas para o servidor estável a necessidade de PAD para aplicação de demissão, ao se trazer à tona o art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, interpreta-se que aqueles comandos não requerem leitura restritiva, como se somente o servidor estável tivesse a seu favor a garantia de um rito sob ampla defesa antes de ser demitido. Não há exclusão do mesmo direito ao servidor ocupante de cargo efetivo e ainda em estágio probatório e também não há restrição deste direito em função da penalidade a ser aplicada. Assim, aplica-se o processo disciplinar ao servidor *lato sensu*, seja estável ou não ou

ainda em estágio probatório em cargo efetivo, seja provido em cargo em comissão, como elemento indispensável à aplicação de qualquer das penas previstas no Estatuto. Ademais, a leitura restritiva do inciso II do § 1º do art. 41 da CF e do art. 22 da Lei nº 8.112, de 1990, se chocaria frontalmente com os dispositivos dos incisos LIV e LV do art. 5º da mesma CF, que asseguram a todos o devido processo legal e aos acusados em geral, mesmo em instância administrativa, o contraditório e a ampla defesa, como também entende a doutrina. Não se deve confundir a possibilidade de exoneração de ofício a que se sujeita o servidor em estágio probatório, sem fim punitivo, prevista no inciso I do parágrafo único do art. 34 da Lei nº 8.112, de 1990, com aplicação de pena de demissão, embora ambas sejam espécie do gênero vacância (nos termos dos incisos I e II do art. 33 da citada Lei, conforme se aduzirá em **4.10.2.6**).

*CF - Art. 41.*

*§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (Redação dada pela EC nº 19, de 1998)*

*I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; (Incluído pela EC nº 19, de 1998)*

*II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; (Incluído pela EC nº 19, de 1998)*

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 22. O servidor estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar no qual lhe seja assegurada ampla defesa.*

*Art. 34. A exoneração de cargo efetivo dar-se-á a pedido do servidor, ou de ofício.*

*Parágrafo único. A exoneração de ofício dar-se-á:*

*I - quando não satisfeitas as condições do estágio probatório;*

*“Restringir as garantias processuais a uma específica categoria de servidores (os estáveis) e a uma específica categoria de sanção (a perda do cargo) importa interpretar que o art. 41, § 1º, inc. II de forma colidente com a expressão constitucional ‘acusados em geral’ (art. 5º, inc. LV).” Romeu Felipe Bacellar Filho, “Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 108, Editora Max Limonad, 2ª edição, 2003*

*“(...) esta apuração da aptidão do servidor em estágio probatório não se confunde com o processo disciplinar, eis que não se está apurando qualquer falta, mas apenas a sua habilitação para o exercício do cargo em estágio probatório.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 100, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

O fato de até aqui estar se concentrando a análise no servidor detentor de cargo efetivo provido por meio de nomeação decorrente de aprovação em concurso público, conforme o inciso I do art. 8º, o inciso I do art. 9º e o *caput* do art. 10, todos da Lei nº 8.112, de 1990, não afasta como também alcançáveis pelo processo e pelo regime disciplinares, da forma como já se mencionou em **3.2.2.2.1** e como se voltará a mencionar em **4.10.2**, as demais espécies de provimento listadas nos incisos V a IX do mencionado art. 8º, e recapitulando conceitos de servidor ativo e inativo e de ex-servidor já apresentados em **3.2.2.2.2.a**.

Pode ocorrer de um servidor aposentado voltar à atividade após ter revertido a sua aposentadoria ou de um ex-servidor demitido voltar à condição de servidor após ser reintegrado por decisão administrativa ou judicial que cancele pena de demissão que lhe fora aplicada. Assim, a reversão e a reintegração (mencionadas nos incisos VI e VIII do art. 8º e definidas no *caput* e no § 1º do art. 25 e no *caput* do art. 28, e em conjunto com o *caput* do art. 182, todos da Lei nº 8.112, de 1990, respectivamente, como o retorno à atividade de um aposentado sob determinadas condições e como a reinvestidura de um demitido após invalidada a demissão por decisão administrativa ou judicial, conforme exposto em **4.10.2.5** e em **5.1.3.3** e **5.2**, em ambos os casos para o mesmo cargo originalmente ocupado ou para o cargo decorrente de sua transformação), perfeitamente plausíveis de eventualmente ocorrerem

no âmbito da RFB, reestabelecem integralmente a relação de submissão ao regime disciplinar. Pode também um servidor ativo, sem perder esta condição, ser readaptado a outro cargo ou reconduzido ao seu cargo original, mantendo a relação estatutária que jamais deixou de existir. Assim, a readaptação e a recondução (mencionadas nos incisos V e IX do art. 8º e definidas no *caput* do art. 24 e no *caput* e nos seus incisos I e II do art. 29, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, respectivamente como a investidura de um servidor em outro cargo de atribuições compatíveis com a limitação física ou mental que tenha sofrido e como o retorno de um servidor ao cargo originalmente ocupado em decorrência de inabilitação em estágio probatório ou de reintegração do ocupante anterior), muito eventualmente possíveis de ocorrer na RFB, não alteram a integral relação estatutária mantida de um cargo para outro. Por fim, pode um servidor, desde que estável, voltar à condição de ativo após ter sido aproveitado em cargo de atribuições compatíveis com as daquele cargo que ocupava e que foi extinto ou declarado desnecessário quando da reorganização ou extinção do órgão e que lhe levou a ser posto em disponibilidade, conforme dispõem o § 1º do art. 28 e os §§ 3º e 4º do art. 37, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, e se detalha em **4.10.2.5**. Assim, o aproveitamento (mencionado no inciso VII do art. 8º e definido no art. 30, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, como o retorno à atividade de um inativo que estava em disponibilidade), muito improvável de ocorrer na RFB, reestabelece a íntegra do vínculo estatutário, devolvendo à atividade servidor estável que se encontrava em disponibilidade e remunerado proporcionalmente ao seu tempo de serviço.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 8º São formas de provimento de cargo público:*

*I - nomeação;*

*V - readaptação;*

*VI - reversão;*

*VII - aproveitamento;*

*VIII - reintegração;*

*IX - recondução.*

*Art. 24. Readaptação é a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica.*

*Art. 25. Reversão é o retorno à atividade de servidor aposentado: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001)*

*§ 1º A reversão far-se-á no mesmo cargo ou no cargo resultante de sua transformação. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)*

*Art. 28. A reintegração é a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens.*

*§ 1º Na hipótese de o cargo ter sido extinto, o servidor ficará em disponibilidade, observado o disposto nos arts. 30 e 31.*

*Art. 29. Recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado e decorrerá de:*

*I - inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo;*

*II - reintegração do anterior ocupante.*

*Art. 30. O retorno à atividade de servidor em disponibilidade far-se-á mediante aproveitamento obrigatório em cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com o anteriormente ocupado.*

*§ 3º Nos casos de reorganização ou extinção de órgão ou entidade, extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade no órgão ou entidade, o servidor estável que não for redistribuído será colocado em disponibilidade, até seu aproveitamento na forma dos arts. 30 e 31. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*§ 4º O servidor que não for redistribuído ou colocado em disponibilidade poderá ser mantido sob responsabilidade do órgão central do SIPEC, e ter exercício provisório, em outro órgão ou entidade, até seu adequado aproveitamento. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*Art. 182. Julgada procedente a revisão, será declarada sem efeito a penalidade*

*aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto em relação à destituição de cargo em comissão, que será convertida em exoneração.*

Por óbvio, também se inserem no escopo subjetivo da Lei nº 8.112, de 1990, na condição de efetivos, aqueles servidores que haviam sido exonerados ou demitidos, no período entre 16/03/90 e 30/09/92, de forma inconstitucional ou ilegal ou por motivação política ou ainda em decorrência de movimento grevista e que foram anistiados por força dos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.878, de 11 de maio de 1994, tendo reassumido seus mesmos cargos ou os cargos resultantes de sua eventual transformação, na condição original de servidores, sob o mesmo regime estatutário. Reitere-se que o instituto da anistia, concedida nos moldes do inciso VIII do art. 48 da CF (atribuição do Congresso Nacional, com sanção do Presidente da República), como uma faculdade concedida pela Administração, não se confunde com reintegração decorrente de ato ilegal e, desta feita, não retroage para restabelecer direitos funcionais à época do rompimento do vínculo original, conforme estabelece o art. 6º da citada Lei.

*Lei nº 8.878, de 1994 - Art. 1º É concedida anistia aos servidores públicos civis e empregados da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sob controle da União que, no período compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992, tenham sido:*

*I - exonerados ou demitidos com violação de dispositivo constitucional ou legal;*

*II - despedidos ou dispensados dos seus empregos com violação de dispositivo constitucional, legal, regulamentar ou de cláusula constante de acordo, convenção ou sentença normativa;*

*III - exonerados, demitidos ou dispensados por motivação política, devidamente caracterizado, ou por interrupção de atividade profissional em decorrência de movimentação grevista.*

*Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, ao servidor titular de cargo de provimento efetivo ou de emprego permanente à época da exoneração, demissão ou dispensa.*

*Art. 2º O retorno ao serviço dar-se-á, exclusivamente, no cargo ou emprego anteriormente ocupado ou, quando for o caso, naquele resultante da respectiva transformação e restringe-se aos que formulem requerimento fundamentado e acompanhado da documentação pertinente no prazo improrrogável de sessenta dias, contado da instalação da comissão a que se refere o art. 5º, assegurando-se prioridade de análise aos que já tenham encaminhado documentação à Comissão Especial constituída pelo Decreto de 23 de junho de 1993.*

#### **3.2.4.2.2 - Servidores em Comissão**

Por sua vez, os cargos em comissão (também chamados de cargos de confiança, podendo-se citar os cargos do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS) são providos em caráter transitório, por livre nomeação em comissão e também de livre exoneração, sem rito processual.

Aqui, convém distinguir, doutrinariamente, os mencionados cargos em comissão das funções de confiança (também chamadas de funções comissionadas ou funções de direção, chefia e assessoramento, podendo-se citar as funções comissionadas do Poder Executivo - FCPE, criadas pela Lei nº 13.346, de 10 de outubro de 2016, e as funções gratificadas - FG), uma vez que a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, os cita conjuntamente em diversas passagens mas não cuidou de conceituar as tais funções (no sentido mais restrito para a expressão “função pública” ou simplesmente “função”, conforme já abordado acima). Daí, é comum haver confusão com estes dois diferentes conceitos, em razão de suas denominações serem semelhantes e de ambos decorrerem de relação de confiança existente entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado.

Por um lado, ambos são criados por lei e se destinam apenas às competências de direção, chefia e assessoramento na Administração Pública federal e são respectivamente preenchidos ou exercidas mediante livre nomeação e designação pela autoridade competente, na contrapartida das respectivas livres exoneração e dispensa, a qualquer tempo (*ad nutum*), seja a pedido, seja de ofício, pela mesma autoridade que nomeou. Com amparo doutrinário, definem-se direção e chefia como posições superiores na hierarquia do órgão, voltadas para o comando, sendo que a direção se refere especificamente ao titular do órgão, ao seu dirigente máximo, enquanto chefia se refere às posições de mando intermediárias; assessoramento não se confunde com comando, mas sim se refere à posição de adjunto, auxiliar ou assistente da autoridade a que se vincula. Mais enfaticamente quanto aos cargos em comissão (sem ser inválido estender em parte a ideia para as funções de confiança), é de se dizer que não podem ser criados para meras atividades rotineiras e burocráticas da Administração, sob pena de inverter a regra geral de que o provimento se dá por concurso público, sendo que, para os servidores efetivos, existem as funções de confiança. As atividades de direção, chefia ou assessoramento conferem ao servidor as atribuições de se responsabilizar pelas competências da unidade ou da subunidade prevista na estrutura regimental do órgão ou entidade.

*“Destina-se [o cargo em comissão] ao auxílio imediato ao Chefe do Executivo, constituindo-se de pessoas de sua confiança. No entanto, não é só o vínculo de fidejussão que ampara a instituição. Imprescindível que tenha conexão lógica com o objetivo da comissão. Como diz Marcio Cammarosano, não é qualquer plexo unitário que reclama tal tipo de provimento, ‘mas apenas aqueles que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas, pelos seus titulares, justificam exigir-se deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos (...)’ (Provimento de cargos públicos no direito brasileiro, cit., p. 95).” Regis Fernandes de Oliveira, “Servidores Públicos”, pg. 20, Malheiros Editores, 1ª edição, 2004*

*“(...) Esses são os cargos dos Ministros e os de direção e assessoramento superiores, de chefia ou encarregatura superiores, de presidência ou diretoria de autarquias e fundações, e aqueles demais cargos descritos na lei (...) como de direção superior, com forte representatividade da autoridade nomeadora. Esses cargos em comissão exigem habilidades especiais dos seus ocupantes, que não estão ao dispor de qualquer funcionário de carreira, pois grande parte da representatividade política da autoridade nomeadora eles detêm, e precisarão, em maior ou menor grau, representar em seu âmbito aquela autoridade, decidir por ela, monitorar, orientar, organizar, assessorar, como uma ‘longa manus’ do nomeador.” Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis”, pg. 40, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

Mas, por outro lado, enquanto as funções de confiança são exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, os cargos em comissão podem ser preenchidos por servidores que já detenham cargos efetivos de carreira, de acordo com percentuais estabelecidos na sua lei de criação. Isto significa que, devendo ser ocupados por um percentual mínimo legal de servidores de carreira, pode-se ter então as vagas restantes dos cargos em comissão ocupadas por pessoas sem vínculo definitivo com a Administração. Além disto, como seu próprio nome indica, a investidura em cargo em comissão requer o formalismo e tem o condão de provimento em um cargo, ao qual se associa, portanto, um conjunto de atribuições e deveres e denominação própria, todos previstos em lei (ou seja, o caráter de transitoriedade não é do cargo em si, mas sim do servidor que o ocupa), diferentemente da designação para função de confiança, que não requer provimento em cargo. Em suma, ao critério do legislador, balizado por princípios constitucionais, pode-se ter competências de direção, chefia e assessoramento para as quais a lei entenda imprescindível criar um cargo específico para seu desempenho, cujo provimento precipuamente se dará com

peçoas estranhas aos quadros, em relação apenas de confiança com a autoridade; não obstante, pode-se ter outras competências de direção, chefia e assessoramento para as quais a lei entenda desnecessário criar novo cargo, podendo ser conciliadas com o cargo efetivo já exercido pelo servidor também escolhido por confiança, conforme também entende a doutrina. Em decorrência desta diferença, de ter ou não o significado de um provimento em um cargo, conforme se extrai do inciso II do art. 9º, do § 4º do art. 15 e do art. 35, todos da Lei nº 8.112, de 1990, aplicam-se os institutos da nomeação e da exoneração para investidura e desinvestidura em cargos em comissão e, de designação e de dispensa para funções de confiança (que também são utilizados para os encargos de substitutos eventuais, previstos no art. 38 da Lei nº 8.112, de 1990). Ademais, enquanto o ocupante do cargo em comissão que não seja ocupante de cargo efetivo auferir a remuneração apenas do valor deste provimento comissionado, o servidor detentor de cargo efetivo, no caso de cargo em comissão, pode optar entre a remuneração integral apenas do provimento comissionado ou a soma da remuneração do cargo efetivo com um percentual pré-estabelecido do valor do cargo em comissão e, no caso de função de confiança, recebe a soma da remuneração do cargo efetivo e do valor da função de confiança.

*CF - Art. 37.*

*V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Emenda Constitucional - EC nº 19, de 4 de junho de 1998)*

*“(...) as funções permanentes [de confiança], cujo substrato básico de arrimo é a confiança, somente se diferenciam dos cargos em comissão em razão da nomenclatura e do tratamento legal. (...) somente a estatuição legal será capaz de distingui-las. A definição, se haverá o provimento com servidores obrigatoriamente concursados, ainda que de livre escolha do Chefe do Executivo (que são as funções de confiança), ou segundo a livre discricionariedade do administrador, dentro ou fora do quadro de servidores (que são os cargos em comissão), depende da lei.” Regis Fernandes de Oliveira, “Servidores Públicos”, pg. 31, Malheiros Editores, 1ª edição, 2004*

Informe-se que o Decreto nº 5.497, de 21 de julho de 2005, estabelece, no *caput* e nos incisos I e II do seu art. 1º, percentuais mínimos de ocupação para cargos em comissão códigos DAS-101.1 a DAS-101.6: para os cargos em comissão códigos DAS-101.1 a DAS-101.4, deve-se ter no mínimo 50% de ocupação por servidores efetivos; e, para os cargos em comissão código DAS-101.5 e DAS-101.6, deve-se ter no mínimo 60% de ocupação por servidores efetivos.

*Decreto nº 5.497, de 2005 - Art. 1º Serão ocupados exclusivamente por servidores de carreira os seguintes cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS da administração pública federal direta, autárquica e fundacional:*

*I - cinquenta por cento do total de cargos em comissão DAS, níveis 1, 2, 3 e 4; e (Redação dada pelo Decreto nº 9.021, de 31 de março de 2017)*

*II - sessenta por cento do total de cargos em comissão DAS, níveis 5 e 6. (Redação dada pelo Decreto nº 9.021, de 2017)*

Na mesma linha, a já mencionada Lei nº 13.346, de 2016, no *caput* e nos seus incisos I a IV do art. 1º e no *caput* e nos §§ 1º a 3º do art. 2º e no *caput* do art. 3º ao extinguir cargos em comissão códigos DAS-101.1 a DAS-101.4, criou as FCPE, em idênticos quantitativos desdobrados em FCPE-1, FCPE-2, FCPE-3 e FCPE-4, privativas de servidores ocupantes de cargos efetivos, para o desempenho de atividades de direção, chefia e assessoramento.

*Lei nº 13.346, de 2016 - Art. 1º Ficam extintos, no âmbito do Poder Executivo federal, cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, nos seguintes níveis:*

*I - mil duzentos e um DAS-4;*

*II - dois mil quatrocentos e sessenta e um DAS-3;*

*III - três mil cento e cinquenta DAS-2; e*

*IV - três mil seiscentos e cinquenta DAS-1.*

*Art. 2º Na medida em que forem extintos os cargos de que trata o art. 1º, fica o Poder Executivo autorizado a substituí-los, na mesma proporção, por funções de confiança denominadas Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE, privativas de servidores efetivos, criadas por esta Lei na forma, nos quantitativos máximos e nos níveis previstos no Anexo I.*

*§ 1º Somente poderão ser designados para as FCPE servidores ocupantes de cargos efetivos oriundos de órgão ou entidade de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*

*§ 2º As FCPE destinam-se ao exercício de atividades de direção, chefia e assessoramento nos órgãos e nas entidades do Poder Executivo federal e conferem ao servidor o conjunto de atribuições e responsabilidades correspondentes às competências da unidade prevista na estrutura organizacional do órgão ou da entidade.*

*§ 3º O servidor designado para ocupar FCPE receberá a remuneração do cargo efetivo acrescida do valor da função para a qual foi designado, conforme discriminado no Anexo II.*

*Art. 3º As FCPE equiparam-se, para todos os efeitos legais e regulamentares, aos cargos em comissão do Grupo DAS, conforme correspondência estabelecida no Anexo IV.*

Por delegação presidencial, nos termos do *caput* e do inciso I do art. 2º do Decreto nº 8.821, de 29 de julho de 2016, a nomeação para provimento de cargos em comissão códigos DAS-101.5 e DAS-101.6 ou funções de confiança equivalentes compete ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República; para os cargos em comissão até o código DAS-101.4 ou funções de confiança equivalentes, a nomeação compete ao respectivo Ministro de Estado da Pasta ou ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República no caso de órgãos diretamente subordinados ao Presidente da República, conforme o *caput*, o seu inciso II e o § 1º do art. 3º do mesmo Decreto.

*Decreto nº 8.821, de 2016 - Art. 1º*

*§ 3º Aplica-se este Decreto às designações para o recebimento de gratificações.*

*Art. 2º Fica delegada competência ao Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República para os atos de nomeação de cargos em comissão ou de designação de funções de confiança no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional de:*

*I - nível equivalente a 5 e 6 do Grupo Direção e Assessoramento Superiores - DAS; e*

*§ 1º Para os fins do disposto no caput, os Ministros de Estado encaminharão à Casa Civil da Presidência da República, mediante aviso, as propostas para o provimento de cargos ou funções, acompanhadas das respectivas minutas de portaria.*

*§ 2º Não haverá subdelegação nas hipóteses previstas no caput.*

*Art. 3º Fica delegada competência aos Ministros de Estado, no âmbito dos respectivos órgãos e entidades supervisionadas para as:*

*II - nomeação de cargos em comissão ou designação de funções de confiança não tratadas no art. 2º.*

*§ 1º A competência de que trata o caput será exercida pelo Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República no caso dos órgãos diretamente subordinados ao Presidente da República cujos titulares não sejam Ministros de Estado.*

*§ 2º A indicação para provimento dos cargos e das funções de confiança de que trata o inciso II de código DAS 101, níveis 3 e 4, e equivalentes, será encaminhada à apreciação prévia da Casa Civil.*

*§ 3º Poderá haver subdelegação nas hipóteses deste artigo.*

Vale acrescentar o parêntese de que a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) se caracteriza por ser um órgão preponderantemente técnico, com previsão legal, no parágrafo único do art. 14 da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007, de que os cargos em comissão e as funções de confiança sejam ocupados por servidores detentores de cargos efetivos na instituição (a rigor, esta previsão legal é dispensável para as funções de confiança, pois a reserva já possui repouso constitucional). Ademais, ressalvados os cargos em comissão códigos DAS-101.5 e DAS-101.6 (cuja competência nomeadora recai no Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, por força do inciso I do art. 2º do já mencionado Decreto nº 8.821, de 2016, o que, no caso específico, atinge apenas os cargos em comissão código DAS-101.5 dos Subsecretários e do Secretário Adjunto da Receita Federal do Brasil), a competência para nomeações, exonerações, designações e dispensas, originalmente, recai sobre o Ministro de Estado da Fazenda, que a delega para o Secretário da Receita Federal do Brasil, o qual, por sua vez a subdelegou às autoridades internas do órgão, por meio da Portaria RFB nº 4.338, de 9 de setembro de 2005.

*Lei nº 11.457, de 2007 - Art. 12. Sem prejuízo do disposto no art. 49 desta Lei, são redistribuídos, na forma do disposto no art. 37 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para a Secretaria da Receita Federal do Brasil, os cargos dos servidores que, na data da publicação desta Lei, se encontravam em efetivo exercício na Secretaria de Receita Previdenciária ou nas unidades técnicas e administrativas a ela vinculadas e sejam titulares de cargos integrantes:*

*I - do Plano de Classificação de Cargos, instituído pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, ou do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo de que trata a Lei nº 11.357, de 19 de outubro de 2006;*

*II - das Carreiras:*

*a) Previdenciária, instituída pela Lei nº 10.355, de 26 de dezembro de 2001;*

*b) da Seguridade Social e do Trabalho, instituída pela Lei nº 10.483, de 3 de julho de 2002;*

*c) do Seguro Social, instituída pela Lei nº 10.855, de 1º de abril de 2004;*

*d) da Previdência, da Saúde e do Trabalho, instituída pela Lei nº 11.355, de 19 de outubro de 2006.*

*Art. 14. Fica o Poder Executivo autorizado a proceder à transformação, sem aumento de despesa, dos cargos em comissão e funções gratificadas existentes na Secretaria da Receita Federal do Brasil:*

*Parágrafo único. Sem prejuízo das situações existentes na data de publicação desta Lei, os cargos em comissão e as funções de confiança a que se refere o caput deste artigo são privativos de servidores: (Redação dada pela Lei nº 13.464, de 16 de março de 2017)*

*I - ocupantes de cargos efetivos da Secretaria da Receita Federal do Brasil ou que tenham obtido aposentadoria nessa condição, hipótese esta restrita à ocupação de cargo em comissão; (Redação dada pela Lei nº 13.464, de 2017)*

*II - alcançados pelo disposto no art. 12 desta Lei.*

Somente são passíveis de responsabilização administrativa, apurada mediante processo administrativo disciplinar, os servidores ocupantes de cargos públicos efetivos ou em comissão, na Administração Pública direta, nas autarquias ou nas fundações públicas de direito público. Ou seja, é possível responsabilizar tanto o servidor ocupante de cargo efetivo (estável ou não), quanto o ocupante exclusivamente de cargo em comissão, que não detém simultaneamente cargo efetivo.

No caso de servidor que possui apenas o vínculo comissionado com a Administração, ou seja, que não detém cargo efetivo mas sim somente cargo em comissão, a eventual pena expulsiva prevista na Lei nº 8.112, de 1990 (no inciso V do seu art. 127 e no seu art. 135), é a destituição do cargo em comissão, não havendo que se aplicar o termo demissão, conforme se abordará em **4.10.2.5**. Já no caso de servidor que possui cargo efetivo e ocupa também cargo em comissão ou função de confiança no mesmo ente federado (União, Estado, Distrito Federal ou Município), e, no exercício deste múnus comissionado ou de confiança, comete

irregularidade grave, a eventual pena expulsiva é a demissão do cargo efetivo (inciso III do art. 127 e art. 132, ambos da Lei nº 8.112, de 1990), que fará cessar em definitivo a relação funcional do servidor com a Administração - neste caso, a relação comissionada ou de confiança pode ser mantida ou cessada a qualquer tempo, a critério da autoridade nomeante, em mero ato de gestão de pessoas, independentemente de ser exercida no mesmo órgão ou em órgão distinto daquele em que o servidor detém o cargo efetivo.

Como acima ressaltado, a repercussão de que aqui se cuida é cristalina quando ambos os órgãos inserem-se em mesmo ente federado, regidos por mesmo Estatuto - por exemplo, quando ambos os cargos são de órgãos federais, ainda que de diferentes Poderes (a irregularidade grave cometida no exercício de cargo em comissão no Poder Legislativo ou Poder Judiciário federais repercute no cargo efetivo que o servidor ocupa no Poder Executivo federal e vice-versa). Em princípio, em razão da autonomia constitucionalmente garantida, não haverá esta repercussão se os cargos em comissão e efetivo são de diferentes entes federados (a irregularidade grave cometida no cargo em comissão estadual, distrital ou municipal não repercute no cargo efetivo que o servidor ocupa na Administração federal e vice-versa). A exceção de que se pode cogitar é quando o ato cometido no cargo em comissão de outro ente federado encontra definição como infração e tem previsão de pena expulsiva em lei de aplicação nacional, como, por exemplo, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa), que define os ilícitos de improbidade administrativa, conforme a doutrina do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral na União (CGU)

*“Questão interessante refere-se à repercussão da destituição de cargo em comissão quando o agente ocupa cargo efetivo em outro órgão. O entendimento dominante é de que se ambos os órgãos pertencerem ao mesmo ente federado (por exemplo, dois órgãos federais, independentemente se do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário) e forem disciplinados pelo mesmo Estatuto, a transgressão disciplinar perpetrada no exercício de cargo em comissão repercutirá no cargo efetivo originário. Ressalve-se os casos em que os cargos em comissão e efetivo são de diferentes entes federados, em virtude da autonomia que caracteriza a federação. Alerta-se sobre a exceção quando o ato cometido no cargo em comissão de outro ente federado configura infração apenas com expulsão em lei de aplicação nacional, a exemplo dos ilícitos previstos na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 39, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

### **3.2.5 - Manutenção das Vinculações Estatutárias do Servidor em Férias, Licenças ou Outros Afastamentos**

Como regra geral, prevalece o entendimento de que, estando o servidor no gozo de férias ou de licença ou de outros afastamentos, não se elidem todos os deveres, obrigações e impedimentos, legais ou principiológicos, em relação à Administração, previstos no Estatuto, tais como de manter conduta de lealdade e de moralidade naquilo que especificamente ainda se associa ao cargo que ocupa, apenas para citar dois valores de maior relevância. As férias, as licenças e outros afastamentos não são hipóteses de vacância e, portanto, não têm o condão de cortar o vínculo do servidor com o órgão público onde mantém seu cargo e sua lotação, não podendo, em consequência, servir de abrigo para o cometimento de transgressões disciplinares.

Ainda que não estando em pleno exercício das atribuições legais de seu cargo, não há que se cogitar de se ver afastado o vínculo do servidor com a Administração e, por conseguinte, com o aspecto disciplinar de sua conduta. À luz do art. 148 da Lei nº 8.112, de

11 de dezembro de 1990, conforme já se afirmou em **3.1** e se ratificará em **4.7.3.18.2**, o poder correccional não se impõe exclusivamente sobre os atos de direta relação com o exercício das atribuições legais do cargo, mas também o faz sobre atos ainda que indiretamente associados a tais atribuições, mesmo em momento no qual não se tem o efetivo exercício, cometidos no ambiente da vida privada, hipótese na qual podem repousar condutas cometidas em férias, licenças ou afastamentos, tão somente em função do cargo que ainda ocupa. Em outras palavras, ainda que a licença ou outros afastamentos, na leitura conjunta do *caput* do art. 15, do *caput* do art. 16 e do art. 102, todos da Lei nº 8.112, de 1990, interrompam o exercício do cargo, não têm o condão de afastar o poder disciplinar sobre os atos cometidos em tais situações funcionais (para férias, menos ainda se cogita de tal desvinculação, visto que o inciso I do art. 102 da mesma Lei as considera como efetivo exercício), conforme assevera a jurisprudência.

*STF, Mandado de Segurança nº 22.362: “Ementa: (...) 3. Considera-se em exercício, para fins dos arts. 121 e 124 da Lei nº 8.112/90, o servidor que, mesmo em gozo de férias utiliza caminhão do Governo Federal para transportar mercadoria contrabandeada de Foz do Iguaçu para Goiás, em proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública (art. 117, IX, da mesma Lei).”*

Neste aspecto, em especial, destaca-se a licença para tratar de interesses particulares, prevista no art. 91 da Lei nº 8.112, de 1990, cujo gozo traz a ressalva de que tem afastada a proibição prevista no inciso X do art. 117 da mesma Lei. Em outras palavras, no período de até três anos em que o servidor se afasta por tal licença, pode exercer gerência ou administração de sociedade privada ou praticar atos de comércio, conforme se exporá detalhadamente em **4.7.3.10.4**.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 91. A critério da Administração, poderão ser concedidas ao servidor ocupante de cargo efetivo, desde que não esteja em estágio probatório, licenças para o trato de assuntos particulares pelo prazo de até três anos consecutivos, sem remuneração. (Redação dada pela MP nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001)*

*Parágrafo único. A licença poderá ser interrompida, a qualquer tempo, a pedido do servidor ou no interesse do serviço. (Redação dada pela MP nº 2.225-45, de 2001)*

*Art. 117. Ao servidor é proibido:*

*X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008)*

*Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos: (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)*

*I - participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; e (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)*

*II - gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses. (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)*

Aproveita-se para esclarecer que a licença incentivada, que havia sido introduzida pelos arts. 8 a 11 e 18 a 20 da Medida Provisória nº 2.174-28, de 24 de agosto de 2001, que tinha natureza similar à licença para tratar de interesses particulares, foi excluída do ordenamento pela Lei nº 12.998, de 18 de junho de 2014.

Apresentada a peculiaridade da licença para tratar de interesses particulares, retoma-se a discussão inicial, acerca da manutenção do vínculo estatutário (destacadamente do regime disciplinar) enquanto o servidor se encontra no gozo de tal afastamento. Este entendimento,

cujas primeiros amparos repousavam na base principiológica, tem obtido crescente respaldo normativo, inicialmente em normas infralegais, e por fim culminando na expressa previsão em lei.

Mencione-se, então, que o art. 9º da Portaria MF nº 249, de 12 de junho de 2009, asseverou que o gozo da licença para tratar de interesses particulares não isenta o servidor do regime disciplinar, com exceção da hipótese já ressalvada no inciso II do parágrafo único do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990.

*Portaria MF nº 249, de 2009 - Art. 9º A licença para tratar de interesses particulares não isenta o servidor dos deveres, impedimentos e vedações previstos no regime administrativo disciplinar, ressalvado o disposto no art. 117, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*

Na mesma linha, o então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), por meio de sua Secretaria de Gestão Pública (MPOG/Segep), como órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (Sipec), editou a Portaria Normativa MPOG/Segep nº 4, de 6 de julho de 2012, que, ao traçar regramentos para a concessão e usufruto da licença para tratar de interesses particulares em todo Poder Executivo federal, reiterou que não se afastam os deveres e proibições atinentes a conflito de interesses no curso desta licença.

*Portaria Normativa MPOG/Segep nº 4, de 2012 - Art. 4º O servidor que esteja usufruindo a licença para tratar de interesses particulares observará os deveres, impedimentos e vedações da legislação aplicável ao conflito de interesses. (Redação dada pela Portaria Normativa MPOG/Segep nº 1, de 25 de dezembro de 2015)*

E, de forma mais específica para a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), foi editada a Portaria RFB nº 2.324, de 23 de setembro de 2009, que disciplina internamente a concessão e o gozo da licença para tratar de interesses particulares. Em relação às duas Portarias já citadas, vale mencionar que esta norma, no § 5º do art. 2º, no *caput* e nos incisos I a III do art. 9º e no art. 14, além de repisar a manutenção da vinculação do licenciado com o regime disciplinar, acrescentou a ratificação da necessidade de o servidor se manter em exercício até o devido deferimento do pedido da licença e a obrigação de informar eventual desempenho de atividades privadas diferentes daquelas que instruíram o pedido de concessão, sob pena de cassação da licença.

*Portaria RFB nº 2.324, de 2009 - Art. 2º*

*§ 5º O servidor deverá aguardar em exercício a publicação da Portaria de concessão da licença, devendo aquele que se ausentar do serviço antes da ciência do deferimento da licença responder administrativamente, nos termos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*

*Art. 9º O servidor licenciado obriga-se a:*

*I - prestar anualmente à unidade em que se encontrar lotado ou em exercício, esclarecimentos a respeito das atividades desempenhadas durante o período de licença, em especial sobre as atividades profissionais, mesmo que não remuneradas, por meio do formulário constante do Anexo II.*

*II - comunicar imediatamente à unidade em que se encontrar lotado ou em exercício a superveniência do desempenho de atividades distintas daquelas por ele declaradas quando da concessão da licença, por meio do formulário constante do Anexo III, sob pena de cassação do ato concessório, sem prejuízo das sanções previstas no regime administrativo disciplinar, conforme o caso;*

*III - manter atualizados seus dados cadastrais, especialmente os relativos a endereço residencial, telefone e endereço de correio eletrônico.*

*Art. 14. A licença para tratar de interesses particulares não isenta o servidor dos deveres, impedimentos e vedações previstos no regime administrativo disciplinar, ressalvado o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 117, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*

À vista do acima exposto, de forma genérica e abrangente, pode-se dizer - com apoios

jurisprudencial e doutrinário - que, de imediato ressalvadas pelo próprio legislador as proibições estabelecidas no inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990 (de atuar na gerência ou na administração societária ou de praticar o comércio), as licenças para tratar de interesses particulares, em gênero, não afastam as vinculações estatutárias do servidor, sobretudo aquelas relacionadas a deveres de moralidade e de lealdade com a instituição.

*STF, Recurso Extraordinário nº 180.597: “Ementa: 1. O fato de o servidor encontrar-se licenciado para tratar de assuntos particulares não descaracteriza o seu vínculo jurídico, já que a referida licença somente é concedida a critério da Administração e pelo prazo fixado em lei, podendo, inclusive, ser interrompida, a qualquer tempo, no interesse do serviço ou a pedido do servidor.”*

*STF, Mandado de Segurança nº 23.034: “Ementa: Não é obstáculo à aplicação da pena de demissão, a circunstância de achar-se o servidor em gozo de licença especial.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 6.808: “Ementa: II - A licença para trato de interesses particulares não interrompe o vínculo existente entre o servidor e a Administração, devendo este estar obrigado a respeitar o que lhe impõe a legislação e os princípios da Administração Pública.”*

*“Conquanto afastado do serviço, em virtude do deferimento de licença não remunerada para tratar de assuntos particulares, não se admite que o servidor, todavia, desempenhe atividade absolutamente incompatível com o cargo que ainda ocupa junto à Administração Pública e do qual apenas está temporariamente licenciado (...).*

*65) Servidor em gozo de licença para tratar de assuntos particulares se sujeita ao poder hierárquico da Administração Pública e pode ser demitido em caso de exercício de atividades incompatíveis com o cargo ocupado.” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pgs. 152 e 1063, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Acrescente-se que tal incidência disciplinar independe de os atos cometidos sob afastamento redundarem em dano ao erário ou em remuneração para o agente.

Neste rumo, de forma mais específica, é de se destacar que as exceções previstas no ordenamento para atos que em tese se enquadrariam no inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, não têm o condão de afastar repercussões disciplinares para atos cometidos sob licença ou sob qualquer outra espécie de afastamento e que se enquadrem em outros ilícitos, sobretudo aqueles marcados por conflitos de interesse entre o público e o privado, como é o caso da assessoria tributária em espécie e de diversas situações configuradoras de improbidade administrativa em gênero, nos termos em que se descreverá em **4.7.3.18.6.b** e em **4.7.4.4.5**, conforme a própria Lei cuidou de ressaltar na parte final do inciso II do parágrafo único do seu art. 117.

Encerrando a abordagem específica das licenças, vale destacar, novamente ao amparo da jurisprudência e da doutrina, que o fato de o servidor estar de licença médica não necessariamente o impede de acompanhar o processo disciplinar (sobretudo se a licença médica advém de males meramente físicos, dissociados da capacidade mental). Uma vez que a comissão disciplinar não é legalmente competente para se manifestar sobre questões de saúde, recomenda-se que questione a junta médica oficial se o motivo da licença incapacita ou não o servidor de acompanhar o processo disciplinar. Em caso positivo, não havendo procurador constituído nos autos, recomenda-se a suspensão dos trabalhos (o que não se confunde com suspensão do prazo prescricional).

*STF, Mandado de Segurança nº 22.656: “Ementa: A circunstância de encontrar-se o impetrante no gozo de licença para tratamento de saúde e em vias de aposentar-se por invalidez não constituía óbice à demissão, como não constituiria a própria aposentadoria que, para tanto, estaria sujeita à cassação, na forma do art. 134 da Lei nº 8.112/90.”*

*STF, Mandado de Segurança nº 23.310: “Ementa: IV - O fato de encontrar-se o servidor em gozo de licença médica para tratamento de saúde não constitui óbice à demissão.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 18.163: Ementa: Cabe destacar que a jurisprudência desta Corte já consolidou a orientação de que o fato de o acusado estar em licenças para tratamento de saúde não impede a instauração de Processo Administrativo Disciplinar, nem mesmo a aplicação de pena de demissão.”*

*“Por fim, cumpre-nos assinalar que a licença médica nem sempre representa obstáculo ao acompanhamento do processo administrativo disciplinar pelo servidor, tampouco constitui óbice à demissão. Diante de alegações dessa natureza, cabe à comissão recorrer a junta médica oficial, que indicará se de fato o motivo da licença impossibilita o servidor de acompanhar o feito. A orientação é de que, em caso positivo (servidor não reúne condições de acompanhar o processo), se não houver procurador constituído nos autos, que sejam suspensos os trabalhos da comissão.*

*De se ressaltar que a licença médica, independente de seu motivo, não obstaculiza a aplicação da penalidade que foi precedida de procedimento disciplinar regular, no qual, naturalmente, o servidor acusado teve oportunidade de se defender pessoalmente ou por intermédio de procurador.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 41 e 42, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf> acesso em 07/08/13*

*“56) Servidor em gozo de licença-médica pode responder a processo administrativo disciplinar e ser demitido ao término do feito, independentemente da cessação do afastamento por motivo de saúde.” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pgs. 1059 e 1060, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Em suma, todo o acima exposto ao longo deste tópico firma o entendimento de que férias, licenças e demais afastamentos, em princípio, não elidem as vinculações do servidor com a Administração, sobretudo em termos de deveres, proibições, impedimentos e, em especial, de conflito de interesses, de imediato ressalvada a expressa exceção de se verem afastadas as vedações do inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, para o caso específico de licença para tratar de interesses particulares. Ademais, se assim não fosse, ou seja, se férias, licenças e demais afastamentos, de plano, tivessem o condão de interromper as vinculações estatutárias do cargo, não faria sentido o ordenamento ter excepcionado expressamente o inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990. A *contrario sensu*, não existindo letra morta em norma, significa que outras repercussões disciplinares, quando cabíveis, para os demais casos (férias, licenças e outros afastamentos), permanecem válidas.

Tanto é assim que o art. 9º da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013 (a Lei de Conflito de Interesses), determina que os agentes públicos sob sua incidência, em que se incluem todos os servidores em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil (independentemente do cargo ocupado, conforme melhor se abordará em **4.7.3.18.6**), mesmo em gozo de licença ou em afastamento de qualquer espécie, forneçam ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), anualmente, declaração sobre sua situação patrimonial, participações societárias, atividades econômicas ou profissionais e indicação de possível atividade em conflito de interesses por parte de cônjuge, companheiro ou parentes até o terceiro grau e informem à projeção de gestão de pessoas desde o mero recebimento de propostas de trabalho, de contrato ou de negócio com possibilidade de aceitação até o efetivo exercício de atividade privada. Ademais, o mesmo comando legal determina que a projeção de gestão de pessoas informe ao servidor e à CGU a possibilidade de aquela atividade praticada ou objeto de proposta configurar conflito de interesses.

*Lei nº 12.813, de 2013 - Art. 9º Os agentes públicos mencionados no art. 2º desta Lei, inclusive aqueles que se encontram em gozo de licença ou em período de afastamento, deverão:*

*I - enviar à Comissão de Ética Pública ou à Controladoria-Geral da União, conforme o caso, anualmente, declaração com informações sobre situação patrimonial, participações societárias, atividades econômicas ou profissionais e indicação sobre a existência de cônjuge, companheiro ou parente, por consanguinidade ou afinidade, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, no exercício de atividades que possam suscitar conflito de interesses; e*

*II - comunicar por escrito à Comissão de Ética Pública ou à unidade de recursos humanos do órgão ou entidade respectivo, conforme o caso, o exercício de atividade privada ou o recebimento de propostas de trabalho que pretende aceitar, contrato ou negócio no setor privado, ainda que não vedadas pelas normas vigentes, estendendo-se esta obrigação ao período a que se refere o inciso II do art. 6º.*

*Parágrafo único. As unidades de recursos humanos, ao receber a comunicação de exercício de atividade privada ou de recebimento de propostas de trabalho, contrato ou negócio no setor privado, deverão informar ao servidor e à Controladoria-Geral da União as situações que suscitem potencial conflito de interesses entre a atividade pública e a atividade privada do agente.*

### **3.3 - OUTRAS FONTES ALÉM DA LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990, E DEMAIS ELEMENTOS INFORMADORES DO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

Abstraindo-se do rigor formal com que a ciência jurídica define as chamadas fontes de Direito (como os processos ou meios em razão dos quais as normas ou regras jurídicas são produzidas e se positivam com vigência e eficácia, neles abarcando não só o modo analítico da formação e da elaboração em si da norma ou regra obrigatória mas também o fenômeno histórico e filosófico-social que dá origem a esta construção procedimental e que a antecede), ao longo do presente texto, se emprestará um emprego mais amplo àquela expressão.

Não se nega e muito menos se desconhece que a teoria dogmática costuma abarcar no conceito, além da legislação, como a principal (também chamada de direta ou primária) dentre todas as fontes, também, como fontes de menores graus de hierarquia e objetividade (chamadas de fontes subsidiárias, indiretas ou secundárias), os usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional e ainda, por fim, os atos negociais de particulares.

O conceito amplo de legislação que aqui se emprega como fonte principal de Direito contempla desde normas de maior grau de hierarquia e de objetividade, pois possuem o poder de criar, extinguir ou modificar direitos, tais como o texto constitucional originário e suas emendas; as leis complementares ou ordinárias; os tratados, acordos ou convenções internacionais; os códigos; as consolidações; e as medidas provisórias, até exemplos de normas ou atos regulamentadores, que, adstritos às primeiras, apenas as interpretam e as fazem aplicar, tais como os decretos; os regulamentos, os regimentos e demais atos normativos complementares expedidos por autoridades administrativas, em que se incluem as portarias, circulares, ordens de serviço, aviso e as instruções, notas técnicas, orientações ou pareceres normativos; e as decisões de órgãos administrativos singulares ou colegiados, conforme se detalhará nos próximos tópicos.

Os usos e os costumes refletem a reiteração constante de uma determinada prática ou conduta tida como obrigatória ou pelo menos considerada aceita pelo Direito, sendo uma das formas aceitas no ordenamento pátrio para integração de lacunas, conforme preveem o art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB) e a doutrina. Conceitualmente, podem ser enumeradas três espécies de costumes, no que diz

respeito a seu conteúdo: *praeter legem*, quando atuam supletivamente ao texto legal; *secundum legem*, quando atuam de forma interpretativa em relação ao texto legal; e, por fim, *contra legem*, quando entram em conflito com texto legal. Todavia, apenas as duas primeiras espécies são aceitas no sistema jurídico pátrio, vez que, de acordo com o art. 2º do citado Decreto-Lei, apenas uma lei pode revogar outra, não se admitindo que costumes (e nem mesmo o decurso do tempo em relação a uma lei em desuso) cancelem a vigência ou retirem a eficácia de lei. Então, se costumes não revogam leis e se apenas leis definem crime e cominam pena, de um lado, não se aceitam caracterização de crime e sancionamento em decorrência de costume; por outro lado, embora também não se aceite a abolição de um crime sob clamor de costumes, não se nega que os costumes (bem como as praxes administrativas) podem atuar como reforço em causas excludentes de antijuridicidade ou de culpabilidade (não fere o princípio da reserva legal, operante em instância material penal, afirmar que uma exclusão de antijuridicidade ou de culpabilidade pode não ter expressa previsão legal).

*LINDB - Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.*

*§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.*

*§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.*

*§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.*

*Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*

*“As praxes administrativas configuram a cristalinização da atividade reiterada e uniforme da Administração no tratamento e na solução de determinados casos.*

*Embora haja divergências entre os doutrinadores sobre a validade das praxes administrativas como fonte do direito, desposamos o entendimento de que elas, nos casos em que forem silentes as leis, podem prestar valioso auxílio ao Direito Processual Disciplinar.*

*As praxes, conquanto não se confundam, em sentido rigorosamente científico, com os costumes, devem, no nosso entender, ter a mesma receptividade conferida a estes.*

*De conformidade com a Lei de Introdução ao Código Civil, os costumes são fontes secundárias do direito (art. 4º).”, José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 47, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Já a jurisprudência reflete a forma reiterada de o Poder Judiciário dizer do Direito acerca de determinado tema, conforme se detalhará em **3.3.8**. Por último, com baixo grau de certeza e de segurança, mencionam-se ainda as fontes negociais, oriundas de manifestações de vontades particulares em contratos, aqui citadas apenas para esgotar a conceituação, visto não se adequarem ao ramo de Direito público em tela.

A teoria explica, portanto, que as fontes formam uma concepção sistemática e hierarquizada de centros emanadores e positivadores do Direito, que se manifestam por meio dos respectivos atos, com decrescentes forças de impositividade, desde as fontes legislativas até as fontes consuetudinárias e jurisprudenciais e por fim as negociais (normas, costumes, sentenças e até contratos, que aqui serão desprezados).

Não obstante, dentre os objetivos específicos do presente texto, com licença ao mesmo tempo simplificadora e extensiva de terminologia, a palavra “fonte” será empregada abarcando, além daquela conceituação tradicional acima, também um conjunto de regras estruturais que, mesmo não figurando como elementos emanadores em sentido estrito do Direito, integram a razão jurídica e agregam uma forma de coesão global ao sistema e ao

ordenamento jurídico e conferem-lhe a necessária imperatividade. Nestas regras estruturais inserem-se, dentre o que pode ser relevante para o presente texto, os princípios jurídicos, que, desde os mais gerais até os de aplicação mais específica, alcançam grande importância e relevância na matéria jurídica, e, por fim, a doutrina, figurando esta como o elemento informador de menor grau de hierarquia, de objetividade e de imposição, conforme se detalhará em **3.3.8**.

Quanto aos princípios de Direito, aqui os abordando de uma forma global (tanto aqueles princípios gerais de Direito, aplicáveis em qualquer ramo jurídico, quanto aqueles mais específicos de determinada instância), convém expor uma apresentação introdutória, pois não serão contemplados com um tópico específico neste texto. Sendo, de certa forma, um reflexo da ideia abstrata que se tem do Direito natural (como um conjunto de regramentos universais e derivados da consciência coletiva e da busca da justiça ideal), na verdade, os princípios jurídicos se manifestam e repercutem em distintos ramos da ciência jurídica e nas respectivas normatizações, em todos ou apenas em alguns destes ramos, de diferentes formas e intensidades e atendendo às respectivas peculiaridades. Embora, formalmente, não sejam uma fonte emanadora de Direito, os princípios jurídicos encontram-se fortemente enraizados e indissociadamente refletidos nas fontes normativas de cada instância de Direito, já que tanto melhor será uma normatização quanto mais ela conseguir refletir os valores adotados como princípios desde sua construção natural.

Em virtude da extremada relevância que os princípios jurídicos assumem nas correspondentes instâncias de Direito - já que é neles que, em suma, reside o caráter obrigatório de todo o ordenamento -, as fontes normativas do Direito Administrativo Disciplinar serão aqui descritas basicamente com a apresentação dos princípios que respectivamente as informam, também como meio de se enfatizar a necessária percepção do quanto devem ser compreendidos como complementares e indissociáveis o Direito positivado (a fonte normativa) e a base principiológica que o informa, seja integrando-o, seja interpretando-o. Destaque-se que esta maneira simplista aqui adotada para expor o tema (apresentando os princípios jurídicos não em tópico específico, mas sim diluídos à medida que se apresentam as fontes normativas) em nada se confunde em restringir o entendimento da validade dos princípios jurídicos àqueles expressamente positivados em norma, sendo certo que, além destes, também gozam da mesma relevância e valor os princípios (sobretudo os chamados princípios gerais de Direito) que permanecem sem posituação legal. De se ratificar que os princípios compõem o ordenamento, ainda que se voltem a contextos generalistas e indefinidos e não prevejam repercussões, diferentemente de normas positivadas, que disciplinam especificamente um contorno fático hipotético e, como regra, preveem uma consequência para esta hipótese (uma sanção para a inobservância do disciplinamento estabelecido).

Como parêntese nesta introdução aos princípios jurídicos, acerca das duas ferramentas hermenêuticas acima mencionadas, cabe esclarecer que, enquanto a interpretação é a atividade lógica por meio da qual o intérprete busca o significado de uma norma, a integração é o recurso a que ele se obriga, diante de determinada situação a ser regulada, com o fim de suprir uma lacuna no ordenamento. Na primeira, a norma existe, porém sua correta aplicação em determinado caso concreto exige que se determine seu exato significado dentro do sistema jurídico em que se situa; na segunda, a norma não existe e, para a resolução de determinado caso concreto, exige-se um processo criador, delimitado ao sistema jurídico preexistente, para suprir a lacuna.

Por um lado, mesmo não se tendo aqui intenção de aprofundar o tema acerca de interpretação (e definir seus diversos métodos, tais como gramatical, histórica, lógica, sistemática ou teleológica - dentre os mais mencionados pela doutrina), convém apenas destacar o mandamento do art. 5º da já mencionada LINDB, que, de certa forma, impõe a atenção do aplicador do Direito à finalidade com que a norma foi editada, em consonância com o valioso método teleológico de interpretação, bem como à busca do bom Direito em si,

em seu sentido mais próximo do natural, de se fazer justiça, em atendimento ao interesse maior, que é público, em consonância com o inciso I do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regula processualística no âmbito da Administração Pública federal).

*LINDB - Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 2º*

*Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*

*I - atuação conforme a lei e o Direito;*

Por outro lado, voltando-se a atenção para a ferramenta da integração, atesta-se que há expressa previsão, no ordenamento pátrio, da competência para o aplicador do Direito formular aquele mencionado processo criador diante de lacuna legislativa, já que assim prevê o já mencionado art. 4º da LINDB e na mesma linha também refletiu o *caput* do art. 140 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC). Amolda-se perfeitamente à presente exposição o comando do art. 375 do mesmo CPC, que autoriza que o julgador se permeie, no ato de decidir, por sua experiência e por sua observação comum dos fatos e fenômenos da vida humana.

*CPC - Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.*

*Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.*

Com o devido amparo legal, já se tendo posicionado os usos e costumes como fonte de Direito e se afirmando que, em instância de Direito público punitivo, como é o Direito Administrativo Disciplinar, na mesma linha adotada pela instância penal, o emprego eventual e excepcional da analogia deve ser visto com imensa cautela (a menos que seja em favor da defesa, na analogia *in bonam partem*, jamais se aplicando, em sentido oposto, a chamada analogia *in malam partem*), resta aqui abordar os princípios jurídicos. Ratifique-se, antes, que os dispositivos legais não impõem uma ordem consecutiva de decrescente prioridade para emprego daquelas ferramentas de integração, podendo a questão ser resolvida, por exemplo, com a imediata aplicação de princípios gerais de Direito.

Iniciando-se pelos chamados princípios gerais de Direito, tem-se que, diante da inegável incapacidade de a positivação cobrir todo o espectro de relações e experiências humanas que podem vir a requerer a tutela do Direito, estes enunciados genéricos, que se refletem na compreensão de todo o ordenamento, assumem destacada importância por atuarem em qualquer instância jurídica. Assim, independentemente de constarem ou não de textos legais, destacam-se princípios gerais tais como os que rezam a intangibilidade dos valores da pessoa humana; a boa-fé como pressuposto da conduta jurídica; a proibição do locupletamento sem causa seja por quem for (Administração, servidor ou particular); a proibição do autofavorecimento de quem quer que seja com sua própria torpeza (com a consequente vedação da assunção de comportamentos contraditórios entre si por uma parte em processo); os poderes implícitos de se dispor dos meios para se concretizarem os fins exigidos; a competência para fazer menos de quem pode mais; a impossibilidade de as convenções particulares derogarem normas de ordem pública; a necessidade de processo conduzido por ente oficial para sanção de qualquer natureza; a irretroatividade da lei para proteção de direitos adquiridos; o ônus da prova de quem alega; o *in dubio pro reo* e o *favor rei* em casos de dúvida; o *non bis in idem*; a regularidade do exercício do próprio direito que não prejudica ninguém, dentre outros.

Avançando no tema, independentemente de gozarem de aplicabilidade geral ou específica a determinados ramos jurídicos, tem-se que os princípios não são meras diretivas

morais ou declarações de intenção; ao contrário, informam, interpretam e, sobretudo, integram o Direito, mesmo aqueles não normatizados. Embora possam advir de origens sociais e éticas, os princípios jurídicos são elementos componentes do Direito e até podem, inclusive, alcançar o patamar de fontes quando são consagrados na normatização ou na jurisprudência (o que, todavia, jamais lhes retira a essência de serem princípios). Eles fornecem ao aplicador uma visão sistêmica do ordenamento, interpretando seu sentido ou integrando suas lacunas. Diante de situações que aparentemente comportam mais de uma decisão legalmente aceitável ou que aparenta não ter nenhuma solução cabível, o emprego adequado dos princípios certamente propiciará ao aplicador a conduta correta ou, ao menos, excluirá as condutas incompatíveis.

Uma vez que os princípios jurídicos (gerais ou específicos) refletem os mais altos valores abstratos adotados pelo grupamento social, eles se inserem na percepção abstrata que pode se ter de Direito natural e de sentimento social de justiça. Em decorrência, sob ótica ideal, a positivação em normas que regula o contexto jurídico deve buscar, ao máximo possível, fazer refletir no ordenamento vinculante aquelas premissas e aqueles fortes axiomas espontaneamente adotados pelo corpo social e que refletem sua vontade, sendo certo que, independentemente da expressa positivação dos princípios em normas, o ordenamento sempre deve ser compreendido aprioristicamente impregnado dos valores por eles estabelecidos. Daí, como os princípios direcionam e informam a elaboração das normas reguladoras, em determinadas situações, pode se revelar muito mais afrontoso ao Direito não observar um princípio do que descumprir uma norma positivada. Como tal, conforme também entende a doutrina, um processo conduzido com inobservância de princípios reitores pode vir a ser objeto de crítica por nulidade.

*“Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”, Celso Antônio Bandeira de Melo, “Curso de Direito Administrativo”, pg. 943, Malheiros Editores, 25ª edição, 2008*

*“Não obstante, destaque-se que os princípios jurídicos são bem mais importantes do que as normas escritas, razão por que é bastante correto dizer que se afronta muito mais o direito quando se desacata um dos seus princípios do que quando se desatende a uma de suas normas textuais, posto que uma regra expressa contém apenas uma diretiva, enquanto que um princípio encerra um conteúdo informador e formador de várias normas.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 47, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Além deste aspecto de transcenderem os limites jurídicos, vez que o processo de criação normativa deve se inspirar nesta robusta base conceitual espontaneamente adotada pelo grupamento social e que o conseqüente ordenamento deve espelhá-la, tem-se ainda que os princípios jurídicos, independentemente de advirem do texto constitucional, de lei, da construção doutrinária ou mesmo do Direito natural, formam um conjunto de ferramentas que refletem a excelência do salutar jogo de pesos e contrapesos em que deve se apoiar o Direito. Os princípios são mandamentos que dinamicamente se intercomunicam, seja por vezes para se reforçarem mutuamente, seja por vezes para que um atue como delimitador de outro. Nenhum princípio pode ser compreendido de forma isolada e muito menos empregado de forma estanque e dissociada, em detrimento de toda a base principiológica da instância de Direito em questão, como se prevalecesse de forma absoluta sobre os demais, não comportando freios em seu emprego. Devido ao alto grau de abstração que os caracteriza, é possível que haja colisões entre os princípios aplicáveis a uma mesma situação fática, ou seja, que dois ou mais princípios, passíveis de subsidiar determinada decisão, conduzam o caso a soluções diametralmente opostas.

Ao contrário, o aplicador do Direito deve ter inequívoca percepção de que princípios formam um conjunto dinâmico de forças que se amoldam e se delimitam. Os princípios mutuamente se tocam, se tangenciam e se delimitam por meio de fronteiras dinâmicas e flexíveis, que, por vezes, levam à extensão de um princípio em detrimento da compressão de outro ou vice e versa. A desapaixonada apropriação da rica ferramenta jurídica que são os princípios demonstra que nada impede que, por um lado, o aplicador entenda que dois ou mais princípios que se tangenciam, em um determinado caso concreto, atuem dinamicamente em mesmo sentido, se reforçando e se realimentando mutuamente; e que, por outro lado, não incorre em nenhuma contradição este mesmo aplicador que, diante de outro conjunto fático, julgue que aqueles mesmos princípios outrora tidos como consentâneos reforçadores de determinada tese agora se repelem, devendo, neste caso, optar pelo princípio de maior relevância para as peculiaridades do caso concreto.

Sendo assim, deve o aplicador do Direito, diante tão somente do caso concreto, ponderar os enunciados principiológicos de modo a eleger, em detrimento de outros, aqueles que proporcionem a decisão que mais coaduna com a finalidade e o interesse públicos, com eficácia, justiça e aplicabilidade, preservando, porém, a validade e a vigência de todos os princípios suscitados.

A existência deste indispensável ajuste e desta conformação dinâmica entre os princípios é inquestionável, porém impossível de se modelar ou descrever de forma exaustiva, visto que o jogo de forças muda de acordo com cada situação, de forma que somente o caso concreto indica as necessárias delimitações no emprego dos princípios que nele cabem. Este efeito dinâmico se fará claro sobretudo ao se abordar o princípio da convivência das liberdades, em **3.3.1.9**.

Feita esta introdução, sintetiza-se que, no escopo e de acordo com os objetivos deste texto, aqui se mencionarão como fontes, além do que sabidamente assim trata a teoria dogmática tradicional, todos os elementos que devem (nos casos específicos de normas ou regras obrigatórias) ou que podem (nos demais casos, para os elementos tidos com meramente referenciais e não vinculantes) ser considerados como informadores do Direito e do entendimento ao aplicador, aí incluindo, conforme explanado acima, até mesmo ferramentas hermenêuticas de integração, que são os princípios jurídicos.

Não obstante, reconhece-se que não é objetivo deste texto esgotar a análise das fontes de Direito, das ferramentas hermenêuticas de interpretação e de integração e dos princípios e muito menos buscar todas as suas respectivas aplicabilidades na íntegra da matéria jurídica. Sabe-se, por exemplo, que há muitos outros princípios que podem ser doutrinariamente considerados como informadores do Direito Administrativo Disciplinar, não obstante ter-se aqui optado por limitar a apresentação dos mais relevantes. Para o esgotamento de tais temas, dispõe-se de fartas doutrinas especializadas, às quais se remete. Aqui, mais do que aplicação geral, importa tentar trazer à tona a repercussão daqueles conceitos e sobretudo dos princípios jurídicos especificamente nas atividades da condução do processo disciplinar (em que, em regra, a comissão configura-se na própria Administração, ao lado das autoridades competentes para intervir, na instauração e no julgamento) e também no que diz respeito a institutos do regime disciplinar. Portanto, para o enfoque concentrado que aqui interessa, ao se mencionar “Administração”, em regra, está se referindo à comissão e às autoridades intervenientes, instauradora e julgadora.

Neste enfoque adaptado aos presentes objetivos, a mais rica e completa fonte do processo disciplinar é, obviamente, o rito definido na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. No entanto, uma vez que todo o presente texto se dedica a discorrer sobre a matéria disciplinar daquela Lei, não faz sentido criar aqui um tópico específico para abordá-la como fonte, já que todos os seus regramentos e institutos serão apresentados, com detalhes e diluidamente ao longo do presente texto.

Dito isto, apresentam-se a seguir as demais fontes normativas, em ordem decrescente

de impositividade, desde o texto constitucional, passando pelas leis de aplicação subsidiária à Lei nº 8.112, de 1990, até manifestações administrativas vinculantes e manifestações jurisprudenciais e doutrinárias de mera referência - fontes estas também reconhecidas pela doutrina. Antes, destaque-se que a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (a chamada Lei de Improbidade Administrativa), que figura como uma importante fonte legal do Direito Administrativo Disciplinar em termos de conceituação material de atos de improbidade administrativa, por não possuir aplicação na instância procedimental disciplinar, não será aqui abordada e terá, neste texto, sua aplicação detalhada em **4.7.4.4.1**, quando se apresentará a definição material daquela espécie de ilícito.

*“São fontes originárias do processo disciplinar a Constituição Federal, os estatutos dos servidores públicos e as normas de organização de entidades como empresas públicas e sociedades de economia mista. As lacunas são seguidas pela Lei do Processo Administrativo (na área federal, Lei nº 9.784/99), pela analogia dentro do Direito Administrativo, pelos princípios que regulam o processo disciplinar e o Direito Administrativo, pelas normas e princípios do Direito Penal e Processual Penal, pelo Código de Processo Civil - matriz de todos os processos - e pelos princípios gerais do direito.” Léo da Silva Alves, “Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas”, pg. 33, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005*

Conforme afirmado acima, a exposição das fontes normativas se fará calcada precipuamente nos princípios nelas previstos. Diante da conhecida hierarquização das fontes normativas, é comum que princípios de natureza constitucional se reflitam nas leis ordinárias, bem como é comum que princípios encartados em leis de regulamentações mais gerais também estejam previstos em leis mais específicas. Para se evitar desnecessária repetição da conceituação de determinados princípios, tais enunciados serão aqui apresentados sempre somente à luz da norma de maior hierarquia que os reflete. Assim, se determinado princípio se encontra encartado tanto na Constituição Federal (CF) quanto na Lei nº 9.784, de 1999, no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) e no CPC, ele será aqui abordado apenas quando se mencionarem os princípios da CF; se determinado princípio se vê refletido tanto na Lei nº 9.784, de 1999, quanto no CPP e no CPC, ele será aqui abordado apenas quando se mencionarem os princípios daquela Lei; e se determinado princípio se vê refletido tanto no CPP quanto no CPC, ele será aqui abordado apenas quando se mencionarem os princípios do CPP.

### **3.3.1 - Constituição Federal e Seus Princípios**

A Constituição Federal (CF), como base de todo o ordenamento jurídico, indubitavelmente, é a fonte de maior grau de hierarquia em qualquer manifestação da ciência jurídica. E a remissão a preceitos constitucionais se faz especialmente necessária no Direito Administrativo Disciplinar. Tratando-se de matéria de natureza punitiva, o Estado Democrático de Direito requer limitação ao poder estatal punitivo, sendo certo que, além dos dispositivos específicos referentes aos servidores e à Administração, os princípios constitucionais asseguradores de garantias fundamentais para toda a sociedade também em muito permeiam a matéria em questão.

Como preceitos constitucionais básicos, aplicáveis no regime e no processo disciplinares, destacam-se os dispositivos dos arts. 5º, 37 e 41 da CF, referentes a direitos e garantias individuais e coletivos, princípios reitores da Administração e servidores públicos civis. Enquanto alguns destes preceitos se aplicam de forma indistinta em qualquer momento em que se cogite do tema disciplinar, outros possuem aplicação mais especificamente localizada.

Desta forma, sem prejuízo de menções pontuais e diluídas ao longo deste texto para dispositivos que se aplicam especificamente aos servidores e para outros dispositivos que

repercutem em determinados atos ou momentos da instrução probatória do processo disciplinar (tais como, em lista exemplificativa, a questão do anonimato; a estabilidade do servidor; os direitos à preservação da intimidade, da privacidade e dos sigilos fiscal e bancário; o princípio da convivência ou da relatividade das liberdades; a inaceitação de provas ilícitas; a inviolabilidade da comunicação telefônica; o direito de o acusado não fazer prova contra si mesmo e de se manter calado; o caráter intransferivelmente pessoal da pena e a individualização da responsabilização; a vedação à acumulação de cargos; a competência para aplicação de penas; e o controle externo dos atos administrativos, dentre outros), conforme já se havia introduzido em **3.3**, a apresentação de mandamentos constitucionais de interesse tanto substancial quanto processual aqui se calará nos princípios encartados na CF que repercutem indistintamente em todo o processo ou que permeiam o próprio Direito material disciplinar.

Na esteira, uma vez que protegem toda a sociedade em geral, no que se incluem, por óbvio, os servidores, inicialmente serão apresentados alguns princípios de suprema importância refletidos em alguns incisos do art. 5º da CF (do devido processo legal e seus corolários da ampla defesa e do contraditório). Na sequência, também se apresentarão os cinco princípios reitores da Administração Pública, positivados no *caput* do art. 37 da CF (a saber, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), uma vez que, como são aplicáveis a todas as atividades administrativas em geral, também operam no Direito Administrativo Disciplinar e ao longo de todo o processo disciplinar. Destaque-se a necessária ponderação dinâmica, inclusive sem excepcionar a forma como devem ser compreendidos princípios fundamentais constitucionais, já abordada em **3.3**.

*CF - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...) (Redação dada pela Emenda Constitucional - EC nº 19, de 14 de junho de 1998)*

### **3.3.1.1 - Princípio do Devido Processo Legal**

Como direta consequência desta assertiva de natureza constitucional, apresenta-se a exigência do devido processo legal (*due process of law*), com as garantias de ampla defesa e contraditório. Não se admite no atual ordenamento a aplicação de penalidade a servidor de forma discricionária, sem se seguir o rito legal de apuração. No caso, obrigatoriamente segue-se o rito da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, aqui já mencionada como a mais rica e completa fonte do regime e do processo disciplinares - sem prejuízo de, conforme se abordará em **3.3.2** e **3.3.3**, em caso de lacuna do Estatuto, com o fim de se integrar o devido processo legal, se aplicar subsidiariamente a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regula processualística no âmbito da Administração Pública federal), e, excepcionalmente, na falta de dispositivos aplicáveis nas leis anteriores, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), seguindo esta ordem de decrescente afinidade.

O princípio do devido processo legal, consagrado no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal (CF) e na jurisprudência, ostenta tamanha envergadura como um preceito indisponível de garantia que não cabe à Administração mitigar as procedimentalizações estabelecidas em homenagem a qualquer ganho em agilidade, nem mesmo se a desatenção ao rito legal for pedido da defesa.

*CF - Art. 5º*

*LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*

*STF, Agravo de Instrumento nº 241.201: “Ementa: (...) O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal - que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos - exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos.”*

A cláusula do devido processo legal repercute tanto em aspecto formal quanto material; ou seja, o processo deve não só obedecer às formalidades e ao rito previstos em lei como também deve conter decisões razoáveis e proporcionais. Desta forma, como pré-requisito inafastável para qualquer grau de responsabilização disciplinar, deve-se assegurar ao acusado a observância de um rito procedimental previsto na legislação para, se for o caso, ao final, decidir-se pela aplicação de penalidade, ainda que a de menor gravidade, como é a advertência. Não se cogitando, no atual contexto jurídico e constitucional, de emprego da afastada verdade sabida, a necessária busca da verdade material somente se amolda ao ordenamento em vigência caso se instrumentalize nos termos do devido processo legal estabelecido pelos arts. 143 a 182 da Lei nº 8.112, de 1990.

Esse rito deve permitir ao acusado ser notificado, a fim de poder se manifestar, ter acesso aos autos, produzir provas em igualdade de condições com a comissão, não ser processado com base em provas ilícitas, apresentar sua defesa, ter decisão motivada e razoável e ainda ter assegurada a possibilidade de recorrer da decisão. Destaca-se a inserção do direito à produção de prova neste primado do devido processo legal: o direito do polo passivo produzir suas próprias provas ou postular por sua produção reflete-se na concretização do devido rito constitucionalmente assegurado. Decorre ainda do devido processo legal a garantia da não autoincriminação: o acusado não é obrigado a fazer prova contra si mesmo.

Na verdade, como se pode extrair da explanação acima, o princípio do devido processo legal embute em sua essência quase todos os demais princípios garantidores da correta atuação estatal e das prerrogativas da defesa, podendo se dizer que estes daquele se ramificam. Compreende-se que os princípios constitucionais asseguradores de garantias fundamentais, no que se refere ao polo passivo processual, fortemente se interligam e mutuamente se reforçam, mitigando, por vezes, a precisa fronteira entre um e outro, tamanha a intensidade com que se associam.

### **3.3.1.2 - Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório**

Com o atual ordenamento constitucional, não há mais dúvida ou discussão de que, nas apurações disciplinares, mesmo se tratando de instância administrativa, como decorrências do devido processo legal, bastando que haja litígio de interesses, aplicam-se a este rito da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, as garantias individuais do contraditório e da ampla defesa, estampadas no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal (CF).

*CF - Art. 5º*

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

O ordenamento anterior, constitucional (de 1946 e depois de 1967) e estatutário (a Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, o então Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - EF), garantia os direitos à ampla defesa e ao contraditório, de forma expressa, apenas no processo judicial. Em instância administrativa, o único rito previsto era o do processo administrativo disciplinar (PAD) em sentido estrito, garantido expressamente apenas para aplicação de penalidades mais graves (suspensão de mais de trinta dias e penas capitais) e, mesmo assim, sem participação contraditória do acusado no curso da instrução, assegurada apenas a apresentação de defesa ao final dos atos instrucionais. Ou seja, além do atendimento parcial do direito à ampla defesa e do total desatendimento do princípio do contraditório, a *contrario sensu*, em tese, atendo-se somente à fria literalidade daquela Lei, havia espaço para se interpretar a favor da aplicação de penas brandas (até a suspensão de trinta dias) de forma discricionária, sem o rito do devido processo legal.

Corrigindo então as lacunas do antigo ordenamento, além de a atual CF ter estendido expressamente os direitos à ampla defesa e ao contraditório à instância administrativa disciplinar, a Lei nº 8.112, de 1990, estabeleceu o devido processo legal para aplicação de qualquer pena administrativa.

Em termos de processo disciplinar, a garantia constitucional da ampla defesa proporciona ao acusado, pessoalmente ou, a seu critério, por meio de procurador, os direitos gratuitos, perante a Administração e por ela respeitados, de lançar mão de todos os meios de defesa admissíveis em direito, não lhe sendo vedada, obstruída ou inibida nenhuma forma de tentar fazer prevalecer suas teses e argumentações.

Sob ótica mais detalhada e ramificada, a garantia da ampla defesa também pode ser compreendida como direitos a serem garantidos ao acusado e que se manifestam em inúmeros momentos processuais, tais como: ser notificado da existência do processo (verdadeira cláusula inicial da ampla defesa, pois ninguém pode se defender se antes não souber que existe, contra si, uma acusação), ter acesso aos autos, participar da formação de provas e ver as provas e alegações que apresenta ou formula serem apreciadas, ter a faculdade de se manifestar por último, ter defesa escrita analisada antes da decisão, ser alvo de julgamento fundamentado e motivado e dele ter ciência (como pré-condição para poder exercer o direito de recorrer). Ainda, como corolário da ampla defesa, tem-se a presunção de inocência do servidor até o julgamento do processo, com o ônus de provar a responsabilização a cargo da Administração.

Infraconstitucionalmente, o princípio da ampla defesa, além do parágrafo único do art. 116, do *caput* do art. 143, do art. 153 e do *caput* do art. 156, todos da Lei nº 8.112, de 1990, também se encontra positivado no *caput* e no inciso X do § 2º do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regula processualística no âmbito da Administração Pública federal).

Por sua vez, a garantia constitucional do contraditório significa para o acusado ter o direito de se contrapor a cada ato realizado pela comissão ou de dar-lhe a versão que condiz com seus interesses de defesa ou de, para cada ato, construir a sua própria tese ou entendimento jurídico que entenda cabível. O princípio se concretiza com a oferta da ciência das provas juntadas aos autos e com a garantia de poder contestá-las de imediato, caso deseje, estabelecendo uma relação bilateral, não necessariamente antagônica, mas sim preferencialmente colaboradora com a elucidação da verdade. Por outro lado, o contraditório se satisfaz apenas com a oferta, com a faculdade, com a prerrogativa que se concede ao interessado em produzir contradita em relação a atos que militem a seu desfavor, não caracterizando afronta ao princípio, se, uma vez devidamente ofertada a oportunidade à parte, ela se omite e não a exercita. Em síntese, o contraditório se concretiza quando o processo

propicia o diálogo. Para isto, é necessário, então, dar ciência ao acusado, como regra geral, com prazo hábil de antecedência de três dias úteis, de atos de produção de provas (diligências, perícias, testemunhos, etc) e decisões prolatadas, conforme se verá em **4.4.3**, a fim de que a parte, caso queira, possa se opor ou dar outra versão ou fornecer interpretação jurídica diversa, conforme também sustenta a doutrina.

*“A diferença parece sutil, mas é fundamental. No contraditório, o acusado procura derrubar a verdade da acusação; na ampla defesa, ele sustenta a verdade dele.” Léo da Silva Alves, “A Prova no Processo Disciplinar”, pg. 23, Editora Lumen Juris, 1ª edição, 2003*

Enfim, não basta que a comissão colete os elementos de prova que lhe pareçam relevantes para formar sua convicção; o contraditório garante ao acusado a faculdade não só de contra-arrazoar as provas elaboradas pela comissão, como também de produzir suas próprias provas e de ter suas alegações imparcialmente apreciadas e valoradas pela Administração.

Em patamar infraconstitucional, o princípio do contraditório, além do art. 153 e do *caput* do art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990, também se encontra positivado no *caput* do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999.

As garantias da ampla defesa e do contraditório devem ser encaradas pela comissão como a base da condução do processo, pois são os pilares da validade dos atos processuais, da decisão prolatada e de todo o processo em si, independentemente do rito (se processo administrativo disciplinar - PAD em rito ordinário ou sumário ou se sindicância disciplinar). A comissão deve reservar, no curso de todo o apuratório, constante atenção a estes dois direitos, visto que, como regra, no processo disciplinar, sua inobservância é a causa mais comum de nulidade.

Assim se manifestou a Advocacia-Geral da União (AGU), quando o órgão jurídico apreciou os direitos ao contraditório e à ampla defesa, nos seus Pareceres nº GQ-37, 55 e 177, vinculantes, reproduzindo a citação doutrinária que se segue:

*“É por isto que o contraditório não se pode limitar ao oferecimento de oportunidade para produção de provas. É preciso que ele mesmo (o magistrado) avalie se a quantidade de defesa produzida foi satisfatória para a formação do seu convencimento. Portanto, a ampla defesa não é aquela que é satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo. (...) (Celso Ribeiro Bastos, Comentários à Constituição do Brasil, Editora Saraiva, 1989, 2º vol, pg. 267).”*

Nunca é demais ressaltar que o exposto no presente tópico restringe-se a processo disciplinar que contenha em si uma relação de litígio, como é o caso da instância disciplinar, tais como o PAD em *stricto sensu* e a sindicância disciplinar, em que a Administração acusa o servidor, não estando alcançados pelo enunciado constitucional de se garantirem ampla defesa e contraditório a investigados nos ritos meramente investigativos da fase de admissibilidade, tais como a sindicância investigativa, a investigação patrimonial, a sindicância patrimonial e a investigação preliminar.

### **3.3.1.3 - Princípio da Presunção de Inocência**

Embora o texto constitucional relacione o princípio da presunção da inocência à instância penal, diante das inquestionáveis afinidades deste ramo jurídico com o Direito Administrativo Disciplinar, sendo ambas esferas do Direito público punitivo, também aqui se demonstra relevante esta garantia fundamental, positivada no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal (CF).

*CF - Art. 5º*

*LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença*

*penal condenatória;*

Segundo este primado, se, por um lado, inicialmente, à vista de notícia de suposta irregularidade, cabe à Administração promover, sob manto do princípio do *in dubio pro societate*, a imediata apuração contraditória e, em sequência, movida pelo princípio da oficialidade, promover a exaustiva busca da verdade material, por outro lado, jamais deve se perder de vista que tais competências vinculadas não possuem o condão de afastar a presunção de que, *a priori*, o acusado é inocente.

A decisão de instaurar o processo disciplinar bem como a sua condução de ofício, respectivamente a cargo da autoridade e da comissão, devem ser compreendidas como múnus públicos dos quais não podem se afastar aqueles agentes, mas não devem jamais ser confundidas, nem por eles próprios e nem pelo acusado, com precipitada imputação. Se, por um lado, os agentes competentes para a promoção da apuração devem ter inafastável respeito para a presunção de inocência do acusado, este, por sua vez, por mais inconciliável que isto lhe possa parecer de imediato, deve também manter a convicção de que aqueles atuam vinculadamente por determinação legal e não por ânimo pessoal discricionário de perseguição.

Todos os trabalhos apuratórios devem ser realizados, porque assim o ordenamento determina; mas os agentes públicos condutores dos trabalhos devem encontrar a sintonia entre esgotar as apurações obrigatórias e manter o respeito pela presunção de inocência do acusado, tendo certo que somente poderão - se for o caso - ao final do processo, cogitar de responsabilização se tiverem logrado comprovar nos autos a materialidade e a autoria da infração.

O princípio da presunção da inocência também veda que a Administração imponha ao acusado restrições, gravames ou demais formas de repercussão despropositadas e sem amparo em previsão normativa. Mas, de outro lado, o princípio em tela não pode ser arguído para impedir que a Administração lance mão, regularmente, de excepcionais medidas cautelares, tais como o afastamento preventivo e a vedação à exoneração a pedido e à aposentadoria voluntária (no *caput* do art. 147 e no *caput* do art. 172 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990) e a submissão de remoção e de direitos funcionais a férias, licenças e outros afastamentos que a Administração tenha poderes discricionários para conceder (no inciso I do art. 10 da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014), já que tais medidas não possuem natureza punitiva mas sim meramente acautelatórias do interesse público.

Como corolário do princípio da presunção da inocência, ratifica-se a máxima jurídica de que o ônus da prova incumbe a quem acusa. Assim, no processo disciplinar, cabe à Administração (como regra, na figura da comissão disciplinar) comprovar o teor da acusação que pesa contra o servidor e que motivou a instauração de ofício (o que não se confunde com o ônus do próprio servidor em comprovar as alegações por ele eventualmente apresentadas em sua defesa ou em qualquer outro momento processual).

Caso contrário, na hipótese de, embora esgotada exaustivamente a busca de prova, não se lograr comprovar a responsabilização do infrator - não por comprovada inocência, mas sim por ausência de prova condenatória -, em respeito à presunção de inocência, em lugar daquela atuação inicialmente promovida pela oficialidade e pelo *in dubio pro societate*, opera-se o princípio do *in dubio pro reo*, positivado no inciso VII do art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), desaguando na absolvição.

*CPP - Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:*

*VII - não existir prova suficiente para a condenação. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008))*

O princípio da presunção de inocência pode ser considerado encartado na máxima da interpretação benigna em favor do acusado, também chamada de princípio do *favor rei*,

quando o aplicador do direito punitivo se depara com situação de controvérsia inafastável, comportando conflitantes e antagônicas interpretações de norma. Em tais situações, no confronto entre o poder punitivo estatal e a liberdade e a autonomia da pessoa, a inspiração que se extrai de tal enunciado, em regra, é de que a interpretação deve ser favorável ao acusado.

Embora o ordenamento pátrio não contemple as decisões administrativas com o caráter da definitividade, sendo sempre sujeitas à apreciação do Poder Judiciário, de forma a não se poder aplicar a tais atos a ideia de trânsito em julgado, adapta-se à instância administrativa o mandamento do inciso LVII do art. 5º da CF, voltado literalmente para a instância penal, fazendo com que se presuma inocente o servidor até o julgamento do processo disciplinar. Portanto, na verdade, este princípio se projeta não só sobre as atuações da autoridade instauradora e da comissão, conforme inicialmente exposto, mas também se reflete na atuação da autoridade julgadora do processo disciplinar. Por óbvio, na adaptação deste preceito à instância administrativa, deve-se atentar para o caráter dinâmico da base principiológica, com o que se deve mitigar sua integral aplicação, por força de aqui também operar outro enunciado, que é o que confere a autoexecutoriedade aos atos administrativos, fazendo com que os efeitos de possível responsabilização disciplinar se façam sentir desde a publicação do julgamento, não havendo que se esperar o esgotamento de eventual esfera recursal.

### 3.3.1.4 - Princípio da Legalidade

Iniciando-se a análise dos princípios reitores da Administração elencados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal (CF) pelo princípio da legalidade, primeiramente, se faz necessário iniciar sua abordagem pela interpretação sistemática que se extrai da leitura conjunta daquele dispositivo voltado especificamente à Administração com o enunciado voltado a toda sociedade e encartado no inciso II do art. 5º da CF. Enquanto este mandamento assegura a todos, indistintamente, a prerrogativa de liberdade de somente se obrigarem a fazer o que determina a lei, aquele outro mandamento restringe de forma específica que o agente público somente pode agir nos limites permitidos pela lei.

*CF - Art. 5º*

*II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...) (Redação dada pela Emenda Constitucional - EC nº 19, de 14 de junho de 1998)*

A interpretação que se extrai desta leitura conjunta é de que enquanto o particular não tem poderes ou prerrogativas, mas pode fazer tudo que a lei não proíbe, o agente público tem poderes ou prerrogativas, mas só pode fazer o que a lei expressamente autoriza. De certa forma, pode-se sintetizar que, em regra, entre particulares, vigora a autonomia da vontade, enquanto, em seara pública, a Administração e o agente público têm vontades delimitadas pela lei e pelo interesse público.

Feita esta introdução geral, atentando-se especificamente para a seara pública, enfoca-se que o princípio da legalidade, mencionado no *caput* do art. 37 da CF, exige que os agentes públicos mantenham sua atuação funcional delimitada por previsão legal.

Mas é de se atentar que, para a legítima prática de um ato administrativo, não basta a existência formal de lei a autorizar sua emanção; além disto, deve também ter ocorrido o conjunto fático que a lei estabelece como pré-requisito para a prática do tal ato. O ato administrativo somente pode ser praticado se estiverem atendidas as condições que a lei que o prevê estabelece como necessárias à sua emanção.

Aplicando este princípio no processo disciplinar, em indissociável relação com o princípio do devido processo legal, afirma-se que os agentes públicos competentes para sua condução (autoridade instauradora, comissão e autoridade julgadora) têm sua atuação delimitada pela previsão legal, de forma que todos os atos processuais sejam produzidos da forma prevista em lei (no sentido amplo do termo, de qualquer ato normativo).

Como se tem, no enfoque em questão, o devido processo legal definido nos Títulos IV e V da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, eis que resta limitada margem de discricionariedade na matéria disciplinar, dada a vinculação do procedimento à lei, desde a obrigatoriedade de a autoridade competente instaurar o processo, passando pelo rito apuratório a cargo da comissão e concluindo nas listas exaustivas e associadas de infrações e penalidades administrativas. E, mesmo nos casos em que resta alguma margem discricionária, isto não se confunde com arbitrariedade, visto que o agente público deve adotar a melhor conduta, dentre o conjunto de decisões legalmente aceitáveis, segundo critérios de conveniência e oportunidade para o interesse público.

Na leitura mais extensiva deste princípio, não basta o procedimento seguir os ditames da lei; também é necessário que ele assegure a satisfação das finalidades da lei, conferindo não só legalidade mas também legitimidade ao processo como um todo e ao resultado com ele alcançado. E o termo “lei” deve ser lido de forma extensa, albergando todo o ordenamento, desde a CF, passando pelas leis e decretos, até as normas infralegais, internas do órgão.

Com atenção a este enfoque, de também se buscar legitimidade, atendendo os fins previstos em lei, convém abordar que a legalidade é delimitada por outros princípios caros ao processo, como eficiência, razoabilidade e proporcionalidade. As autoridades intervenientes e os servidores designados para compor comissão não devem ser cegamente submissos à estrita legalidade em situações que atentam contra o bom senso, o senso de justiça e, principalmente, contra o interesse público.

Na busca deste objetivo, tem-se em princípio que a atuação da Administração deve atender à lei; mas, resgatando que o princípio da legalidade requer uma compreensão mais complexa em sua aplicação, sem dúvida, ao mesmo tempo, tem de se cuidar de fazê-lo sem se afastar do bom Direito. O agente público investido da função correcional (seja autoridade instauradora, comissão ou julgador) não pode se abster do bom senso, do senso de justiça e de equilíbrio, da noção concreta dos fatos e das vinculadas repercussões, por força da visão conglobante dos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, também conforme pontua a doutrina.

*“Numa visão mais coerente e equânime do constitucionalismo atual, (...) a garantia individual do princípio da legalidade não restará satisfeita apenas com a circunstância de que as restrições impostas ao cidadão estejam previstas em lei, mas sim que elas sejam proporcionais (...) o princípio constitucional da legalidade deve-se associar ao princípio virtual e inorgânico da proporcionalidade, cuja existência, ainda que não decorra de disposição expressa, encontra-se implícita na concepção material do Direito Constitucional moderno.” José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pg. 59, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

O princípio da legalidade também encontra positividade infraconstitucional no *caput* e no inciso I do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regula processualística no âmbito da Administração Pública federal).

### **3.3.1.4.1 - Atos Administrativos Vinculados e Discricionários, Seus Requisitos de Validade (Competência, Motivo, Conteúdo, Finalidade e Forma) e o Controle Judicial**

Embora em nada se confundam com princípios, mas uma vez que são mencionados em

inúmeras passagens ao longo do presente texto e fortemente se associam ao princípio da legalidade, convém aqui inserir, superficialmente, alguns conceitos referentes aos atos administrativos e seus requisitos de validade, extraídos do Direito Administrativo.

Atos administrativos são os atos jurídicos realizados pela Administração e, como tal, são produzidos sob estrita finalidade pública, em atendimento a lei (compreendida neste tópico em sentido amplo, abarcando também dispositivos normativos infralegais) e sujeitos sempre ao controle judicial. Com esta introdução ao tema, de imediato, ao mesmo tempo em que se demarca a atividade administrativa (por ser regida pela finalidade pública), se diferencia dos atos típicos dos dois demais Poderes (as leis em sentido estrito e as decisões judiciais). Importante destacar que o ato administrativo contém uma declaração de vontade da Administração (não vontade própria do agente, mas sim reflexo direto da vontade da lei e da finalidade pública), no desempenho das prerrogativas do Poder Público, com efeitos jurídicos imediatos, o que o difere de normatização interna, que regula situações abstratas, e do fato administrativo em si, que pode vir a ser a decorrência materializada daquele ato.

Prosseguindo na apresentação conceitual, o ato administrativo apresenta cinco requisitos de validade (também chamados de elementos), que são a competência, o motivo, o objeto, a finalidade e a forma, conforme a seguir se resume.

O requisito da competência exige, para validade do ato administrativo, que o agente que o realiza possua poder legal para tal, concedido em lei ou ainda por decreto (conforme o inciso II do § 1º do art. 61 e o inciso VI do art. 84, ambos da Constituição Federal - CF). A competência é inderrogável, intransferível e improrrogável pela vontade dos agentes públicos ou de terceiros, mas pode ser objeto de delegação ou de avocação (conforme os arts. 11 a 15 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a Lei Geral do Processo Administrativo, que regula processualística no âmbito da Administração Pública federal). O motivo do ato, como seu antecedente, é a situação de fato (circunstâncias, condições ou acontecimentos) ou de direito (dispositivo legal, quando existente) que autoriza ou que determina a sua realização, podendo ou não ser expresso em lei. Destaque-se que a necessidade de existência de um motivo fático ou legal para a realização de determinado ato não se confunde com exigência de sua externalização, que, quando ocorre, é a motivação do ato, de forma que todo ato exige como requisito o motivo mas nem sempre exige-se a sua expressa motivação. Além de competência do agente e de motivo, todo ato requer, como requisito óbvio de existência, um objeto (ou conteúdo), que é próprio efeito jurídico lícito, possível e delimitado que dele se extrai de imediato, criando, extinguindo ou modificando direito ou obrigação, podendo a lei descrever um único ou mais de um objeto para determinado ato.

Assim, se até onde aqui se descreveu, tem-se que um determinado motivo (fático ou de direito) leva a Administração a praticar um ato administrativo de efeito imediato (objeto), complementa-se informando que o requisito da finalidade sucede à prática do ato, exigindo que tal atuação apenas se dê em busca de um resultado de interesse público, que pode ser expresso em lei ou subentendido do ordenamento. A finalidade é o objetivo, sempre de interesse público, que a Administração quer obter com o ato. Por fim, o requisito da forma, para possibilitar os controles interno e externo, indica que o ato deve não só se exteriorizar por meio da forma prevista em lei, a qual, em geral, é a escrita, como também deve ser conduzido pelo procedimento e pelas formalidades legais porventura exigíveis.

A enumeração e a definição dos cinco requisitos de validade dos atos administrativos, além de largamente pacificada na doutrina, também encontra respaldo no Direito pátrio positivado, de válida menção - embora em Lei voltada especificamente ao disciplinamento de ação popular com vista a anular ato lesivo ao patrimônio público (instituto que o inciso LXXII do art. 5º da CF estendeu também para anular atos lesivos à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural), a saber o art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (a chamada Lei da Ação Popular).

*Lei nº 4.717, de 1965 - Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das*

*entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:*

- a) incompetência;*
- b) vício de forma;*
- c) ilegalidade do objeto;*
- d) inexistência dos motivos;*
- e) desvio de finalidade.*

*Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:*

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;*
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;*
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;*
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;*
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.*

Em decorrência da exposição dos requisitos de validade dos atos administrativos, em que se manifestou que alguns deles sempre estão previstos em leis ou normas enquanto outros podem ou não sê-lo, também em estreita atenção ao princípio da legalidade, obriga-se à exposição sucinta do que sejam atos vinculados e atos discricionários da Administração. Uma vez que a Administração dispõe de poderes de supremacia sobre o particular com o fim de exercer sua tutela pública, tais poderes necessitam de regramento como forma de impedir o uso arbitrário do Poder Público.

Um determinado ato administrativo é dito vinculado quando a lei (em sentido amplo) impõe uma única solução possível para uma situação fática em tela, pois estabelece regramentos para todos os requisitos de sua validade, restando limitado grau de liberdade ao agente público na sua efetivação. Uma vez não atendido qualquer dos requisitos legais ou regulamentares, o ato inquina-se de vício de ilegalidade e de consequente nulidade.

Sendo toda a emanção deste tipo de ato integralmente delimitada por lei, cabe ao Poder Judiciário, por um lado, apenas avaliar sua legalidade, ou seja, analisar a conformidade do ato com a lei; mas, por outro lado, o controle judicial se dá sobre todos os requisitos do ato, podendo anulá-lo quando contiver ilegalidade.

Em complemento, um ato administrativo é dito discricionário quando a lei (em sentido amplo) mantém certa margem de liberdade de decisão nas mãos do agente público, permitindo que este adote, dentre todas as soluções cabíveis conforme o Direito, aquela que melhor atende aos critérios de oportunidade e de conveniência da Administração para a situação em tela. A discricionariedade não se confunde com arbítrio, pois os requisitos de competência do agente, de finalidade de interesse público e de forma de acordo com a prevista em lei não se afastam (sobretudo os dois primeiros, podendo, por vezes, ser legalmente permitida mais de uma forma para a realização de um ato). A discricionariedade, em geral, faculta ao agente público a análise de oportunidade e de conveniência acerca apenas dos requisitos de motivo e de objeto, de forma que, nas hipóteses em que a lei assim prevê, o ato discricionário é uma liberdade de atuação legalmente permitida, enquanto o ato arbitrário, que não respeite aos requisitos mínimos exigidos, resta sempre inválido, ilegal e à margem do Direito.

Uma vez que no ato discricionário alguns de seus requisitos de validade encontram definição em lei e outros são deixados, com maior ou menor grau de liberdade, à apreciação da Administração, tal espécie de ato pode ser avaliada pelo Poder Judiciário tanto em termos de legalidade (ou seja, a conformidade com a lei dos requisitos regrados) quanto em termos de mérito (ou seja, a oportunidade e a conveniência, diante do interesse público buscado, na

adoção do motivo e do objeto). No caso do ato discricionário, o controle judicial é possível, mas, em vista da independência e da harmonia dos Poderes, deve ser respeitada a discricionariedade que a lei confere à Administração para adoção de motivo e de objeto do ato, cabendo ao Poder Judiciário analisar os aspectos de legalidade atinentes aos requisitos regrados e analisar se o exercício da discricionariedade nos demais requisitos se ateve ou não aos limites concedidos pela lei (o que, de certa forma, circularmente, mantém a análise em critérios de legalidade), podendo anular o ato inquinado de ilegalidade ou de abuso de poder.

Assim, sob ótica disciplinar, conforme mais detidamente se abordará em **4.10.2.1**, a aplicação do regime disciplinar sobre o servidor é vinculada, não admitindo a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, nenhuma apreciação de conveniência ou oportunidade à autoridade, devendo ser punido o infrator cuja responsabilidade reste comprovada após o rito do processo disciplinar. Não obstante, a citada Lei confere raro espaço de discricionariedade à Administração quando prevê, por exemplo, que as irregularidades enquadradas no seu art. 116 ou nos incisos I a VIII e XIX do seu art. 117 podem ser punidas com advertência ou com suspensão, conforme critérios do seu art. 128.

### ***3.3.1.4.2 - Atributos do Ato Administrativo: as Presunções de Legitimidade e de Veracidade, a Imperatividade e a AutoExecutoriedade***

Complementando o tópico anterior com a apresentação de conceitos que, embora não se confundindo com princípios, são reflexos ao menos indiretos do princípio da legalidade e como tal repercutem no Direito Administrativo Disciplinar, convém mencionar os atributos dos atos administrativos, que os diferem de atos privados (como prerrogativas do Poder Público sobre o particular).

Iniciando-se pelo atributo de maior correlação direta com o princípio da legalidade, tem-se que os atos administrativos gozam de presunções relativas, *juris tantum*, de legitimidade e de veracidade. Em princípio, presumem-se os atos administrativos emitidos em conformidade com a lei e, em decorrência da fé pública, presumem-se como verdadeiros os fatos alegados pela Administração ou as informações por ela prestadas. Em outras palavras, ainda que sejam objeto de arguição de vícios ou de defeitos que os poderiam inquinare de invalidade, os atos administrativos produzem seus efeitos de forma imediata, dispensando prova prévia de sua legitimidade e de sua veracidade. Não obstante, por óbvio, comportam contestação, com ônus da prova a cargo de quem alega a ilegitimidade ou a invalidade. Caso não sejam impugnados e, mesmo que o sejam, até prova em contrário, mediante declaração da própria Administração ou do Poder Judiciário, são válidos e produzem seus efeitos desde sua expedição.

O atributo da imperatividade confere aos atos administrativos de natureza ordinatória, normativa ou punitiva a coercibilidade de sua execução por parte da Administração ou de seu cumprimento pelo administrado, independentemente de sua concordância. Este atributo conjuga os dois outros: os atos administrativos de provimento ou de ordem trazem em si a impositividade porque se assentam no atributo das presunções de legitimidade e de veracidade e porque se amparam na prerrogativa da autoexecutoriedade.

Por fim, segundo o atributo da autoexecutoriedade, como reflexo da harmonia e independência dos Poderes, os atos administrativos, como regra, necessitam tão somente de instrumentos próprios da Administração para serem executáveis, com seus próprios meios coercitivos, dispensando-se interferências de outros Poderes, destacadamente do Poder Judiciário. Obviamente, da mesma forma que no atributo anterior, tal prerrogativa apriorística dos atos administrativos não afasta o direito de o administrado buscar a tutela judicial caso se considere prejudicado em seus interesses em decorrência da atividade estatal.

### 3.3.1.5 - Princípio da Impessoalidade

Este princípio, que, além de ser enumerado no *caput* do art. 37, também é mencionado no *caput* do art. 5º, ambos da Constituição Federal (CF), se manifesta em instância administrativa ordenando que a condução de qualquer rito ou procedimento seja feita pela Administração com imparcialidade e objetividade, culminando em decisão imune a subjetivismos ou particularismos. O processo administrativo contém uma inerente e indissociável desigualdade, já que a própria Administração atua como parte e como autoridade julgadora, cabendo então a seus agentes compensarem tal diferenciação com uma condução dos trabalhos e uma atuação isenta e propiciadora de igualdade de condição.

*CF - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...) (Redação dada pela Emenda Constitucional - EC nº 19, de 14 de junho de 1998)*

A impessoalidade impõe que a Administração, mesmo atuando como parte e como juiz no processo administrativo, conduza os trabalhos e atue de forma a assegurar igualdade de direitos de postulação e de defesa do administrado. Além da impessoalidade na forma de lidar com o administrado com quem trava um diálogo jurídico processual, cabe ainda à Administração cuidar da necessária isonomia de tratamentos, uma vez que não se consente que dois servidores, sob mesmas situações fáticas, obtenham decisões discrepantes por parte da Administração. Em virtude desta submissão à igualdade de todos perante a lei, as partes em instância processual devem ter as mesmas oportunidades para fazerem valer suas razões, merecendo ser tratadas igualmente, na medida de suas igualdades; e desigualmente, na medida de suas desigualdades.

É de se destacar esta ressalva: em instância processual punitiva, não necessariamente a igualdade reside na decisão idêntica e muito menos na aplicação da mesma sanção para a mesma conduta praticada por diferentes autores, mas, sim, com mais precisão, na oferta do mesmo direito e do mesmo conjunto normativo sancionador a cada autor, com idênticas garantias e exigências (o que, em última instância, conduz ao indistinto respeito ao devido processo legal), e sobretudo na ponderação das circunstâncias distintas em que se envolveu cada conduta infracional (que se reflete na atuação imparcial e independente do juiz natural).

Aqui, cabe especial atenção ao processo disciplinar, em que os agentes incumbidos dos trabalhos (autoridade instauradora, comissão e autoridade julgadora) desempenham funções bastante atípicas. Ao mesmo tempo em que é parte persecutória, incumbida da investigação e da apuração, conduzindo a busca de provas e, ao final, acusando, por meio da indicição (quando é o caso), a comissão também, de certa forma, emite um juízo, ao apreciar a defesa e apresentar um relatório conclusivo à autoridade competente, relatório este que, se não é propriamente o julgamento, tem o condão de influenciar nesta última fase se estiver de acordo com as provas dos autos. Na mesma linha, as autoridades intervenientes emitem juízos, seja na decisão de instaurar ou não o procedimento disciplinar, seja ao final, ao julgá-lo. Diferentemente do processo judicial, destacadamente o civil, em que a regra é de o Estado ser provocado a julgar de forma isenta a lide ou a demanda entre duas partes, no processo disciplinar, a Administração age de ofício e simultaneamente como parte e juiz, em desigualdade a ser compensada pela atuação isenta já desde a instrução, conforme se discorrerá em 4.4.1.2.

*“Cumprе ressaltar que essa classificação dada à Administração de parte é mitigada, pois, por mais que figure num dos pólos da demanda disciplinar, a Administração é limitada em sua vontade, sujeitando-se aos ditames da lei,*

*entendendo-se assim, como uma parte que não apresenta interesses pessoais, mas sim abalizados à finalidade pública, representativa, então, para se falar em interesse, da vontade do povo, titular do direito legislar. Deste modo, não pode aparta-se da vontade da lei, dando móveis pessoais ao agir disciplinar, sob pena de desvio de finalidade.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. III, pg. 86, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

Portanto, a impessoalidade também se manifesta no processo disciplinar na necessidade de o agente responsável pela condução a cada fase - em que se destaca a comissão na fase do inquérito administrativo - compreender a sua posição muito específica e de grande responsabilidade e não se fazer prevalecer unilateralmente, em detrimento de também propiciar ao servidor iguais condições de apresentar suas teses e vê-las efetivamente apreciadas. Cabe ao ente estatal agir com independência e imparcialidade, de forma igualmente impessoal, indistintamente de quem esteja no polo passivo, como reflexo da atenção ao primado do juiz natural, que, por fim, atende à garantia constitucionalmente eleita do devido processo legal e que, na processualística disciplinar encontra repouso no *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.*

A comissão, sobretudo, e também as autoridades intervenientes estarão mais próximas da verdade e da finalidade da lei quanto mais encararem o servidor, e assim conduzir o processo disciplinar e nele atuarem, como um colaborador igualmente interessado na elucidação do fato e não como um polo contrário, um inimigo a ser abatido. Mais uma vez, a intercomunicabilidade entre os princípios traz que, se a legalidade exige a impessoal apuração dos fatos, tal apuração deve contrapesar, de um lado, a oficialidade que move a comissão às garantias fundamentais de exercer ampla defesa e contraditório a favor do acusado.

A garantia da preservação do tratamento impessoal e imparcial por parte dos integrantes da comissão e dos demais agentes intervenientes no processo disciplinar (sejam as autoridades instauradora e julgadora, sejam aqueles que participam de algum ato instrucional) em relação ao servidor acusado, além do comando expresso no *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, se sedimenta com a previsão legal dos institutos do impedimento e da suspeição, conforme o *caput* e o § 2º do art. 149 da mesma Lei e os arts. 18 a 20 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regula processualística no âmbito da Administração Pública federal). Por meio destes institutos aferidores da capacidade de atuação imparcial e isenta dos agentes, busca-se o atendimento ao princípio da impessoalidade, evitando tanto o favorecimento quanto a perseguição pessoal.

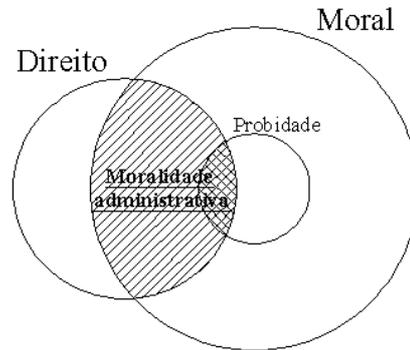
O princípio da impessoalidade também encontra posituação infraconstitucional no inciso III do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999.

### **3.3.1.6 - Princípio da Moralidade**

Embora haja distinção entre valores éticos e a ciência jurídica, jamais os preceitos éticos estiveram completamente dissociados dos institutos de Direito e da posituação das normas. Tal assertiva se tornou ainda mais indiscutível com o atual ordenamento constitucional, em que, de forma inédita, os termos “moral” e “moralidade” ultrapassaram os limites da vida social e foram juridicizados, ao serem contemplados em diversas passagens da Constituição Federal (CF).

É certo então que a atividade estatal encontra-se subordinada a parâmetros ético-jurídicos, tendo como simultâneos pressupostos de validade a submissão não só ao Direito mas também à moral, à vista dos traços distintivos entre licitude e honestidade. Ou seja, para

validade do ato administrativo, exige-se sua regularidade tanto formal quanto ética: não basta atender a lei; o ato que afronta a moral igualmente pode ser anulado pelo Poder Judiciário, por meio dos remédios constitucionais da ação popular ou da ação civil pública, bem como pode acarretar responsabilização do agente público.



Uma vez que a CF, no *caput* do seu art. 37, elencou os princípios da legalidade e da moralidade como autônomos, tem-se que um ato até pode ser legal mas não necessariamente moral (no sentido de justo ou honesto). Advirta-se que, no presente texto, embora se empreguem indistintamente os vocábulos “imoral” e “imoralidade”, tem-se que as afrontas à moralidade contemplam não só o que, em sentido estrito, se chama de imoral (quando a afronta à moral é consciente) mas também de amoral (quando a afronta se dá por postura de indiferença, por ausência de senso moral).

*CF - Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...) (Redação dada pela Emenda Constitucional - EC nº 19, de 14 de junho de 1998)*

Mas esta moral de que aqui se cuida não é a moral comum, imposta ao homem para sua vida externa, mas sim a moral jurídica, imposta ao agente público, em sua conduta interna na instância administrativa. Daí, doutrinariamente, o princípio passa a ser melhor especificado como princípio da moralidade administrativa.

Tal princípio impõe ao agente público os deveres de servir à Administração e também aos administrados com honestidade, respeito, boa-fé e imparcialidade, bem como de exercer suas atribuições legais sem se afastar da finalidade da lei e da isonomia, vedando buscar indevido proveito pessoal ou de outrem com abuso de poder. Diante das espécies excesso de poder e desvio de finalidade, depara-se com duas formas de ato abusivo: uma, detectada à mera ilegalidade do ato cometido por agente incompetente; e outra, detectada à imoralidade do ato, em sua parcela discricionária, de forma que o ato imoral pode até ser legal, mas esta legalidade apenas aparente não lhe empresta legitimidade.

Não obstante, à vista do caráter harmônico com que se amparam, se ponderam e se amoldam os princípios, não se pode fazer sobrepor o princípio da moralidade administrativa aos demais princípios, como, por exemplo, fazendo com que preceitos éticos, sociais, culturais, religiosos, políticos, geográficos ou temporais (enfim, valores subjetivos) imponham deveres ou restrições não objetivamente previstos em lei ou que quebrem a isonomia entre as pessoas ou que prejudiquem a publicidade dos atos públicos. Tampouco se cogita que, em nome da moral interna da pessoa, se justifique o descumprimento da norma positivada.

Por um lado, a moralidade administrativa, em síntese, integra a conduta ética na aplicação da lei na margem da discricionariedade, impondo que, além dos critérios de oportunidade e conveniência, os atos administrativos devem ainda contemplar a decisão entre o honesto e o desonesto. O princípio não se aplica de forma antagônica ou divorciada da

legalidade, mas sim atua “dentro da lei”, disciplinando a parcela permitida de discricionariedade na atividade pública, orientando, interpretando e dando coerência ao ordenamento positivado. Enquanto as normas estabelecem exigências, o princípio da moralidade administrativa tem o condão de otimizar o cumprimento destas exigências.

Mas, por outro lado, este é um princípio cuja invocação requer cautela, visto ser um mandamento aberto (por requerer complementação valorativa, obtida da jurisprudência e da doutrina), de difíceis positivação e conceituação. O fato de conceitos éticos e morais terem passado a repercutir juridicamente por meio da CF não autoriza que se considere ilícito jurídico qualquer ato da vida concreta que, em determinado local ou época, possa ser tratado como violação a preceito moral, visto que, concretamente, este é um conceito flexível no meio social, no tempo e no espaço, conforme já dito, influenciado por valores subjetivos. Destaque-se que esta cautela ainda mais fortemente se justifica uma vez que, no extremo, a configuração de dano ao erário ou enriquecimento ilícito ou afronta aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade, com alto grau de ofensividade e dolo, afrontando em particular o núcleo da conduta moral (ou seja, o dever mais específico da probidade administrativa), pode importar em seriíssimas repercussões se for tomada como ato de improbidade administrativa. O ato de improbidade administrativa é considerado como imoralidade administrativa qualificada, ou seja, como uma espécie qualificada do gênero imoralidade administrativa, em decorrência de a conduta imoral ainda acarretar dano ao erário e/ou enriquecimento ilícito.

Decerto, no caso específico da condução do processo disciplinar, restará atendido o princípio da moralidade administrativa se a conduta da comissão for proba, motivada pela imparcialidade de apurar, sem promiscuir-se a favor do acusado e sem levar-se por pessoalidade contrária a ele.

O princípio da moralidade também encontra positivação infraconstitucional no *caput* e no inciso IV do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regula processualística no âmbito da Administração Pública federal).

### **3.3.1.7 - Princípio da Publicidade**

A regra geral para atos administrativos, sejam meramente instrumentais, sejam decisórios, é de serem públicos, salvo quando, excepcionalmente, o interesse público (conceito genérico em que pode se inserir, por exemplo, o sigilo necessário para investigações, quando a divulgação, prévia ou mesmo posterior, de determinado ato público inutiliza ou põe a perder a tutela estatal, em detrimento da segurança da sociedade e do Estado) ou a intimidade, a privacidade ou a imagem ou a honra pessoal (com especial atenção para dados protegidos por sigilo fiscal ou por sigilo bancário ou por sigilo profissional, como informações médico-periciais, ou por sigilo das comunicações ou ainda por determinação de sigilo de justiça) recomendam sigilo. A publicidade é garantia de lisura, transparência e responsabilidade da Administração, comunicando-se então com os princípios da moralidade e da impessoalidade, e propicia ao administrado, tanto em âmbito interno quanto em âmbito externo à própria Administração, o conhecimento dos atos estatais, sendo, quando aplicável, pré-requisito de eficácia.

A publicidade, além da previsão informadora do *caput* do art. 37 da Constituição Federal (CF), como gênero, significa a possibilidade de acesso pessoal do administrado a determinado ato, no âmbito da repartição, conforme asseguram os incisos XXXIII e XXXIV do art. 5º da CF, posteriormente regulados pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (a chamada Lei de Acesso à Informação Pública), figurando a publicação em imprensa oficial ou em boletins internos (de acordo com a natureza e alcance do ato) como espécie, através da qual se dá a divulgação ostensiva do ato e a partir da qual se presume o seu conhecimento por

parte de todos.

*CF - Art. 5º*

*XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;*

*XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*

*a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;*

*b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;*

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...) (Redação dada pela Emenda Constitucional - EC nº 19, de 14 de junho de 1998)*

Na linha da exceção acima ressalvada, especificamente o processo disciplinar, uma vez instaurado e estabelecida a relação marcada pela ampla defesa e pelo contraditório, por sua natureza sigilosa nos termos regulados pelo *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e por conter dados que a própria CF protege sob cláusulas de preservação de intimidade, de privacidade e de honra, no inciso X do seu art. 5º, rege-se pela chamada publicidade restrita. Por óbvio, opera-se aqui o já mencionado dinamismo que caracteriza a matéria principiológica, tendo-se a necessária atenuação pontual de um princípio (da publicidade) para que, no mesmo ponto, prevaleçam outros comandos constitucionais de idêntica envergadura simultaneamente operantes (os princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público e a garantia fundamental de preservação da intimidade, da privacidade e da honra).

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.*

À vista desta necessária leitura sob amparo dinâmico da base principiológica, o processo disciplinar é público não no sentido ostensivo e geral de ser franqueado a terceiros, mas sim no sentido estrito de não se poder vedar conhecimento a quem seja efetivamente interessado. Nele, os atos são absolutamente públicos e transparentes apenas para quem devem ser: para o acusado e seu procurador. Com relação à parte interessada, a comissão e as autoridades intervenientes não podem agir de forma dissimulada, escusa, sigilosa e oculta, sendo-lhe assegurado o atendimento do princípio da publicidade com a notificação dos atos instrucionais a serem produzidos ou já autuados e das decisões emitidas. Já para terceiros, o processo disciplinar é sigiloso, tanto para, precipuamente, atender ao interesse da Administração na elucidação do fato quanto, secundariamente, para preservar a honra, a privacidade e a intimidade do servidor envolvido.

Se já se confere uma acessibilidade restrita, a favor apenas do próprio interessado, uma vez devidamente instaurado o processo disciplinar e estabelecida a relação contraditória, mais ainda se restringe a aplicação do princípio em tela na fase investigativa correccional, tanto em relação ao próprio representado, denunciado ou investigado e sobretudo quanto em relação a terceiros, inclusive representante ou denunciante, conforme extensivamente já se aduziu em **2.5.6.2.3.**

Convém destacar que a exceção à ampla aplicação do princípio da publicidade em face de terceiros no curso do processo disciplinar, em obediência ao sigilo de que trata o *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, não é, em sua essência, uma cláusula de garantia a favor do acusado, mas sim uma instrumentalidade a favor da Administração, para garantir as devidas apurações. Se a regra no ordenamento pátrio é da publicidade, a imposição de sigilo requer

motivação. Neste caso, a razão do sigilo da instância disciplinar reside na possibilitação da elucidação do fato ou no interesse da Administração, quando a divulgação obstruiria as apurações, e não como proteção do agente público, conforme também entende a jurisprudência.

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.983: “Ementa: (...). 2. A eventual quebra do sigilo das investigações, com suposto vazamento de informações à imprensa, não tem o condão de revelar processo administrativo falho, porquanto o sigilo, na forma do art. 150 da Lei n. 8.112/90, não é garantia do acusado, senão que instrumento da própria investigação.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 13.656: “Ementa: (...) V - O sigilo de que trata o art. 150 da Lei n.º 8.112/90, é aquele “necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração”, eis que instrumental à própria investigação.”*

Tanto é verdade que o sigilo no curso do processo disciplinar, imposto pelo *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, atua em favor da Administração, no interesse da preservação da apuração, e não precipuamente para proteger a intimidade do acusado face a terceiros, que, tanto na fase pré-contraditória (da fase de admissibilidade, englobando toda a subfase investigativa) quanto após o encerramento dos trabalhos contraditórios, após o julgamento e com a remessa dos autos para arquivo, não se opera tal cláusula de inacessibilidade exclusiva da matéria disciplinar e recai-se na regra geral da publicidade dos atos oficiais, estabelecida na Lei nº 12.527, de 2011 - mais especificamente por força do § 3º do seu art. 7º e também do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012.

*Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 7º*

*§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.*

*Decreto nº 7.724, de 2012 - Art. 20. O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão.*

Em outras palavras, ao longo de toda a extensão da atuação correcional, desde o recebimento da notícia da suposta irregularidade, até o julgamento do processo disciplinar, pode-se verificar um dinamismo no tema da publicidade, conforme a seguir se sintetiza.

Na fase pré-contraditória, qual seja, na fase de admissibilidade em geral e nos procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar), opera-se a regra geral da publicidade, estabelecida pela Lei nº 12.527, de 2011 - mas que o próprio diploma legal, no inciso VIII do seu art. 23, permite afastar, diante de informações cuja divulgação ou acesso não só a favor do representado, denunciado ou investigado mas sobretudo a favor de terceiros possam comprometer atividades de inteligência, de investigação ou de fiscalização em andamento, relacionados com prevenção ou repressão de infrações, como é o caso das investigações de possíveis ilicitudes disciplinares, conforme exaustivamente exposto em **2.5.6.2.1.**

*Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:*

*VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.*

A seguir, uma vez instaurado o processo disciplinar, passa a indistinta e automaticamente operar o sigilo específico do *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, não se aplicando a regra geral da publicidade dos atos públicos em face de terceiros, estabelecida

pela Lei nº 12.527, de 2011, sendo então dispensável atribuição de grau reservado de sigilo por parte da autoridade competente a elementos do processo disciplinar. Nesta fase, trata-se de um sigilo em gênero, sem atribuição de espécie e sem prazo de validade, não atingido pela Lei nº 12.527, de 2011

Mas é de se reiterar a ressalva já apresentada em **2.5.6.2.1**, no sentido de que a fase de admissibilidade em geral e os procedimentos de investigação empregados (investigação patrimonial, sindicância patrimonial, sindicância investigativa e investigação preliminar) devem ser compreendidos como procedimentos administrativos instrumentalizados e manejados não por conterem um fim em si mesmos, mas sim para, ao seu final, permitirem à autoridade competente o devido embasamento para proferir uma decisão (qual seja, neste primeiro momento, de arquivar preliminarmente o feito ou de instaurar a instância disciplinar). Daí, à luz da leitura a *contrario sensu* do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, e do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 2012, na hipótese que aqui interessa, qual seja, de ter sido a decisão a favor da instauração do consequente e consecutivo processo disciplinar, toda a fase investigativa (inclusive seu ato decisório) deve ser compreendida como preparatória da instância contraditória, cabendo a extensão do sigilo também para aquela fase preliminar, até o julgamento do processo disciplinar.

O mesmo se depreende também da leitura a *contrario sensu* da manifestação exarada pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 14, de 31 de maio de 2016.

*Enunciado CGU/CCC nº 14, de 2016: “Restrição de acesso dos procedimentos disciplinares. Os procedimentos disciplinares têm acesso restrito para terceiros até o julgamento, nos termos do art. 7º, parágrafo 3º, da Lei nº 12.527/2011, regulamentado pelo art. 20, caput, do Decreto nº 7.724/2012, sem prejuízo das demais hipóteses legais sobre informações sigilosas.”*

E, após concluído o processo disciplinar, novamente não mais se aplica a regra do *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990 (visto, como afirmado acima, ser esta regra precipuamente de proteção da apuração de interesse público), voltando a operar a regra geral da publicidade, estabelecida pela Lei nº 12.527, de 2011, pelo seu já mencionado § 3º do art. 7º, e também pelo supra art. 20 do Decreto nº 7.724, de 2012, esclarecem que, sendo o próprio processo disciplinar uma instrumentalização sem fim em si mesmo mas sim na emanção de uma decisão (desta feita, de atribuir ou não responsabilidade funcional a servidor), após este ato decisório (qual seja, o julgamento), todos os elementos autuados como o objetivo de, ao final, fundamentar tal decisão, passam a ser regulados pela acessibilidade para o próprio acusado e *a priori* até para terceiros.

Em reforço à argumentação acima exposta, a título de informação, acrescenta-se que a CGU, na condição de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SisCor-PEF), adotou normatização restritiva ao acesso a dados encartados em fase investigativa em curso em seu próprio âmbito, conferindo a cláusula de sigilo por toda esta fase, até seu arquivamento, e que a estende no curso de processo disciplinar decorrente, reconhecendo a supressão da cláusula após a publicação do respectivo julgamento, conforme se depreende dos incisos IV, V e VI do art. 4º e do inciso I do § 1º do art. 5º, ambos da Portaria CGU nº 1.613, de 26 de julho de 2012. Embora tal norma tenha aplicação restrita àquele órgão, convém sua menção no presente, a título de referência.

*Portaria CGU nº 1.613, de 2012 - Art. 4º A CGU manterá, independentemente de classificação, acesso restrito em relação às informações e documentos, sob seu controle e posse, mantidas em qualquer suporte, relacionadas a:*

*IV - identificação do denunciante, até que se conclua procedimento investigativo;*

*V - papéis de trabalho e procedimentos relativos a ações de controle e de inspeção correicional ou de qualquer espécie de ação investigativa, nos termos*

*do 3º do art. 26 da Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001;*

*VII - relatórios e notas técnicas decorrentes de investigações, auditorias e fiscalizações, e outros documentos relativos à atividade de correição, bem como outras ações na área de competência da CGU, quando ainda não concluídos os respectivos procedimentos.*

*Art. 5º A restrição de acesso às informações prevista nos incisos IV e VII do artigo 4º desta Portaria se extingue a partir da conclusão do procedimento investigativo, quando os relatórios e notas técnicas se tornarem públicos.*

*§ 1º Consideram-se concluídos, no âmbito da CGU, os procedimentos investigativos relativos a:*

*I - ação correicional:*

*a) procedimento disciplinar instaurado ou acompanhado: com a publicação do julgamento pela autoridade competente:*

*b) investigação preliminar: com o arquivamento do processo em caso de não ser procedente o fato originário da investigação e, no caso contrário, a publicação do julgamento do procedimento disciplinar decorrente da investigação; e*

*c) relatórios de inspeção correicional: com a aprovação do relatório pelo Corregedor-Geral da União.*

Ressalve-se que a aplicação da regra geral da publicidade se opera no rito estabelecido pela Lei nº 12.527, de 2011, e pelo Decreto nº 7.724, de 2012, e ainda pela Portaria MF nº 233, de 26 de junho de 2012, via Protocolo-SIC-MF, conforme já detalhado em **2.5.6.2.1**.

Por óbvio, a publicidade a favor de terceiros tanto na fase de admissibilidade quanto após o arquivamento do processo disciplinar se mitiga diante da eventual existência de informações protegidas por cláusulas de sigilo de naturezas específicas, tais como o sigilo da instância disciplinar, o sigilo fiscal, o sigilo bancário, o sigilo profissional (em que se inclui a documentação de perícia médica), o sigilo telefônico e demais dados relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem e o segredo de justiça. Havendo informações protegidas por cláusulas de sigilo específicas, o conhecimento pode se dar parcialmente, conforme autoriza o § 2º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 2011, ou, se todo o processo contiver, de forma indissociável, informações de tais naturezas, opera-se a vedação de acesso à íntegra dos autos, sob pena de se permitir obtenção indevida de informação protegida. Nos mesmos termos já se manifestou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por meio do Parecer PGFN/Cojed nº 874/2014.

*Parecer PGFN/Cojed nº 874/2014 - “20. (...)*

*d) Os Procedimentos Administrativos Disciplinares têm trâmite sigiloso, em atenção ao art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990;*

*e) Em casos excepcionais, devidamente justificados, podem ser divulgadas a terceiros informações veiculadas em Processos Administrativos Disciplinares ainda em trâmite, se necessários à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais;*

*f) Em casos tais, recomenda-se a extração de certidão com declaração do conteúdo pretendido pelo interessado, a extração de cópia de documento(s) específico(s), a manutenção de documentos sigilosos em autos apartados ou mesmo a extração de cópias com a ocultação de partes/excertos dos documentos ou atos dos Processos Administrativos Disciplinares;*

*g) Finalizado o Procedimento Disciplinar, o dever de sigilo permanece em se verificando a existência de documentos abrangidos pelo sigilo (fiscal, bancário, interceptações telefônicas) e o terceiro interessado não detenha autorização judicial para analisá-los;*

*Ainda que ausentes documentos alcançados por sigilo, informações pessoais veiculadas h) nos autos (de partes ou testemunhas) e demais informações que revelem estratégias de atuação do órgão não recomendam a divulgação integral a terceiros de seu conteúdo, exigindo-se uma análise pontual e casuística da possibilidade de divulgação dos documentos; e*

*i) Em casos tais, recomenda-se a extração de certidão com declaração do conteúdo pretendido pelo interessado, a extração de cópia de documento(s) específico(s), a manutenção de documentos sigilosos em autos apartados ou mesmo a extração de cópias com a ocultação de partes/excertos dos documentos ou atos dos Processos Administrativos Disciplinares.”*

O princípio da publicidade também encontra posituação infraconstitucional no inciso V do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999.

### **3.3.1.8 - Princípio da Eficiência**

Este princípio, encartado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal (CF) a partir da Emenda Constitucional (EC) nº 19, de 4 de junho de 1998, embora sempre compreendido de forma implícita, passou a refletir explicitamente as tentativas de modernização da máquina estatal, com quais ganharam relevância os controles de resultado, em lugar dos controles meramente procedimentais. Em decorrência desta migração do foco, cite-se que a eficiência impõe que deve ser superado qualquer mero formalismo que atente contra o interesse público.

*CF - Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...) (Redação dada pela EC nº 19, de 1998)*

Primeiramente sob foco mais abrangente, é certo que, no processo administrativo, o princípio da eficiência se desdobra nos seguintes elementos, que dinâmica e mutuamente se realimentam: a celeridade, que determina a condução processual no mais curto intervalo de tempo possível, de forma contínua e coordenada, buscando a duração razoável; a simplicidade, que indica que o processo deve se revestir tão somente de formalidades razoáveis e necessárias ao alcance da finalidade pretendida, prescindindo dos desnecessários exageros formais; a finalidade predefinida, impõe que a decisão administrativa de instaurar e de conduzir um processo se vincule a um objeto e a um escopo previamente condizentes com o regime jurídico administrativo; o atendimento a outro princípio procedimental, da economia processual, que impõe a otimização de resultados na aplicação do Direito com o menor emprego possível de atividades processuais; e, por derradeiro, a efetividade, que clama a concretização do fim processual, qual seja, o atingimento do resultado útil da marcha processual e que justificou a instauração, conforme também pontua a doutrina.

*“104. (...) entendemos que a eficiência processual garante o desenvolvimento de um processo célere, simples, com finalidade predefinida, econômico e efetivo. Se, por um lado, nenhuma dessas qualidades é inédita (tal com se houvesse sido instalada pela EC 19, de 1998, ou Lei 9.874, de 1999), por outro, todas relacionam-se entre si. Trata-se de enfeixar os característicos que, unidos, podem conferir noção processual plena ao princípio da eficiência.*

*105. A celeridade impõe que os atos processuais sejam praticados no mais curto espaço de tempo possível, de forma contínua e coordenada. (...).*

*106. Será simples o processo que não se revestir de formalidades extravagantes ou desnecessárias ao atingimento da finalidade por si visada. (...).*

*107. A exigência de finalidade predefinida impõe-se para que não existam processos administrativos ‘aleatórios’, sem um escopo claro. (...).*

*108. Economia processual diz respeito ao mais alto grau de concentração e prestígio aos atos já praticados. Para Cintra, Grinover e Dinamarco, o princípio da economia ‘preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais’. Procura-se encadear racionalmente o processo e evitar a repetição desnecessária de atos e fases processuais, evitando delongas e procrastinações, de molde a imprimir ritmo procedimental razoável, na busca da decisão final. (...).*

*109. Os característicos acima expostos conduzem à idéia de efetividade processual, tão bem definida por Barbosa Moreira como a ‘aptidão de um meio*

*ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena'. Sob este aspecto não pode haver dúvida quanto à integração dos conceitos de eficiência e efetividade no processo administrativo. (...)*  
*Por fim, chama atenção a imperiosidade de o processo administrativo prestar-se a um fim útil. O agente público deve conduzir suas decisões a um resultado concreto que atinja efeitos práticos no mundo real. Tanto aqueles provimentos qualificáveis de 'declaratórios' (meramente reconhecem uma relação jurídica preexistente entre as partes processuais) e 'constitutivos' (geram, alteram ou extinguem uma relação jurídica entre as partes) como os 'condenatórios' (culminam com a definição de uma obrigação de fazer ou não fazer) devem ter conseqüências sensíveis às partes. Não se trata de atividade puramente teórica, que nenhum resultado traga que não a prolação de uma decisão final - esta sempre há de possuir efeitos práticos.", Egon Bockmann Moreira, "Processo Administrativo - Princípios Constitucionais e Lei 9.784/99", pgs. 144 a 152, Malheiros Editores, 1ª edição, 2000*

Em síntese, o princípio da eficiência, em instância processual administrativa, objetiva assegurar que o serviço público seja prestado com adequação às necessidades da sociedade que o custeia, aproximando-se da economicidade e defendendo a utilização racional dos recursos para atender aos fins do interesse público. Manifesta-se pela necessidade de a Administração, além de expressar a finalidade da lei, chegar a uma conclusão em tempo razoável, com celeridade e economia processual, por meio de procedimento simplificado na forma, promovendo a decisão administrativa que repercuta de forma mais justa sobre a esfera de direitos do administrado.

E, mais especificamente, no âmbito do processo disciplinar, o princípio da eficiência está relacionado a uma apuração eficaz e de resultados efetivos. A eficiência, buscada na persecução disciplinar com o fim de atender ao preceito constitucional, deverá relacionar-se ao atingimento do fim maior da atividade correcional: o restabelecimento e a manutenção da higidez do corpo funcional da Administração Pública, diante de afronta ao ordenamento estatutário, com a possível responsabilização e apenação do infrator. Para isto, o processo deve ser considerado como o instrumento, e não como o fim em si mesmo. O fim será o resultado do conjunto da atuação legal de todo o sistema correcional, englobando o atendimento ao interesse público tanto em suprir à sociedade a satisfação de ver o fato esclarecido quanto de, se for o caso, punir o servidor responsável pelo desequilíbrio da ordem interna.

Não se espera da Administração uma decisão qualquer, tão somente; esta decisão, além de ao final expressar a finalidade da lei, tem de ser extraída de um procedimento simplificado na forma, com celeridade, economia processual e perfeição. Em síntese, o princípio da eficiência se manifesta no processo disciplinar pela necessidade de a Administração chegar a uma conclusão, em tempo razoável, seja absolvendo, seja responsabilizando o servidor e, nesta senda, guarda estreita comunicação com os princípios da razoabilidade e do formalismo moderado, já que o excesso de formalismo, a protelação, a omissão e a burocracia afrontam a este princípio.

Posteriormente ao texto constitucional original, nos termos ora mencionados do *caput* do art. 37 da CF, a EC n° 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º, prevendo, tanto para o processo judicial quanto para o administrativo, a celeridade na tramitação e a sua razoável duração, em consonância com o princípio da eficiência.

*CF - Art. 5º*

*LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela EC n° 45, de 2004)*

No **Anexo II**, se apresentou detalhada contraposição de aspectos ligados ao formalismo, à qualidade dos trabalhos e à celeridade, que refletem o manejo do princípio da

eficiência em instância administrativa disciplinar.

O princípio da eficiência também encontra posituação infraconstitucional no *caput* e no inciso IX do parágrafo único do art. 2º e no art. 48, ambos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regula processualística no âmbito da Administração Pública federal).

### **3.3.1.9 - Princípio da Convivência (ou da Relatividade) das Liberdades**

Como consequência da análise dinâmica e não estanque da base principiológica já mencionada em 3.3 e, mais especificamente, da aceitação de que, em determinado caso, princípios de similar relevância e envergadura podem atuar em sentido contrário, demonstra-se pertinente apresentar uma outra característica genérica e prevalente da análise do tema principiológico, que se manifesta com relevante frequência tanto na matéria quanto na instrumentalização disciplinar. Extrai-se da dinâmica riqueza do ferramental principiológico que nenhum princípio jurídico e, conseqüentemente, nenhum direito - nem mesmo aqueles que se fazem refletir no texto constitucional como garantias fundamentais da pessoa e erigidos ao patamar de cláusulas pétreas - assume patamar de absolutamente inquebrável ou insuperável. A afirmação e, sobretudo, o destaque dado à instância constitucional são relevantes porque o regime e o processo disciplinares potencialmente podem atingir importantes esferas de direito da pessoa do servidor. Por este motivo, é frequente a contraposição em que se colocam, de um lado, o poder-dever correcional estatal e, de outro, na busca do salutar equilíbrio de forças, as garantias constitucionalmente asseguradas, sendo comum que os direitos fundamentais estabelecidos sobretudo no art. 5º da Constituição Federal (CF), tais como os que protegem a intimidade, a honra, a imagem, os dados sigilosos e as comunicações telefônicas, por exemplo, atuem na ponderação das competências e prerrogativas de que dispõe a Administração.

Esta discussão traz à tona o princípio da convivência das liberdades (ou da relatividade das liberdades), que, embora não expresso na CF como o são os princípios mencionados nos tópicos antecedentes, inequivocamente tem amparo na leitura sistemática do texto constitucional, sobretudo com a interpretação já aplicada pela jurisprudência superior.

O ordenamento jurídico forma um sistema intercomunicante e articulado em que é comum o conflito entre valores e direitos, tendo-se que, por vezes, tolerar detrimento de um em favor de outro mais relevante para o caso concreto, à luz do princípio da convivência das liberdades. Em determinado caso, a despeito da proteção de algum direito fundamental de qualquer pessoa, pode-se considerar que esteja em jogo um outro bem jurídico, também merecedor de tutela, em favor de uma outra pessoa ou sobretudo a favor de toda a sociedade e que seja mais relevante que aquele direito individual. Diante de tal conflito, resta inadmissível a prevalência de princípios e de direitos absolutos, devendo se operar uma flexibilização parcial de cada um deles, por meio de uma redução proporcional dos respectivos alcances - o que não significa dizer a total eliminação de um, mas sim que as peculiaridades de cada caso concreto ditarão o ponto de compatibilização e de equilíbrio harmônico entre eles e entre a inteligência sistemática do texto constitucional.

Daí, importa destacar que o Supremo Tribunal Federal (STF), mais alta Corte do Poder Judiciário pátrio, tido como a Corte protetora da constitucionalidade, já se manifestou neste sentido, a saber, da possibilidade excepcional de quebra do direito fundamental da pessoa quando a este direito privado se contrapõe o interesse maior, que é o interesse público, uma vez que nenhuma liberdade individual pode ser exercida de forma absoluta quando repercute danosamente à ordem pública e ao bem social. Diante do conflito de direitos, a tensão entre o interesse particular e o interesse público se resolve caso a caso, sendo possível que, em determinada hipótese de colidência, ao se ponderar valores e direitos em confronto, se decida pela concessão da maior relevância e preponderância ao interesse de toda a

sociedade. Esta ponderação de valores pode ser justificada e reforçada também trazendo à tona, dinamicamente, o princípio da proporcionalidade. Assim, dentro dos limites estabelecidos em lei, o STF, com amparo doutrinário, tolera que, excepcional, proporcional e motivadamente, se mitiguem garantias fundamentais da pessoa erigidas no art. 5º da CF.

*STF, Mandado de Segurança nº 23.452, Voto: “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas, individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.”*

*Idem: STF, Mandado de Segurança nº 24.369; e Justiça Federal de 1ª Instância, Ação Cautelar nº 2001.5101003489-6.*

*“É que os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.” Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, “As Nulidades no Processo Penal”, pg. 145, Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2006*

Ora, de outra forma não poderia mesmo considerar a mais alta Corte pois, do contrário, se estabeleceria uma inversão ou até mesmo uma subversão da ordem jurídica caso se tentasse justificar a garantia fundamental em favor, por exemplo, de um possível infrator em detrimento do interesse público maior. É cristalino que quando o legislador constituinte, em acertada hora, estabeleceu como cláusulas pétreas a favor de todas as garantias fundamentais da pessoa e inerentes ao Estado Democrático de Direito, fundava-se na presunção de regularidade em que se esteia inicialmente a ciência jurídica, não tendo passado em sua intenção propiciar garantias a favor de quem, em tese, incorre em infrações.

Integra o senso comum o reconhecimento da possibilidade de qualquer pessoa, em razão de um ato infracional, se ver em situação tal que seus interesses pessoais antagonizem com o interesse público, quando o Estado, por algumas de suas representações (Poder Judiciário, autoridade policial ou Administração, por exemplo), busca a devida persecução e punição, mediante aplicação do Direito Público, protegendo o interesse público e agindo em seu nome. Em tal situação, não foi com vista a permitir o congelamento das ações estatais inibidoras ou repressoras do ilícito que o constituinte erigiu determinados mandamentos de salutar natureza garantista. Naquele momento, ao amparo de uma ferramenta teleológica de interpretação, não buscava o constituinte abarcar a hipótese de proteção fundamental em favor de possível infrator e a despeito de todo o interesse social. As garantias fundamentais e as liberdades individuais do texto constitucional jamais podem ser vistas como subterfúgio para irregularidades e para os respectivos infratores, conforme ilustra a doutrina.

*“Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito”, Alexandre de Moraes, “Direito Constitucional”, pg. 27, Editora Atlas, 19ª edição, 2006*

Pelo exposto, há situações em que garantias constitucionais podem ser limitadas. Se já não o foram no próprio texto da CF (originário ou por meio de emendas constitucionais), somente poderão ser atenuadas tais garantias por meio de lei *stricto sensu*, a qual, em regra, ponderando direitos conflitantes com proporcionalidade e razoabilidade, fará prevalecer o interesse público. Por exemplo, quanto ao inciso X do art. 5º da CF, menciona-se a Lei Complementar (LC) nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que regulamenta a quebra do sigilo

bancário; quanto a este mesmo inciso X em conjunto com o inciso XI ainda do art. 5º da CF, mencionam-se os dispositivos recepcionados do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) para busca e apreensão; quanto ao inciso XII, menciona-se a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamentou a interceptação telefônica.

### 3.3.2 - Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, chamada de Lei Geral do Processo Administrativo, regula o processo administrativo *lato sensu*, no âmbito da Administração Pública federal. Como tal, tem aplicação subsidiária na seara disciplinar em situações não normatizadas pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, conforme também entendem a jurisprudência e a doutrina. Havendo previsão na Lei nº 8.112, de 1990, esta deve prevalecer sobre a Lei nº 9.784, de 1999, por ser mais específica. Não obstante, devido às inúmeras lacunas existentes no Estatuto acerca da instrução, a Lei nº 9.784, de 1999, assume grande importância na matéria do processo disciplinar.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.*

*Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.*

*STJ, Mandado de Segurança nº 8.595: “Ementa: (...) III - A Lei 8.112/90, ao estabelecer regulamentação específica para o processo disciplinar dos servidores públicos por ela regidos, admite aplicação apenas subsidiária da Lei 9.784/99.”*

*“Anotar-se que a aplicação das regras elencadas no Estatuto do Processo Administrativo da União aos processos administrativos disciplinares (regidos por lei especial - Lei federal n. 8.112/1990) será subsidiária, vale dizer, a lei geral incidirá nas partes omissas, quando não houver disposição especial no Estatuto dos Servidores Públicos Federais, como prevê o art. 69, da Lei federal n. 9.784/1999.”, Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pg. 166, Editora Fortium, 1ª edição, 2008*

Citem-se, por exemplo, como de aplicação em todo o rito disciplinar, quando cabíveis, os princípios listados no art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, no seu *caput* e também nos incisos do parágrafo único. De imediato, como não poderia ser diferente, a Lei reporta-se a princípios constitucionais (ampla defesa, no *caput* e no inciso X do parágrafo único do art. 2º; contraditório, no *caput* do art. 2º; legalidade, no *caput* e no inciso I do parágrafo único do art. 2º; impessoalidade, no inciso III do parágrafo único do art. 2º; moralidade, no *caput* e no inciso IV do parágrafo único do art. 2º; publicidade, no inciso V do parágrafo único do art. 2º; e eficiência, no *caput* e no inciso IX do parágrafo único do art. 2º e no art. 48).

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 2º A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

*Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*

*I - atuação conforme a lei e o Direito;*

*II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;*

*III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;*

- IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;*  
*V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;*  
*VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;*  
*VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;*  
*VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;*  
*IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;*  
*X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;*  
*XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;*  
*XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;*  
*XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.*

Os princípios positivados no art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, tanto aqueles meramente enumerados no *caput* quanto aqueles descritos no parágrafo único, são aplicáveis no processo administrativo *lato sensu*. Sendo este um gênero do qual o processo disciplinar é uma espécie, naturalmente, os princípios informadores do primeiro repercutem, ainda que em diferentes graus, no segundo. Aqui também não é objetivo esgotar a análise dos princípios elencados na Lei supra, para o quê se remete à doutrina especializada; dispensa-se a repetição dos princípios já abordados do *caput* do art. 37 da Constituição Federal (CF); e busca-se enfatizar as repercussões dos demais princípios no processo disciplinar, em que atuam como agentes da Administração a comissão e as autoridades intervenientes, instauradora e julgadora.

Além desta base principiológica, a Lei nº 9.784, de 1999, estabelece, de forma criteriosa, normas e conceitos que se aproveitam, subsidiariamente, no processo disciplinar e que, à medida que for conveniente, serão abordados ao longo deste texto. A título de exemplo, destacam-se, no enfoque de emprego subsidiário, os dispositivos sobre: direitos e deveres dos administrados (arts. 3º e 4º); impedimentos e suspeição (arts. 18 a 21); forma, tempo e lugar dos atos processuais (arts. 22 a 25); comunicação dos atos (arts. 26 a 28); instrução (arts. 29 a 47); motivação (art. 50); anulação, revogação e convalidação (arts. 53 a 55); recursos administrativos (arts. 56 a 65); e prazos (arts. 66 e 67).

Em complemento ao que já se aduziu em **3.3** e em **3.3.1.4**, tem-se no inciso I do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, o reforço ao entendimento de que a legalidade, embora seja um princípio fundamental, não se sustenta por si só, dissociada do todo. Ao estabelecer que, no processo, se atuará de acordo com a lei e o Direito, compreende-se autorização legal para que não haja irrestrita e inquestionável submissão à literalidade fria da lei, em detrimento da razoabilidade, da proporcionalidade, do bom senso, do senso de justiça, do interesse público e das máximas do Direito, inclusive da percepção abstrata que se tem de Direito natural. Ao balizar as condutas dos agentes públicos pela atenção não só à lei como também ao Direito, adota-se uma concepção bastante ampliada do princípio da legalidade, tanto formal quanto material. De certa forma, este dispositivo se ajusta, se reforça e se complementa no art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), que dispõe ao aplicador do Direito especial atenção aos fins sociais para os quais a lei foi editada (em consonância com o método teleológico de interpretação) e às exigências do bem comum (que se amoldam ao interesse público da justa

aplicação do Direito, inclusive quando isto é favorável ao particular).

*LINDB - Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*

### **3.3.2.1 - Princípio da Finalidade**

Conforme já exposto pelo princípio da legalidade, todo ato administrativo tem de ser conforme a lei. E como se presume que toda lei comporta em si a instrumentalização de um determinado fim de interesse público que motivou sua edição, o princípio da finalidade assevera que todo ato administrativo deve ter como fim o interesse público, como requisito de sua validade. Ao se amparar na lei para cometer ato discrepante de sua finalidade, tem-se que o agente público incorre em ato de desvio de finalidade, como espécie do gênero de ato de abuso de poder, conforme já aduzido em **3.2.1.1**.

Conforme acima exposto, o princípio da finalidade, pode-se dizer, encontra posituação no ordenamento pátrio já desde o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), cujo art. 5º determina que, na aplicação da lei, deve-se atender aos fins sociais a que ela se dirige.

Como requisito de validade, tem-se que não basta ao ato administrativo existir previsão de sua realização em lei; é necessário ainda que a sua realização atenda ao interesse público tutelado por aquela lei, sendo vedada a busca de outros objetivos ou a promoção de interesses do próprio agente público ou mesmo de terceiros.

No processo disciplinar, o princípio se manifesta pelo mandamento de que a comissão deve buscar a elucidação do fato, de forma impessoal, com oficialidade e liberdade na busca da verdade material.

O princípio da finalidade tem posituação nos já reproduzidos *caput* e incisos II, III e XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

### **3.3.2.2 - Princípio da Motivação**

Como decorrência do primado de que o agente público tem sua conduta funcional determinada pela vinculação ao ordenamento, o princípio em tela, como consequência daquela vinculação, atua como inibidor do arbítrio, da pessoalidade e da discricionariedade, determinando que todo ato ou decisão administrativa que importar em restrição de direitos deve, obrigatoriamente, ter expressa a sua motivação, sob pena de ser passível de crítica por nulidade.

A motivação é a explanação dos motivos que justificam a edição ou a emanção ou a prática de determinado ato. Assim, enquanto os motivos são as indispensáveis razões de fato ou de direito para a existência do ato, como um de seus requisitos de validade, nos termos já expostos em **3.3.1.4.1**, a motivação é a sua menção no ato; a motivação é a expressa formalização dos motivos.

Em outras palavras, sendo o motivo a necessária e indispensável justificativa fática ou jurídica para a realização de um ato administrativo, ele é inerente ao próprio ato e deste resta indissociável, na premissa razoável de que nenhum ato de natureza jurídica se concretiza como obra natural espontânea ou de forma aleatória e ainda sem ter em seu supedâneo uma construção intelectual humana que justifique sua realização. Assim, por um lado, o motivo é um requisito essencial à validade de qualquer ato, não se cogitando de o agente público atuar sem razões de ordem pública a impulsionar suas manifestações e procedimentos decisórios ou instrumentais. Por outro lado, diferentemente, a motivação pode ou não ser exigida, podendo ou não os motivos serem manifestados no ato.

Necessário atentar para o natural relaxamento - e que pode acarretar algum grau de confusão - com a terminologia sobre o tema. Quando, comumente, se menciona que determinado ato administrativo deve ser motivado, se quer referir ao indispensável requisito de validade de aquele ato possuir, na base de sua realização, um motivo fático ou jurídico que o justifique, motivo este que não necessariamente deva estar exposto, como forma de motivação. É comum se referir à necessidade de o ato ser motivado como consagração daquele requisito indispensável à sua validade, o que, por um lado, não se confunde com a necessidade de exposição do seu motivo, mas que, por outro lado, mesmo nas hipóteses de tal desnecessidade, em caso de haver qualquer questionamento acerca da validade do ato, uma vez que o motivo de sua realização existe, pode ser prontamente manifestado a quem o requer.

Nos casos em que o motivo regularmente não segue manifestado, a validade do ato pode ser aferida por outra forma através da qual se verifique ou se compreenda este pré-requisito, tais como em atos anteriores que lhe tenham dado supedâneo ou no simples amparo em norma que preveja sua realização ou na condução ou na conclusão de um processo do qual ele se originou, conforme também entende a doutrina.

*“(...) Enquanto o motivo retrata a existência das razões de fato ou de direito que impulsionaram a manifestação volitiva do agente da Administração, motivação (...), portanto, é o motivo expressamente formalizado. Significa que o motivo nem sempre estará constando do ato, mas poderá ser identificado em documentos formais diversos; assim, um ato administrativo pode não conter motivação, mas pode encontrar-se o motivo, por exemplo, em processo administrativo de onde se originou o ato. Desse modo, todo ato, para ser válido, precisa ter motivo, ao passo que nem sempre a motivação é exigível.”, José dos Santos Carvalho Filho, “Processo Administrativo Federal”, pg. 52, Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2005*

E, em complemento, quando exigida, a motivação não se confunde apenas com fundamentar ou apontar o enquadramento legal que ampara a realização do ato, mas sim apresentar, previamente ao ato ou à decisão, as razões e os elementos de convencimento para realizá-lo, no que diz respeito tanto aos pressupostos de fato quanto aos preceitos jurídicos e de direito. Obviamente, decorrendo do princípio da legalidade, a necessidade de motivação se mitiga no espectro permitido ao agente público em atuar nos liames de seus critérios de oportunidade ou conveniência, ou seja, quando este exerce regularmente seu poder discricionário. Tampouco, mantendo simultânea atenção ao princípio do formalismo moderado, se cogita de necessidade de motivação de meros atos interlocutórios, cotidianos ou de menor relevância.

No trabalho da comissão, o princípio se manifesta, por exemplo, na adoção da conduta de registrar em ata de deliberação as razões de deferir ou indeferir uma petição da parte, como corolário da ampla defesa. Com mesma ênfase, o princípio se impõe nas manifestações de convicções e de entendimento, sejam meramente interlocutórias (como, por exemplo, ao denegar uma petição da defesa), sejam com teor decisório (como, por exemplo, de declarar encerrada a instrução processual e indiciar o acusado e, sobretudo, no relatório e no julgamento), das quais deve constar a motivação. Nas manifestações decisórias a cargo da autoridade, esta pode se valer de informações ou pareceres antecedentes, exarados em caráter propositivo, adotando seus fundamentos e registrando que fazem parte de sua decisão.

O princípio da motivação tem positivação nos já reproduzidos *caput* e inciso VII do parágrafo único do art. 2º e também no art. 50, ambos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:*  
*I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;*  
*II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;*  
*III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;*

*IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;*

*V - decidam recursos administrativos;*

*VI - decorram de reexame de ofício;*

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

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

*§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.*

*§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.*

*§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.*

### **3.3.2.3 - Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público**

Embora não seja de simples conceituação, em decorrência dos diversos significados que pode encampar e das diferentes valorações que pode receber, o interesse público pode ser compreendido de forma abrangente como o interesse comum do conjunto das pessoas tidas em coletividade ou como membros de uma sociedade ou ainda como decorrente de qualquer atividade que ofereça benefício à coletividade ou ao grupo social. Dito isto, a par da legalidade e da finalidade, tem-se que os agentes públicos não podem renunciar ao interesse público, pois este é o fim do conjunto normativo. No caso do processo disciplinar, para atender a este princípio, a Administração conta com o poder-dever de atuar com oficialidade na busca da verdade material.

O caráter público do regime disciplinar no âmbito da Administração e a necessidade de manter a regularidade interna acarretam a consequência de que o poder correccional deva necessariamente ser exercido sobre quem de fato comete infração. O poder punitivo estatal sobre seus servidores não se trata de um simples direito disponível (comum em instância civil), sujeito à apreciação discricionária de conveniência e oportunidade por parte da autoridade competente, mas sim de um dever de ofício indisponível, diante da tutela pública a que se presta.

À vista do indisponível interesse público que move a presente instância jurídica, as representações e denúncias que chegam ao conhecimento da autoridade devem ser imparcialmente apreciadas, sob múnus vinculado e não discricionário; se for o caso de se decidir positivamente em fase de admissibilidade, instaurando o processo disciplinar, este deve ser conduzido até o seu final, não podendo se deixar de esgotar as apurações; e, por fim, se for o caso de se concluir pela responsabilização do servidor, este deve ser apenado nos termos legais, não havendo previsão para composições ou repercussões alternativas.

O princípio da indisponibilidade do interesse público tem posituação nos já reproduzidos *caput* e inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

### **3.3.2.4 - Princípio da Oficialidade**

Este princípio se manifesta no processo disciplinar por meio da perseguição ininterrupta do esclarecimento do fato supostamente ilícito de que a Administração teve conhecimento, como forma de atender ao indisponível interesse público de ver iniciadas e esgotadas as apurações. Sem se confundir com condução unilateral, que desrespeitaria o princípio do contraditório, a Administração tem o dever não só de instaurar, mas também de

conduzir, ordenar e impulsionar de ofício o processo em busca da verdade material que ao final ampara a decisão conclusiva, não se limitando à verdade formal e tampouco a apenas o que lhe provoca a parte interessada. Este princípio impõe ainda que a Administração busque a realização inclusive de provas favoráveis à defesa, se são relevantes para o esclarecimento fático, ainda que esta não a tenha solicitado.

Pelo princípio da oficialidade, a Administração tem o poder-dever de apurar, por meio do processo disciplinar, todos os documentos, dados, informações de que tenha conhecimento e que se refiram ao fato investigado, estando autorizada a laborar na sua formalização como autos processuais, ou seja, a trazer para o universo juridicamente reconhecível das peças autuadas todos os fatos de relevância de que tenha conhecimento da vida concreta, desde que por meios de prova lícita.

Outra decorrência deste princípio é que a movimentação e a decisão do processo incumbem à Administração, ainda que a instauração tenha sido provocada por particular. Uma vez instaurado o processo (e, se o foi, foi porque assim indicava o interesse público), ele passa a pertencer à Administração, a quem não é concedida a discricionariedade de retardá-lo ou dele se desinteressar, passando a ser exigida a decisão, seja favorável ou seja contrária ao administrado, sob pena de infringir não só a este princípio como também ao princípio constitucional da eficiência e ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Ainda mais uma consequência deste princípio é que a instância não se encerra e nem o processo se extingue pelo simples decurso do tempo (no máximo, pode-se ter extinta a punibilidade, devido ao instituto da prescrição, conforme se verá em **4.13**, mas não o poder-dever de apurar), sendo certo, inclusive, que a incessante busca da verdade se estende até a revisão de ofício, por parte da Administração, quando novos argumentos ou novos fatos demonstrem a inadequação da decisão original.

O princípio da oficialidade tem posituação no já reproduzido inciso XII do parágrafo único do art. 2º e também no art. 29 e no § 2º do art. 51, todos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.*

*§ 1º O órgão competente para a instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo.*

*§ 2º Os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes.*

*Art. 51.*

*§ 2º A desistência ou renúncia do interessado, conforme o caso, não prejudica o prosseguimento do processo, se a Administração considerar que o interesse público assim o exige.*

### **3.3.2.5 - Princípio da Verdade Material**

Embora, a rigor, este princípio não esteja positivado na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, ele decorre como direto corolário de dois princípios nela expressos: da indisponibilidade do interesse público e da oficialidade, justificando aqui a sua exposição.

Conforme já aduzido em **3.3.2.3** e **3.3.2.4**, o processo é movido por oficialidade e pela indisponibilidade do interesse público na busca do esclarecimento imparcial do fato. Neste objetivo, a Administração deve se valer do princípio da verdade material (ou da verdade real) ou ainda chamado de princípio da livre investigação das provas, que a autoriza a buscar e lícitamente transladar para os autos qualquer fato ou elemento da vida concreta de que a comissão ou as autoridades intervenientes tenham conhecimento e que possa influir na

formação de sua convicção. À vista deste princípio, a atuação da Administração, *ex officio* e indisponível, se dá então com liberdade na busca da prova.

A verdade material em si pode ser compreendida como o resultado da capacidade e da competência, por parte da Administração, em materializar em prova juridicamente lícita no processo todo o conhecimento que porventura possua sobre fatos reais do mundo concreto e que interessam para o esclarecimento do objeto de sua apuração, seja contra ou a favor da defesa e independentemente de sua provocação. A convicção que se busca desta forma e que por ela se exprime, materializando o processo o quanto mais possível o fiel retrato do que ocorreu no mundo concreto, consubstancia a chamada verdade material.

Este princípio ordena que a Administração não se limite às provas formalizadas no processo, à chamada verdade formal, àquilo que resta nos autos como verdadeiro em função tão somente dos elementos carreados. Enquanto no processo judicial (não tanto no penal, que também lida com interesses indisponíveis, mas sobretudo no civil, em geral voltado para direitos disponíveis e fortemente marcado pela verdade formal, em que a busca da verdade material é excepcional) o juiz somente deve cingir-se às provas indicadas pelas partes no devido tempo, no processo disciplinar, a Administração deve, até o momento do julgamento, buscar de ofício ou recepcionar da parte, e formalizar, autuando, novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fato superveniente, independentemente de serem favoráveis ou contrárias à defesa e de terem sido peticionadas ou não por esta.

Comparativamente, em termos de aceitação (ou até de submissão) à verdade formal ou de liberdade (ou até de obrigação) para buscar a verdade material, pode-se situar a instância civil em um extremo e a instância disciplinar em outro, com a instância penal situada entre ambas, mas muito mais próxima desta do que daquela. Mais detalhadamente, enquanto o juiz civil pode se satisfazer com os elementos trazidos pelas partes e com os fatos por elas discutidos, formando assim sua convicção com base na verdade formal, já que, em geral, trata de direitos disponíveis do demandante e do demandado da ação (em que se verifica razoável espaço para presunções, ficções ou transações legalmente aceitas), o juiz penal, à vista do interesse indisponível de sua tutela (seja de suprir a acusação, em homenagem à restauração do equilíbrio social afetado com o crime, seja de acatar a defesa, privilegiando esgotar as apurações com o fim de não afetar injustamente o direito à liberdade de um inocente), deve aprofundar as apurações acerca de quem praticou a infração e sob que condições o fez, buscando amparo para sua convicção muito além da verdade formal inicialmente autuada pela acusação ou pela defesa, mas ainda assim o faz sob rígidas delimitações da lei processual penal. No extremo, a autoridade administrativa, também atuando sob múnus público de interesses indisponíveis e em instância punitiva, igualmente deve esgotar as apurações - seja para restabelecer o equilíbrio interno da Administração, afetado pelo ilícito, seja para evitar a responsabilização indevida de servidor -, contando com um grau de liberdade ainda maior que o juiz penal, à vista da menor previsão legal acerca de provas, prazos e rito apuratório.

O princípio da verdade material atua na processualística disciplinar com tamanha intensidade que nem mesmo eventuais ausência de defesa ou defesa pífia permitem que se considere como verdadeiro o teor acusatório.

Uma vez que a busca é a da verdade material e que, para tal, a Administração move-se por oficialidade e que atua o princípio da comunhão da prova, conforme se abordará em **3.3.3.7** e em **4.4.1.2**, não existe a dicotomia de provas de acusação e provas de defesa, mas sim apenas e indistintamente provas do processo, coletadas sob exclusiva ótica do interesse público de esgotar o esclarecimento dos fatos. Daí porque se obriga a realização de prova de conhecimento da comissão que atue favoravelmente à defesa mesmo se esta não peticona pela realização. Obviamente, pela já aduzida intercomunicabilidade dos princípios, se a Administração conhece de nova prova, contrária à parte, deve ofertar ao acusado a possibilidade de contraditá-la. Prevalece, portanto, a verdade material sobre a verdade formal.

Também o princípio da verdade material, em sintonia com o princípio do formalismo

moderado e à vista da peculiaridade de não haver no processo disciplinar partes que se opõem (não já uma parte que acusa ou que pleiteia e outra que se defende ou que contesta), autoriza a conclusão da não preclusão da instância, podendo a prova ser produzida a qualquer tempo, já que a postergação de prazos e de direitos a favor da defesa não se contrapõe a interesses de outra parte, com óbvia ressalva de, caso seja contrária aos interesses da defesa, ser submetida à prerrogativa do contraditório.

E, em Estado Democrático de Direito, em que o processo se move pela apuração do fato e não pela punição do servidor, menos ainda se pode cogitar de verdade sabida, com a qual se chegava a uma punição à margem de qualquer apuração contraditória e da comprovação, tendo-se por base apenas o conhecimento do cometimento de suposta irregularidade por parte da autoridade competente (esta discricionariedade não é tolerada no contexto jurídico atual, nem mesmo se o ato irregular é notório ou de conhecimento público), de acordo também com a doutrina.

*“Assim, não cabe mais falar no instituto da ‘verdade sabida’. Se este permitia à autoridade que tomasse conhecimento pessoal e imediato de fato punível, poder aplicar a sanção independentemente de apuração em processo disciplinar ou sindicância, com o advento da citada norma constitucional do art. 5º, LV, passa-se ao entendimento de que ‘mesmo nas penalidades de advertência e suspensão de até 30 dias, impõe-se a instauração de sindicância para apuração de responsabilidades, observando-se o princípio da ampla defesa - Parecer SAF nº 83/92, DOU 23.03.92.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 69, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

### **3.3.2.6 - Princípio da Razoabilidade**

O princípio da razoabilidade, em essência, confunde-se com a noção concreta de bom senso jurídico e de senso de justiça; ou seja, em outras palavras, traduz-se na aplicação do bom senso na matéria de Direito. Juridicamente, traz a dificuldade de se reportar a conceitos que variam de indivíduo para indivíduo. Daí, talvez seja mais palpável identificar, a *contrario sensu*, a ilegitimidade de um ato não razoável. Para o fim jurídico, aí se enquadrariam as condutas bizarras, incoerentes, desarrazoada e aquelas que não seriam praticadas sob ótica da mediana prudência e sensatez.

Em regra, atuando como uma verdadeira matriz condutora dos trabalhos de interpretação das normas e dos atos, a razoabilidade atua em contraposição à estrita legalidade, quando a formalidade da lei e seus aspectos exteriores podem causar um afastamento da finalidade da norma. Pode a comissão deparar-se com situações em que a submissão à literalidade da lei simultaneamente infringe não só ao senso comum de justiça mas também ao princípio do interesse público. Nestes casos específicos, a razoabilidade autoriza que o agente público atue de forma a não se afastar do espírito que se depreende da lei, ainda que em detrimento de algum aspecto formal ou literal.

Por exemplo, em que pese a vinculação do poder-dever de apurar, determinado pela legalidade, pode não ser razoável a autoridade decidir pela instauração da instância disciplinar, com todos os ônus a ela inerentes, mediante representação ou denúncia extremamente vaga, imprecisa, noticiadora de irregularidade de ínfimo aspecto delituoso ou de punibilidade já prescrita e sem possibilidade de outras instâncias de repercussão (civil ou penal). Configuraria afronta ao princípio da razoabilidade a análise de fatos, supostamente irregulares que não levasse em conta as reais condições práticas e operacionais de trabalho, bem como as praxes, as peculiaridades locais ou regionais e os usos e costumes sedimentados na Administração, nos termos já expostos em 3.3 e que novamente serão abordados em 4.3.10.3.1. Também atendem ao princípio da razoabilidade os conceitos expostos em 4.6.3.2 e em 4.6.3.3, acerca do erro escusável e da ausência de ilicitude material, como forma de contemplar o bom senso na matéria disciplinar ao agregar à literalidade da lei a inafastável

noção de fator humano.

O princípio da razoabilidade tem posituação no *caput* do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

### **3.3.2.7 - Princípio da Proporcionalidade**

Guardando estreita relação com a razoabilidade, este princípio determina que a Administração tão somente imponha ao servidor obrigações, restrições e sanções na medida estritamente necessária ao atendimento do interesse público, adequando meios e fins para que o resultado não seja desproporcional. Este princípio condena o emprego de meios desproporcionais ao fim desejado, exigindo sempre a imposição do menor sacrifício ao administrado, no limite da estrita necessidade, com o qual já se torne possível atender ao interesse público. O enunciado esclarece ao operador do Direito a ponderação que se deve ter entre a adequação da medida estatal que afete órbita de direitos do administrado, a necessidade de tal medida e a exata proporção com o resultado dela decorrente. O princípio informa não só o afastamento das exigências exageradas, mas também daquelas inócuas e inúteis, que causam qualquer forma de sacrifício que pode ser dispensada sem prejuízo do interesse público.

No processo disciplinar, mais especificamente, à luz deste princípio, a penalidade aplicada deve ser adequada ao ato ilícito, condizente com sua gravidade, atentando para o que se consagra como do simetria da pena. Neste contexto, importante antecipar tema que será detalhadamente exposto em **4.7.1.1** e em **4.10.2.1**: tendo em vista a vinculação da aplicação da pena e sua inequívoca associação aos enquadramentos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o melhor manejo deste princípio, em conjunto com o princípio da razoabilidade, inegavelmente relevantes em seara pública punitiva, se dá não na inaceitável mitigação da pena associada ao enquadramento conclusivo, mas sim na definição razoável e proporcional deste enquadramento. Não se quer dizer que a Administração, por meio da comissão e da autoridade julgadora, não atenta para estes dois princípios; atenta, sim, mas não com o condão de deixar de aplicar penas vinculadamente associadas aos enquadramentos, mas sim em buscar uma compreensão mais razoável e proporcional dos fatos cometidos antes de enquadrá-los.

O princípio da proporcionalidade tem posituação nos já reproduzidos *caput* e inciso VI do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

### **3.3.2.8 - Princípios da Segurança Jurídica e do Prejuízo**

Em comunicação com os princípios da eficiência, do formalismo moderado e da razoabilidade, em contraposição à estrita legalidade, a aplicação do princípio da segurança jurídica, também chamado de princípio da estabilidade das relações jurídicas, visa a impedir a desconstituição desnecessária de atos jurídicos, ainda quando eivados de alguma imperfeição irrelevante. Segundo este princípio, pode haver situações em que a desconstituição de ato irrelevantemente imperfeito não justifica a instabilidade e a perturbação causada na ordem jurídica.

Pelo princípio da segurança jurídica, vícios superáveis nos atos administrativos podem ser considerados incapazes de suscitar a invalidade do ato, a fim de se preservar as lícitas relações jurídicas dele constituídas e decorrentes. A necessidade de se preservar a segurança jurídica impõe a convalidação do ato imperfeito, conforme melhor se aduzirá em **4.12**. Traz-se à tona, em reforço, o princípio do prejuízo, segundo o qual somente se cogita de declarar nulo um ato produzido sob mácula de ilegalidade caso dele tenha decorrido efetivo prejuízo ao administrado.

O princípio do prejuízo, comumente mencionado na forma do brocardo *pas de nullité*

*sans grief* (não há nulidade sem prejuízo), ponderando os princípios da autotutela, do formalismo moderado e da busca da verdade material, informa que não há necessidade de se declarar nulidade de ato cometido com vício se dele não decorrer nenhum prejuízo à defesa no curso do processo, conforme melhor se discorrerá em **4.12.1**.

Por óbvio, o princípio da segurança jurídica, dentro da forma dinâmica como se entende a rica matéria principiológica, mantém fronteira ao mesmo tempo com os princípios da autotutela e da pluralidade das instâncias e também com o princípio do prejuízo, segundo os quais, em conjunto, cabe à Administração rever e até anular atos tidos como ilegais, devendo-se, todavia, sopesar a relevância e a necessidade de o vício justificar a anulação do ato ou não.

A dinâmica acima mencionada pode ser ilustrada com a exigência de que a realização de atos de instrução probatória no curso do processo disciplinar seja antecipadamente notificada à defesa para que esta, caso deseje, possa participar. A ausência de notificação ou a sua feitura em prazo menor que o previsto em lei pode inquinar de nulidade o ato instrucional em si, devendo a própria comissão, em exercício de autotutela de seus trabalhos, declarar a nulidade. Todavia, se mesmo não notificado ou se notificado de forma irregular, o servidor comparece e efetivamente exercita sua prerrogativa de contraditar a realização do ato instrucional, de forma a não configurar nenhum prejuízo em sua defesa em virtude do defeito de forma na notificação, afasta-se, por atenção ao princípio do prejuízo, a necessidade de se exercer a autotutela e de conseqüentemente se declarar a nulidade do ato de prova, restando este válido.

Outra visão, mais ampla, do mesmo princípio da segurança jurídica - sem se confundir com a hipótese acima de ilegalidade do ato -, informa que, a despeito do caráter dinâmico com que se compreende a ciência jurídica, capaz de natural e salutarmente comportar distintas interpretações válidas sobre um mesmo tema, uma vez adotada determinada linha interpretativa, ainda que esta venha a ser alterada no âmbito da Administração, os atos administrativos e as situações jurídicas deles decorrentes atingidas pela nova interpretação não devem ser submetidas por este recente posicionamento, sob pena de se realçar nefasta insegurança nas relações jurídicas. O princípio da segurança jurídica, nesta sua acepção mais abrangente, determina que novas interpretações devem ter aplicabilidade apenas a partir de sua adoção (ou seja, aplicação *ex nunc*), sem atingir as situações já consolidadas - a menos que se verifique alguma ilegalidade no *iter* decisório anterior.

Uma específica manifestação do princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Disciplinar se opera por meio do consagrado instituto da prescrição, que faz falecer o poder punitivo estatal após o decurso de determinado prazo legal, sob pena, de ao contrário, ter o servidor de conviver, eternamente, com a sensação de insegurança de a qualquer tempo ainda poder ser atingido pelo poder correccional.

O princípio da segurança jurídica tem positivação nos já reproduzidos *caput* e incisos IX e XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. O princípio do prejuízo, por sua vez, também encontra positivação no art. 55 da citada Lei.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.*

### **3.3.2.9 - Princípios do Formalismo Moderado e da Instrumentalidade da Forma**

Por um lado, é certo que não se dispensa o processo, como o devido rito legal onde se discutem questões referentes ao Direito material e por meio do qual se concatenam os atos que sustentam e justificam a decisão final, atuando ainda como o foro controlador da legalidade e assegurador das garantias de ampla defesa e de contraditório em favor do

administrado, para que este possa participar da formação da vontade estatal. Mas, por outro lado, como decorrência do mandamento também de instância constitucional de se buscar a eficiência, por meio de uma conclusão válida e justa, o processo disciplinar deve ser entendido e conduzido pela Administração como sendo apenas um instrumento e não um fim em si mesmo. Daí, pode ser despido de exageros formais que dificultem ou impeçam a participação do servidor, sobretudo para exercitar as garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório. *A priori*, os atos do processo disciplinar não dependem de forma determinada como condição de validade, a menos que lei exija.

Com maior rigor restritivo, este princípio pode ser invocado sempre a favor do servidor, pois o princípio também visa a facilitar a participação do interessado. Sua aplicação é benigna, sobretudo alcançando atos a cargo do servidor. Não se consente que a Administração desrespeite alguma formalidade exigida em lei em detrimento da defesa, mas se poderá fazê-lo se a formalidade puder ser dispensada sem afrontar a lei e tal dispensa favorecer ou, pelo menos, não prejudicar a parte.

Em síntese, dispensam-se formas rígidas e ritos sacramentais, bastando se adotar formas simples, estritamente necessárias para assegurar a certeza jurídica e a segurança procedimental do ato praticado, salvo expressa determinação legal em contrário ou se o ato atingir direito do acusado.

Uma vez que o objetivo do processo disciplinar é esclarecer a verdade material acerca de fato supostamente ilícito que chega ao conhecimento da Administração, mais importa o conteúdo que a forma dos atos. Tanto é verdade, por exemplo, que a defesa pode ser exercitada pelo próprio servidor, não se exigindo defesa técnica, ainda que ele não seja familiarizado com meandros processuais. Assim, desde que se possa subentender a intenção do servidor, não se recusam petições, recursos e atos de defesa em geral por defeitos de forma, como por exemplo, se a terminologia empregada ou se a autoridade citada como destinatária estiver grafada de forma incorreta.

Fortemente associado ao princípio do formalismo moderado, o tema em tela traz à tona outro princípio, que é o da instrumentalidade das formas. Por este princípio, compreende-se que o processo propriamente dito não encerra um fim em si mesmo mas sim ele é apenas mero instrumento para se chegar a determinado fim (uma decisão de mérito, em regra). Segundo este princípio, o rigor formal dos autos só deve ser tido como absolutamente indispensável à validade dos atos se a sua mitigação influenciar no objetivo, que é a justa decisão.

Segundo este princípio, no rito administrativo, a sacralidade das formas deve dar lugar à sua instrumentalidade, considerando-se regulares os efeitos de determinado ato ainda que produzido com algum defeito procedimental se atingiu a finalidade a que se destinava. A sacralização das formas não deve ser tal que, para que se obedeça a uma determinada regra processual, tenha de se absolver um culpado ou condenar um inocente. Ainda de acordo com o mesmo princípio, a violação de simples forma - que é um meio, um instrumento para se chegar à decisão de mérito - pode não prejudicar a finalidade do processo, que é a decisão.

Os princípios do formalismo moderado e da instrumentalidade da forma têm posituação nos incisos VIII e IX do parágrafo único do art. 2º e no art. 22, ambos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.*

*§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.*

*§ 2º Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.*

*§ 3º A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo.*

*§ 4º O processo deverá ter suas páginas numeradas sequencialmente e rubricadas.*

### **3.3.2.10 - Princípio da Gratuidade**

Como decorrência dos princípios da ampla defesa e da impessoalidade, o processo disciplinar deve ser caracterizado pela absoluta gratuidade. Não cabe à Administração impor obstáculos ao direito do servidor exercer a ampla defesa, impondo-lhe pagamento de custas, de despesas processuais ou de honorários decorrentes de ônus de sucumbência, a menos de expressa previsão legal.

A rigor, o que há no processo disciplinar é ausência de custas processuais. A Administração não pode cobrar custas ou repassar ao acusado custos com o andamento processual como condição para realização de determinado ato, visto que o que a move é o interesse público de esclarecer o fato. Qualquer ato que se justifique para este objetivo deve ser realizado sob ônus público e estatal. Todavia, isto não impede que, em decorrência do processo, por mera vontade própria, o acusado incorra em gastos pessoais. Não se deve confundir o princípio acima definido com impor à Administração os gastos próprios da parte, tais como contratação de advogado (o que sequer é exigido no processo disciplinar) ou pagamento de procuradores, assistentes técnicos ou consultores particulares. O princípio, em suma, é o da ausência de custas e não da gratuidade propriamente dita, já que os gastos incidentais, decorrentes de pretensão do servidor, deverão ser por ele custeados, sem previsão legal de ressarcimento, ainda que ao final seja inocentado.

Cite-se que a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no art. 173, não prevê pagamento de diária e transporte para o acusado acompanhar pessoalmente atos instrucionais porventura realizados fora da sua localidade de lotação (ou de exercício, se diferente), conforme ratificam a jurisprudência e a doutrina; há expressa garantia de tais pagamentos apenas quando o acusado necessita se deslocar para ser interrogado. Justamente em razão de tal limitação, vigora na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) o regramento interno de que a competência instauradora e, por conseguinte, a tramitação do processo disciplinar vinculam-se à jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do acusado, como forma de minorar o risco de este ter de suportar ônus financeiro no acompanhamento processual.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 173. Serão assegurados transporte e diárias:*

*I - ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado;*

*II - aos membros da comissão e ao secretário, quando obrigados a se deslocarem da sede dos trabalhos para a realização de missão essencial ao esclarecimento dos fatos.*

*STJ, Recurso Especial nº 678.240: “10. O alegado cerceamento de defesa ocorreu, segundo o recorrido, porque ‘[a] comissão processante, ao deslocar-se ao interior do estado, para coleta de provas, não proporcionou as diárias a que tinha direito o A. para que pudesse acompanhar as diligências e tomada de depoimentos’ (fl. 4). 11. Em momento algum, a Lei n. 8.112/90 determinou à Administração Pública o pagamento do deslocamento do servidor investigado para acompanhar as diligências realizadas no PAD. Ao contrário, o art. 156, caput, daquele diploma normativo apenas garante o direito de o servidor acompanhar as diligências (obviamente, se quiser e se tiver condições).”*

*“Na condição de denunciado ou indiciado e estando o processo sendo realizado fora da cidade onde trabalha, a locomoção e as despesas com refeições não serão pagas pela administração, pois este inciso é claro quando diz ‘convocado para prestar depoimento’ e não para assistir depoimento de outras pessoas.” Wolgran Junqueira Ferreira, “Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União”, pg. 154, Edições*

O princípio da gratuidade tem posituação no inciso XI do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

### **3.3.2.11 - Princípios da Hierarquia e da Autotutela**

O princípio da hierarquia, de imediato, se traduz em duas óbvias e fortes determinações em instância administrativa: a uma, de que os servidores em posição hierárquica inferior devem obediência, nos termos legais, aos que lhes são imediatamente superiores (devendo cumprir ordens superiores que não sejam manifestamente ilegais, conforme o inciso IV do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990), com a decorrência de que, como regra geral, é lícita a aplicação de sanção disciplinar, por superior hierárquico, a seus subordinados (sem prejuízo dos regramentos infralegais específicos internos); e a duas, de que são lícitos os institutos de delegação e de avocação de competências (conforme os arts. 11 a 15 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999). Mas, no que aqui mais interessa, este princípio se traduz em uma relevante consequência principiológica procedimental.

Traz-se então à tona o princípio da autotutela, com supedâneo em duas fortes bases principiológicas informadoras da Administração, quais sejam, a legalidade e a hierarquia. Uma vez que a legalidade impõe ao Estado a sujeição à lei, por óbvio, impõe também o controle da legalidade dos atos administrativos, enquanto a hierarquia autoriza que este controle obrigatório possa se fazer primeiramente no próprio âmbito interno da Administração, sem necessidade de intervenção judicial, de acordo com sua linha de subordinação funcional, refletindo o brocardo de “quem pode o mais, pode o menos”.

O princípio da autotutela foi consagrado não só na doutrina como também na mais alta manifestação jurisprudencial, nos termos das Súmulas nº 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal (STF). Deste princípio, extrai-se, sob ótica instrumental, que pode a Administração, por meio do superior hierárquico, rever os atos emanados pelo subordinado, seja por revogação, seja por anulação, tanto de ofício quanto a pedido, conforme melhor se abordará em 4.12. E, neste rumo, o presente enunciado tem como imediato corolário o princípio da pluralidade das instâncias.

*STF, Enunciado da Súmula nº 346*

*A administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos.*

*STF, Enunciado da Súmula nº 473*

*A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*

O princípio da autotutela tem posituação nos arts. 53 e 55 da Lei nº 9.784, de 1999.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.*

*Art. 55. Em decisão da qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.*

### **3.3.2.12 - Princípio da Pluralidade das Instâncias**

Como decorrência da autotutela e da hierarquia institucional, tem-se a possibilidade de a própria Administração rever seus atos, de ofício ou a pedido, anulando-os ou revogando-os, quando eivados de nulidade.

Este princípio, também chamado de duplo grau de jurisdição, em linha de consequência da cláusula do devido processo legal e de seu corolário de ampla defesa, que inclui os recursos a ela inerentes (conforme o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal - CF), autoriza o direito do administrado ter reexaminada ainda em instância administrativa, sem necessidade de postulação judicial, a decisão que lhe foi contrária.

O princípio da pluralidade das instâncias tem posituação genérica no art. 56 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, por meio do pedido de reconsideração e do recurso hierárquico. Mais especificamente, no processo disciplinar, o enunciado se manifesta não só pelos mencionados institutos do pedido de reconsideração e do recurso hierárquico, mas também por meio da revisão processual, conforme se verá em 5.1.2 e 5.1.3 (em que pese os dois primeiros institutos não serem matéria propriamente disciplinar na Lei nº 8.112, de 12 de dezembro de 1990, mas sim estarem inclusos nos dispositivos que tratam do genérico direito de petição).

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.*

*§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará a autoridade superior.*

*§ 2º Salvo exigência legal, a interposição de recurso administrativo independe de caução.*

*§ 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006)*

### 3.3.3 - Código de Processo Penal, Código Penal, Código de Processo Civil e Código Civil

Prosseguindo na apresentação das fontes do Direito Administrativo Disciplinar, após ter-se abordado a Constituição Federal (CF), como a fonte soberana de qualquer ramo jurídico, e a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regula processualística no âmbito da Administração Pública federal), como a primeira fonte a ser analisada pelo aplicador do Direito quando a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, se mostrar silente, passa-se para a análise do emprego subsidiário de Códigos de matéria substancial e processual das instâncias judiciais, a saber, penal e civil, conforme respaldam a jurisprudência e a doutrina.

*TRF da 4ª Região, Apelação Cível nº 368.621: “Ementa: 2) É consabido que ao processo administrativo disciplinar se pode aplicar subsidiariamente as normas de direito processual penal.*

*“O direito administrativo disciplinar guarda relações com o direito civil (noções de domicílio, de pessoa jurídica), constitucional (princípios e garantias constitucionais incidem diretamente no processo administrativo disciplinar, como do juiz natural, da irretroatividade da norma penal, da inadmissibilidade de provas ilícitas, do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal, da legalidade, moralidade, eficiência, publicidade, etc), penal (conceito de crime contra a Administração Pública como falta disciplinar passível de pena demissória, contagem da prescrição das faltas administrativas pelos prazos prescricionais do Código Penal - art. 142, Lei federal n. 8.112/1990, idéias de excludentes de ilicitude e de culpabilidade, inimputabilidade, etc), processual civil e penal (procedimentos em audiências e para coleta de provas, etc), comercial (conceitos de comércio e gerência, de atividade comercial incompatível com a função pública, para fins de demissão do agente transgressor), dentre outros tantos exemplos.”, Antonio Carlos Alencar*

*Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pg. 163, Editora Fortium, 1ª edição, 2008*

*“O direito disciplinar, como já dito, não é infenso à analogia penal, ainda mais quando se cogita de pena de natureza grave, conforme se vê do entendimento do Supremo Tribunal Federal manifestado no RE 78.917 (RTJ 71/284). O direito disciplinar não é infenso à analogia penal. Antes, ao que ensina Themístocles B. Cavalcanti no caso das penas puramente administrativas, os mesmos princípios podem também ser aplicados por analogia (Direito e Processo Disciplinar, p. 179)”. Sebastião José Lessa, “Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância”, pg. 129, Editora Brasília Jurídica, 4ª edição, 2006*

*“Nesses procedimentos [processo administrativo punitivo] são adotáveis, subsidiariamente os preceitos do processo penal comum, quando não conflitantes com as normas administrativas pertinentes”, Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, pg. 653, Malheiros Editores, 26ª edição, 2001*

Neste rumo, necessário se pontuar de início que a aplicação de dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) e da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC) somente pode ser dar de forma subsidiária, ou seja, quando a CF, a Lei nº 8.112, de 1990, e a Lei nº 9.784, de 1999, não apresentarem disciplinamento para a questão requerida em determinado caso concreto. Ademais, além de jamais poderem ser empregados em detrimento de disciplinamentos existentes nas fontes acima mencionadas, a aplicação subsidiária de dispositivos destes Códigos deve se dar com as devidas adaptações e ajustes para as peculiaridades da instância administrativa em relação às instâncias judiciais. O próprio CPC encerra tal comando positivado em seu art. 15.

*CPC - Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.*

Por fim, acrescenta-se que, na hipótese de tanto a CF, a Lei nº 8.112, de 1990, e a Lei nº 9.784, de 1999, serem silentes em relação a determinado tema, obrigatoriamente deve o aplicador do Direito buscar a integração com os dispositivos do CPP ou do CP, ainda que existam de forma diferente no CPC ou no CC, em virtude da inegável maior linha de afinidade da matéria disciplinar, seja substancial, seja instrumental, com as correlatas matérias do Direito Penal ou do Direito Processual Penal, em comparação com o Direito Civil ou com o Direito Processual Civil. Desta forma, não havendo regramento de determinado tema na CF e após a busca em vão na Lei nº 8.112, de 1990, e em seguida na Lei nº 9.784, de 1999, deve o aplicador buscá-lo no CPP ou no CP; somente em caso de persistir a lacuna é que, em termos de fonte normativa, deve o aplicador estender sua busca no CPC ou no CC. Embora, materialmente, possuindo o Direito Civil grande abrangência e aplicabilidade por regular as relações jurídicas mais cotidianas das pessoas em geral e, em consequência, o CC emane como fonte de inúmeros conceitos e institutos jurídicos e, procedimentalmente, o CPC figure como a lei processual básica e inspiradora dos demais ritos e de maior aplicabilidade genérica, ambos Códigos, para fins de fonte normativa do Direito Administrativo Disciplinar, situam-se como de menor hierarquia.

De forma bastante geral, o CPP e secundariamente o CPC poderão vir a ser empregados para suprir lacunas nas duas Leis de índole administrativa no que diz respeito a rito procedimental, sendo possível se deparar com soluções distintas adotadas pelo legislador para o processo penal e para o processo civil, em razão das peculiaridades das respectivas tutelas ali instrumentalizadas, sendo certo que, em tais casos, conforme afirmado acima, a primeira opção integradora deve ser pela lei processual penal. Já as codificações materiais

encontradas no CP e no CC se voltam mais à integração de conceitos e institutos que lhes são próprios e que complementam o rito e o regime estatutários. Diferentemente do que ocorre com a integração em instância instrumental, em termos de Direitos substanciais é menos comum se deparar com o confronto de um determinado instituto receber conceituações distintas no CP e no CC, a ponto de se ter de eleger aquele como fonte prioritária em relação a este, sendo mais comum de ocorrer de determinado instituto encontrar definição em um ou em outro, em função de sua natureza ser penal ou cível.

Mas aqui há de se fazer uma ressalva acerca da aplicação dos comandos dispostos nos Códigos de índole judicial. Se, de um lado, soa extremamente proveitoso e salutar que o aplicador do Direito Administrativo Disciplinar tenha conhecimento dos princípios e dos comandos de tais leis, por outro lado, deve este aplicador não perder a noção de que a Lei nº 8.112, de 1990, e a processualística disciplinar como um todo têm seus próprios princípios, institutos, definições, comandos e fins, os quais nem sempre coincidem com os daquelas leis voltadas à aplicação pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público e por autoridades policiais. O emprego, portanto, dos dispositivos daqueles Códigos, reforça-se, limita-se à subsidiariedade.

Além dos princípios ora apresentados como síntese da exposição das fontes legislativas de natureza judicial, similarmente ao que se convencionou quando se abordou a fonte constitucional, procedimentos, conceitos e institutos das instâncias material e instrumental penal ou civil que repercutam de forma pontual na instância disciplinar serão apresentados ao longo do texto, apenas no ponto em que se fazem relevantes.

Neste rumo, ao longo do texto, serão pontualmente destacados os seguintes dispositivos do CPP, dentre outros, em lista não exaustiva: dos arts. 76, 77 e 79, acerca de conexão e continência; dos arts. 18 e 20, acerca de sigilo em fase investigativa; do art. 155, acerca da livre convicção; do art. 80, acerca de desmembramento; dos arts. 96 a 99, 105, 111 e 112, acerca dos incidentes de suspeição e de impedimento; dos arts. 351, 353, 357, 360 a 362, 367 e 370, acerca de notificações ou de citações por carta precatória, de réu preso e com hora certa; dos arts. 156 e 386, VI, acerca do ônus probante e da absolvição por ausência de provas; do art. 239, acerca de indícios; dos arts. 232, 234, 235 e 236, acerca de provas documentais e tradução; dos arts. 202 a 224, acerca de oitiva de testemunhas; do art. 226, acerca do reconhecimento de pessoas ou de coisas; dos arts. 159, 160, 174, 176 e 182 acerca de perícias; dos arts. 229 e 230, acerca de acareação; do art. 157, acerca de provas ilícitas; dos arts. 185, 186, 190, 191 e 197 a 200, acerca de interrogatório, dos direitos de o acusado não fazer prova contra si mesmo e de se manter calado e de confissão; dos arts. 149 a 152, acerca do incidente de insanidade mental; do art. 497 do CPP, acerca de defesa inepta; dos arts. 383 e 384, acerca de alteração de enquadramento; dos arts. 563, 565, 566 e 570, acerca de nulidade; e dos arts. 65 e 935, acerca de independência das instâncias.

Da mesma forma, ao longo do texto, serão pontualmente destacados os seguintes dispositivos do CP, dentre outros, em lista não exaustiva: dos arts. 61, 69, 70 e 71, acerca de conexão, concurso de infrações e infrações continuadas; dos arts. 330 e 342, acerca dos crimes de desobediência e de falso testemunho; dos arts. 151 e 153, acerca dos crimes de revelação de correspondência, comunicação telefônica e de revelação de segredo; do art. 26, acerca de inimizabilidade; dos arts. 69 e 70, acerca de concursos de normas ou de infrações; dos arts. 18 a 26, acerca da definição analítica de crime; dos arts. 92 e 312 a 326, acerca de crimes contra a Administração Pública e do efeito acessório da condenação penal de perda do cargo; do art. 63, acerca de reincidência; dos arts. 109 a 112, acerca de prescrição criminal; e do art. 107, acerca de extinção da punibilidade.

Similarmente, ao longo do texto, serão pontualmente destacados os seguintes dispositivos do CPC, dentre outros, em lista não exaustiva: do art. 224, acerca de contagem de prazo; dos arts. 238, 246 a 254, 256, 269, 270 a 275, acerca de notificação inicial ou de citação com hora certa; do art. 188 do CPC, acerca de forma de atos processuais; dos arts. 369

a 374, acerca de provas; dos arts. 442, 443, 447, 448, 455, 457 e 459, acerca de oitivas de testemunhas e de declarantes; dos arts. 483 e 484, acerca de diligências; dos arts. 465 e 464, acerca de perícias; dos arts. 276 as 283, acerca de nulidades; e dos arts. 747 e 748, acerca de interdição judicial.

Por fim, ao longo do texto, serão pontualmente destacados os seguintes dispositivos do CC, dentre outros, em lista não exaustiva: dos arts. 1.591 a 1.595, acerca de relações de parentesco; dos arts. 70 a 76, acerca de domicílio e de domicílio necessário; arts. 927, 932, 935, 942 e 1.147, acerca de reparação civil; dos arts 960 a 991 e 1.150, acerca do Direito de empresa; e do art. 199, acerca de prescrição.

### 3.3.3.1 - Princípio da Livre Valoração da Prova

Segundo este princípio (também chamado de princípio da persuasão racional do julgador), de instância processual tanto penal quanto cível, previsto no *caput* do art. 155 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) e também no art. 371 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), o juiz deve formar livremente sua convicção com base nas provas constantes dos autos. A apreciação das provas não deve se prender e nem se predefinir por critérios legais apriorísticos, mas sim deve decorrer de critérios pessoais do julgador, críticos ou racionais - mas isto não se confunde com autorização para que a autoridade atue com absoluta desvinculação dos elementos dos autos e ainda menos com arbitrariedade, já que a formação de sua convicção deve ser motivada. Também decorre deste princípio que a formação de convicção advém da análise objetiva e da valoração racional e lógica do conjunto de provas para que o julgador conclua acerca da responsabilização ou da inocência de alguém, não se permitindo a inversão da construção, qual seja, a partir de uma opinião apriorística (seja responsabilizadora, seja inocentadora acerca da conduta de alguém), o julgador ajustar a sua forma de interpretar as provas afim de dar amparo ao seu prejulgamento, pois esta manipulação dos elementos autuados significaria uma descaracterização do direito à produção de provas, o que, em última análise redundaria em afronta ao princípio constitucional do devido processo legal.

*CPP - Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008)*

Cabe aqui reproduzir o comando do art. 375 do CPC, a ser lido em conjunto com a afirmação do princípio da livre valoração da prova, pois informa que o julgador se permeie, no ato de decidir, por sua experiência e por sua observação comum dos fatos e fenômenos da vida humana.

*CPC - Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.*

Na processualística disciplinar, este princípio se manifesta em qualquer fase processual, a favor do agente condutor dos trabalhos (seja a autoridade instauradora, seja a comissão disciplinar, seja a autoridade julgadora). Não há dúvida de que, embora não emita um julgamento em *stricto sensu* ao final de sua participação no rito, a comissão disciplinar, ao longo de todo o tempo em que atua (em toda a segunda fase do processo), emite decisões interlocutórias, com destaque para a decisão de promover ou não a indicição do servidor, fazendo-o à luz do conjunto probatório por ela mesma coletado e que ela analisa sob a prerrogativa da livre valoração. É importante destacar, portanto, que, em instância disciplinar, não apenas a autoridade julgadora em sentido estrito, conforme é pacífico na doutrina, se aproveita deste princípio ao emitir o ato final de julgamento, mas também a comissão dele se

vale ao longo de toda a sua atuação processual (bem como também pode nele se apoiar a autoridade instauradora ao decidir em fase de admissibilidade).

*“O princípio da livre convicção da prova norteia, também, os processos disciplinares. Não há hierarquia de provas. Nenhuma é mais importante que a outra, em razão da sua natureza. A autoridade administrativa, como o juiz, fará a apreciação livremente, atribuindo a cada prova o valor que lhe parecer adequado. Evidentemente, fundamentando o seu convencimento.” Léo da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, pg. 485, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

A aplicabilidade deste princípio no processo disciplinar informa que, embora a comissão possa ter entendido pela coleta de diversos atos instrucionais, ao final, nem todos, necessariamente, deverão importar na formação de sua própria convicção ou na convicção da autoridade julgadora, podendo determinado ato de prova ser descartado no cotejo com os demais. Este princípio informa ainda que não há uma prévia e fixa escala de valor para os diferentes elementos formadores de convicção tidos como válidos. Assim, nada impede que uma determinada prova, coletada *a priori* com rigor formal que lhe emprestaria relevante valor de convencimento, à vista da ponderação com as demais, tenha sua força probante mitigada, inclusive em comparação com outra prova para a qual, em princípio, se atribuiria menor valor, conforme se exemplificará em **4.4.5** e em **4.4.16.5**.

Da aplicação deste princípio, depreende-se que a formação de convicção, seja a cargo da comissão, seja a cargo da autoridade, deve ser sedimentada não analisando cada prova isoladamente e de forma estanque das demais, mas sim ao contrário, em cotejo dinâmico com o restante do conjunto probatório. O maior ou menor valor que determinada prova assume na formação da convicção não decorre de uma fixa e prévia escala legal de valoração, mas sim de uma leitura crítica e racional da comissão ou da autoridade à luz das demais provas do caso específico, conforme se abordará em **4.4.18.1** e em **4.10.4.1**. Esta motivada e não arbitrária apreciação do conjunto probatório, de que se aproveita a comissão ou a autoridade, é o direito reflexo do princípio da livre valoração da prova no processo disciplinar.

### **3.3.3.2 - Princípios da Reserva Legal e da Anterioridade e da Irretroatividade da Lei Penal**

Os princípios da reserva legal e da anterioridade da lei penal constituem espécies de como o princípio da legalidade, em gênero, se manifesta na instância material penal, em atendimento a garantias fundamentais estabelecidas em Estado Democrático de Direito, estando positivados conjuntamente tanto no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal (CF) quanto no art. 1º do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), em reflexo do brocardo da *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Pelo mandamento da reserva legal, apenas a lei pode estabelecer a definição de crime e cominar pena. Em complemento, pelo mandamento da anterioridade da lei penal, a lei que define o crime e que comina pena deve estar em vigor no momento da conduta - que, em contrapartida, traz a consequência de não ser dado a ninguém a prerrogativa de alegar o desconhecimento da lei penal (aqui compreendida como a lei que materialmente define crime ou comina pena).

*CF - Art. 5º*

*XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;*

*CP - Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.*

Diante da postura axiologicamente cautelosa e residual com que o aplicador do Direito deve compreender a instância penal, somente é de se considerar como crime a conduta que se amolda com perfeição à definição como tal na norma penal incriminadora, sendo, portanto,

defeso, nesta instância, o emprego da analogia para abarcar como suposto crime uma conduta que apenas se assemelha à previsão hipotética da lei (analogia *in malam partem*), aceitando-se apenas a aplicação da analogia a favor da defesa (analogia *in bonam partem*)

Em ambos princípios, em decorrência das gravosas repercussões quando se cogita de matéria penal, a leitura dos termos “lei” e “legal” deve ser restrita, não se aceitando normas infralegais como definidoras de crimes e como cominadoras de pena.

O princípio da anterioridade traz como corolário o princípio da irretroatividade da lei penal, também refletindo em instância material penal as garantias fundamentais estabelecidas em Estado Democrático de Direito, estando positivado tanto no inciso XL do art. 5º da CF quanto no art. 2º do CP. Este princípio encarta a regra geral de que a lei penal não retroage, ao mesmo tempo em que aceita a exceção de se poder operar a retroatividade quando esta opera a favor do agente.

*CF - Art. 5º*

*XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;*

*CP - Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*

*Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

De se destacar que a retroatividade excepcionalmente aceita para beneficiar o agente somente se dá em termos de direito penal material, não havendo nenhuma possibilidade de retroatividade para normas instrumentais que regulam o rito processual. As inovações processuais têm incidência imediata em todos os processos em andamento, independentemente do tempo do cometimento do crime e também se a alteração é benéfica ou não para a defesa, conforme o art. 2º do CPP.

*CPP - Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.*

Ainda no tema da aplicação da lei penal no tempo, também por reflexo da garantia constitucional insculpida no inciso XL do art. 5º da CF, estampada no *caput* do art. 2º do CP, merece menção a hipótese de quando lei posterior, revogando dispositivo legal anterior que considerava determinada conduta como crime, passa a não mais qualificá-la como tal, restando aquele tipo de conduta como atípica e, portanto, fora da definição de crime (a chamada *abolitio criminis*). Em tal situação, opera-se a retroatividade benigna, extinguindo a punibilidade referente a condutas praticadas ainda ao tempo da lei anterior, conforme o inciso III do art. 107 do CP. Com isto, novos processos sequer são iniciados, os processos em andamento são imediatamente extintos, as sentenças têm cessadas suas execuções, as penas em execução são extintas, bem como também cessam todos os seus efeitos penais (mas não os civis, como, por exemplo, de reparar eventual dano decorrente da conduta). Na mesma toada, quando a lei penal posterior, mesmo sem trazer a completa descriminalização da conduta, inova o ordenamento com qualquer alteração benéfica ao agente (a chamada *novatio legis in mellius*, como, por exemplo, cominação de pena menos rigorosa, aceitação de novas atenuantes ou criação de nova hipótese de extinção de punibilidade), conforme o parágrafo único do art. 2º do CP, é aplicada retroativamente em benefício do autor, no que couber aos casos concretos, seja em processos em andamento, seja em processos já sentenciados.

*CP - Extinção da punibilidade*

*Art. 107. Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*III - pela retroatividade da lei que não mais considera o fato como criminoso*

Os princípios da reserva legal e da anterioridade da lei penal se amoldam à perfeição

ao Direito Administrativo Disciplinar, vez que os ilícitos funcionais e as respectivas penas se encontram exaustivamente definidos nos arts. 116, 117, 127 e 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, não havendo espaço no ordenamento jurídico para se cogitar de imputação de ilicitudes ou de aplicação de penas além daquelas estatutariamente previstas. Também aceita-se, por reflexo constitucional, a repercussão do princípio da irretroatividade da lei penal e seu corolário da retroatividade benigna em instância disciplinar, conforme melhor se abordará em **4.13.5.2**.

### **3.3.3.3 - Princípio da Intervenção Mínima**

Este princípio de instância material penal volta-se ao aplicador do Direito, freando seu ímpeto de aplicar o Direito público punitivo quando a conduta em análise pode ser remediada com a atuação de outras instâncias jurídicas menos repressivas.

O princípio da intervenção mínima informa que a instância penal é de ser vista como o remédio jurídico de aplicação residual, subsidiária e sem excessos para afrontas a bens jurídicos tutelados quando nenhuma outra instância de Direito se mostre eficaz e suficiente. Sendo uma instância de Direito voltada à proteção de relevantes bens jurídicos de interesse de toda a sociedade para cuja afronta impõe as mais severas penas previstas no ordenamento, o princípio em tela ampara que o Direito Penal somente deva ser provocado não só quando o bem jurídico foi atingido pela conduta do agente, mas também quando o foi de forma relevante. Em outras palavras, este princípio aponta para que o aplicador do Direito, antes de cogitar da gravosa provocação da instância penal, verifique se os demais ramos jurídicos não podem solucionar o conflito, de forma que o Direito Penal somente seja aplicado em último caso, quando os controles formais e as proteções encartadas nos demais ramos não supram a necessária tutela a valores primordiais da vida em sociedade.

Na esteira, sendo o Direito Administrativo Disciplinar também uma instância jurídica pública e punitiva e voltando-se para a tutela de um conjunto de bens jurídicos de menor amplitude (o que nem sempre se confunde com menor relevância) que o foco amplo da instância penal, não há porquê não se cogitar de extensão de tal postura salutarmente cautelosa, adotada por este ramo responsável pela proteção de bens jurídicos de interesse de toda a sociedade. Assim, conforme voltará a se expor em **4.6.1.1**, no âmbito restrito da Administração, o Direito Administrativo Disciplinar também deve ser compreendido como o remédio jurídico de aplicação subsidiária e residual, somente justificável quando as demais formas de agir da Administração (seja coibindo ou inibindo ilícitos, seja restabelecendo o equilíbrio interno afetado por condutas indesejadas), como por exemplo, o emprego de todas as ferramentas ao dispor da gestão de pessoas, se demonstram ineficazes e insuficientes.

### **3.3.3.4 - Princípio da Insignificância**

Trata-se de um princípio de instância material penal que reforça o conceito básico de que esta instância de Direito destina-se à proteção de bens jurídicos de maior valor para a sociedade e merecedores de forte tutela estatal, cuja lesão acarreta ao infrator a grave reprovação social, operada pela aplicação da pena. Neste rumo, o princípio informa que o Direito público punitivo somente deve se importar com condutas que, materialmente, exponham a perigo valores fundamentais da sociedade ou, em outras palavras, que contenham lesividade social.

Outra forma de se compreender o princípio em tela é quando, diante de determinada conduta de baixo grau de lesividade, mesmo que o aplicador do Direito cogite da menor pena dentre aquelas legalmente previstas para a espécie, esta ainda se revele exagerada e desproporcional, podendo-se inferir, desta construção, que a tal conduta, ainda que, no plano abstrato, seja possuidora de tipicidade na lei penal, na prática concreta, não atingiu

efetivamente os valores protegidos pelo Direito Penal.

Figurando a dignidade humana como um fundamento constitucional no Estado Democrático de Direito pátrio, no inciso III do art. 1º da Constituição Federal (CF), este princípio afasta a tipicidade de condutas concretas que, embora formalmente até possam ser capituladas em tipos criminais na lei penal, na prática, apresentam escassa potencialidade lesiva.

*CF - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
III - a dignidade da pessoa humana;*

Em razão da construção teórica e hipotética dos tipos penais, o texto legal não comporta a diferenciação para condutas de pequeno grau de afronta, cabendo ao aplicador do Direito a atenção ao princípio, que indica que somente as condutas que de fato lesionem o interesse protegido é que materialmente se adequam ao tipo. Para as condutas incapazes de ofender o bem jurídico tutelado, que podem ser denominadas de ilícitos de bagatela, opera-se a exclusão da tipicidade, no que tange a seu aspecto material.

De se destacar que o princípio da insignificância não comporta aplicação em abstrato, mas sim deve ter a sua amoldação verificada à luz das peculiaridades de cada caso em concreto.

A exemplo do que se aduziu acima para o princípio da intervenção mínima, também é de se aceitar a adoção deste princípio de instância penal no Direito Administrativo Disciplinar, em que, se por um lado, se compreende a necessidade de o regime disciplinar diferenciar-se da lei penal para abarcar maior espectro de gravidades de infrações funcionais, conforme melhor se aduzirá em **4.6.1.1** e em **4.6.3**, por outro lado, é de se ponderar que o caráter mais abrangente dos enquadramentos, em comparação com os tipos criminais, pode ensejar à persecução disciplinar por condutas de inexpressiva lesividade à Administração e ao interesse público.

### **3.3.3.5 - Princípio da Confiança**

Este é um princípio de instância material penal, fundado na premissa de que todos, em princípio, agem com regularidade e com responsabilidade em suas respectivas atribuições legais, práticas e atos, o que pode sustentar o afastamento da tipicidade da conduta daquele que atua na confiança de que o outro agirá dentro dos limites normalmente esperados.

A confiança juridicamente aceita como elemento inibidor da tipicidade da conduta do agente decorre da expectativa que qualquer pessoa mediana tem acerca do desempenho regular das atribuições legais e atividades sociais e laborais por parte dos demais, dentro do grau de normalidade e previsibilidade que se espera de cada um, de forma que este agente tenha, a seu favor, afastada a configuração de fato típico (seja doloso e até mesmo culposos) no comportamento inesperadamente irregular de terceiro. Todavia, a confiança excessivamente depositada e que macula a inferência de dedicação e diligência que se deveria esperar do próprio agente deixa de ter o condão de afastar a tipicidade de sua conduta, no sentido criticável de acomodação ou de omissão.

O princípio da confiança assume relevância em instância administrativa devido a seu caráter interno fortemente marcado pela hierarquia, pela descentralização de competências e pela distribuição e atribuição de tarefas. É facilmente inferido o grau de insegurança jurídica e a antioperacionalidade que se instituiria na Administração se cada autoridade tivesse de rever todos os atos cometidos pelos servidores respectivamente subordinados com o fim de afastar seu rol de responsabilidades referente a todos os atos cometidos sob sua ascendência hierárquica, por vezes escalonada em diversos degraus.

Pode, por exemplo, uma autoridade superior, atuando dentro do que normalmente se espera da análise gerencial das diversas demandas que lhe chegam, acatar determinado encaminhamento a um pleito qualquer, indevidamente proposto por subordinado, sem que houvesse qualquer elemento que lhe chamasse a atenção da incorreção da proposta, ao amparo da relação de confiança depositada na lisura e na capacidade profissional do subordinado. Nesta hipótese, à vista de cautelosa análise das peculiaridades do caso concreto, desde que se verifique que a conduta do superior hierárquico se manteve no limite do que normalmente se poderia esperar da diligência, da dedicação, do aprofundamento e da atenção do homem mediano, pode se cogitar da aplicação do princípio da confiança para subtrair a tipicidade da conduta daquele superior. Por outro lado, novamente com a cautela de aqui não se intenciona ditar regra determinística, atentando para os contornos de cada caso em concreto, a aplicação do princípio em comento pode não valer se a competência deste agente é justamente avaliar ou corrigir as tarefas dos subordinados.

### 3.3.3.6 - Princípio do *Non Bis In Idem*

O enunciado do *non bis in idem* (que, literalmente, significa “não duas vezes sobre a mesma coisa”), embora figure como um princípio geral de Direito, aplicável em qualquer instância jurídica (já que a ideia de Direito traz associadas as noções de obrigação e de sanção), sem dúvida, encontra campo mais fértil de aplicação em ramos jurídicos punitivos, como o Penal e do Administrativo Disciplinar.

Por este enunciado, umbilicalmente associado ao fundamento básico da dignidade da pessoa humana, ninguém deve ser duplamente punido, em uma mesma instância de Direito, por um único fato. O princípio veda a acumulação de penas de mesma natureza em decorrência de um mesmo fato.

Em instância disciplinar, este princípio, refletido na Súmula nº 19 do Supremo Tribunal Federal (STF), impede que, por um mesmo conjunto fático apurado em um determinado processo disciplinar, seja o servidor punido com mais de uma pena. Assim, não se admite, ainda que um único processo encarte a apuração de fatos que se enquadram em mais de um dispositivo legal (seja em concurso de normas em conflito apenas aparente, seja em efetivo concurso de infrações independentes, conforme se aduzirá em 4.5.3), que se apliquem penas de advertência e de suspensão ou penas de advertência e expulsiva ou penas de suspensão e de multa ou penas de suspensão e expulsiva.

*STF, Enunciado da Súmula nº 19  
É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira.*

Todavia, à vista deste princípio, duas ressalvas devem ser destacadas. A primeira é que o enunciado não afasta outro enunciado de idêntico valor informante, qual seja, da independência das instâncias, que se abordará em 4.14.3. Não configura afronta ao princípio do *non bis in idem* a tríplice repercussão de um mesmo ato em distintas esferas de responsabilização, com suas respectivas formas de sancionamento, em sentido lato. Assim, por exemplo, um mesmo fato antijurídico pode receber a reprimenda prevista em instância penal se for tipificado como crime e também justificar a respectiva pena administrativa estatutária se for enquadrado como ilícito disciplinar e ainda sem prejuízo de impor ao agente o dever de reparar eventual dano ocasionado por sua conduta. São três apurações e consequentes apenações de distintas naturezas, satisfazendo distintas tutelas de Direito e que não maculam a regra da vedação de acumulação de penas de mesma índole.

Uma segunda ressalva a ser feita acerca da aplicação do princípio em instância disciplinar é que, conforme já abordado, a Administração concomitantemente, dentro da dinâmica própria da matéria principiológica, também se move pelos princípios da hierarquia e da autotutela, por meio dos quais pode-se ter a necessidade de, a pedido ou de ofício, em

função de algum ato eivado de ilegalidade cometido em qualquer ponto do processo, inclusive pela inadequação do próprio julgamento, se declarar nula esta decisão e o ato de aplicação de penalidade. Nesta hipótese, o necessário refazimento do processo, ainda dentro do prazo prescricional, pode levar à aplicação de outra pena, inclusive mais grave que a primeira. Aqui, tendo se operado a anulação da primeira pena, como se juridicamente ela jamais tivesse existido, não há que se confundir a nova e acertada punição com afronta ao princípio do *non bis in idem*. Na espécie, não se cogita de aplicação de uma segunda pena de mesma natureza (natureza disciplinar-estatutária) para um mesmo fato, mas sim de aplicação da pena correta após se ter anulado a primeira pena indevidamente aplicada, de forma que resta apenas uma sanção. A Advocacia-Geral da União (AGU) já externou idêntico entendimento, por meio do Parecer AGU nº GQ-177, em harmonia também com a jurisprudência e com a doutrina.

*Parecer AGU nº GQ-177, vinculante: “Ementa: O julgamento de processo disciplinar de que advém a aplicação de penalidade mais branda que a cominada em lei, efetuado pela autoridade instauradora, não obsta que aquela efetivamente competente julgue e inflija a punição adequada, sem que esse ato caracterize dupla irrogação de pena, em razão de um mesmo fato ilícito”.*

*STF, Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 24.308: “Ementa: Previsão legal da pena de demissão. Aplicação errônea da pena de suspensão. A hipótese não é de revisão para beneficiar (art. 174 da Lei 8.112/90) mas de ato da Administração Pública proferido contra expressa letra da lei e passível de correção ‘ex officio’. Inaplicabilidade da Súmula 19 do STF. Precedente: MS 23.146. Nenhuma mácula ocorre com relação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, se preservada toda a matéria produzida nos autos do processo administrativo onde esses princípios foram observados.”*

*STF, Mandado de Segurança nº 23.146: “Ementa: Não obstante as sanções de suspensão e demissão tenham sido sucessivamente aplicadas ao mesmo fato, não há ‘bis in idem’, vedado pela Súmula 19, se, para aplicar a demissão, o Presidente da República anulou previamente a suspensão, por incompetência da autoridade inferior que a impusera.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 11.138: “Ementa: 2. O disposto na Súmula 19 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual ‘é inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira’, não se aplica a hipóteses como a dos autos. Em havendo a anulação da primeira punição, não há falar em bis in idem ou em nulidade na aplicação de outra penalidade pela prática da mesma infração.”*

*“Independentemente de o servidor penalizado já ter cumprido, ou não, sua penalidade, quando um ato do processo disciplinar estiver eivado de ilegalidade, deverá ser anulado, até mesmo de ofício, com base no princípio da autotutela, no art. 114 da Lei nº 8.112/90 e nas Súmulas nº 346 e 473 do STF (...).*

*É possível anular um processo disciplinar depois de a penalidade ter sido aplicada e cumprida (...), considerando que:*

*a) não se trata de revisão de ofício prevista no art. 174 da Lei nº 8.112/90, que não pode majorar a penalidade, mas sim da declaração de nulidade do ato, ou seja, do julgamento, por exemplo, que aplicou, indevidamente, determinada penalidade, por estar eivado de ilegalidade. A revisão diz respeito a mérito, pois depende de contraditório para provar o fato novo alegado. Já a ilegalidade do ato administrativo diz respeito à forma, independentemente do contraditório (não há fato novo a ser provado).*

*b) não ocorreu o ‘bis in idem’ vedado na Súmula nº 19 do STF (‘É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira.’), já que a anulação tem efeito retroativo (‘ex tunc’), pelo que é como se o ato anulado não tivesse existido. Na verdade, o ato nulo foi substituído por outro ato válido.” Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da*

### 3.3.3.7 - Princípio da Comunhão da Prova

Este princípio, também chamado de princípio da comunidade da prova ou da aquisição processual, de instância procedimental tanto penal quanto cível, enuncia que, em consequência do sentido publicista do processo como instrumento imparcial de busca da verdade sob garantia de igualdade entre os polos ativo e passivo da demanda, uma vez decidida pelo juiz a realização de uma prova, esta passa a ser do processo, independentemente de que agente atuante a tenha provocado - seja sua realização decorrente de deferimento de pedido apresentado por qualquer parte processual, como autor, vítima, demandante, réu, membro do Ministério Público ou até de terceiros intervenientes, seja determinada de ofício pelo juízo, a nenhum destes agentes a prova pertence.

Ao longo deste tópico, o termo "realização" é empregado para sintetizar tanto o procedimento sequenciado para feitura de uma prova até então inexistente, que incluiu o requerimento (ou indicação ou proposta) de ato instrucional pela parte e sua admissão e introdução (ou produção em si) pelo juiz, quanto a simples petição de juntada de prova já apresentada pronta pela parte e a sua admissão pelo juízo, englobando ainda, em ambos os casos, a última etapa do procedimento probatório, que é a valoração (ou a apreciação) da prova pelo julgador. Em consequência de a abrangência alcançar todo o procedimento probatório, o princípio em tela se aplica já desde a decisão do juiz de realizar a prova, mediante requerimento de feitura do ato instrucional ou petição de juntada, ou ainda de ofício, antes mesmo de sua introdução aos autos, até a valoração em si, por parte daquele julgador, da prova já autuada.

Dentro deste contexto abrangente com que se aborda não só a prova em si mas também o *iter* por meio do qual ela venha aos autos, à vista do norte unicamente público com que o juiz defere ou determina que se realize um ato instrucional ou que se junte um elemento formador de convicção, com o fim de esclarecer para si a verdade, a esta prova não se confere nenhuma forma de identidade subjetiva ou exclusiva propriedade e direito ao uso atrelados a quem peticionou por sua autuação ou a qualquer outro agente processual, bem como as convicções que dela se extraem não se vinculam nem se condicionam apenas ao interesse de algum destes intervenientes, sendo igualmente disponíveis a todos que atuam no processo.

Ainda que, na dinâmica própria do contexto principiológico informador do processo, o enunciado em tela coexista com o princípio da livre valoração probatória, não é dado ao juiz valorar de forma diferente uma determinada prova em face de cada sujeito processual tão somente em razão de quem tenha peticionado por sua realização. É certo, lícito e até mesmo natural que uma prova, ao demonstrar, por exemplo, a ocorrência de determinado fato sobre o qual divergem as partes, possa atuar na convicção do julgador favoravelmente a uma parte e desfavoravelmente a outra; o que o princípio em comento veda é a situação ilógica em que o juízo considere que aquele fato sob discussão tenha ocorrido somente em relação à parte que provocou a realização da prova e que o mesmo fato não tenha ocorrido em relação a outra parte. Em outras palavras, os efeitos - a favor ou em desfavor - advindos de determinada prova introduzida no processo são homogêneos, operando-se verdadeira comunhão, em reflexo literal da própria nomenclatura do princípio, de tornar comum entre os polos ativo e passivo a eficácia daquele elemento instrutório.

Como desdobramento deste preceito básico extraído do princípio em tela, admite-se a lícita possibilidade de qualquer das partes extrair para si argumentos que lhe sejam favoráveis ainda que de elementos oferecidos ou realizados por provocação da outra parte e, *a contrario sensu*, utilizar estes elementos para formar convicção desfavorável justamente à parte que laborou por sua autuação, como, por exemplo, ao reinquirir testemunhas ou ao extrair

informações de documentos ou de demais termos de coleta de provas (como perícias ou diligências, por exemplo) trazidos aos autos por iniciativa desta outra parte.

A prova, coletada no interesse público da justiça e da busca da verdade ou ainda de realização em tais termos deferida, não pertence à parte que por ela peticionou e nem mesmo ao juiz que deferiu sua realização ou que a decidiu de ofício. A prova pertence ao processo, com a dialética hodiernamente encampada em tal termo, que engloba a relação jurídica circunscrita à condução isenta a cargo do juízo e à participação contraditória e com igualdade de condições entre as partes litigantes. Ainda que, no curso do processo, em termos subjetivos, recaia sobre uma parte o ônus de determinada prova, este elemento formador de convicção, uma vez tida sua realização peticionada ou já realizado, é introduzido homoganeamente no processo, podendo dele se utilizar, compartilhar, comungar e coparticipar a outra parte e o julgador, conforme também defende a doutrina.

*“Se, como foi demonstrado, a prova não pertence exclusivamente ao juiz, por outro lado ela não é invocável só por aquele que a produziu. Ao contrário: uma vez levada ao processo, ela pode ser utilizada por qualquer dos sujeitos desse: juiz ou partes. É o princípio da comunhão dos meios de prova.*

*Por força desse princípio é que a testemunha arrolada por uma das partes pode ser inquirida também pela outra; um documento produzido por qualquer delas pode ser invocado pela adversária, e assim por diante.”, Hélio Tornagui, “Curso de Processo Penal”, pgs. 268 e 269, Vol. 1, Editora Saraiva, 5ª edição, 1988*

Ainda em linha de consequência do preceito em tela, não se admite que a parte que tenha peticionado pela realização de determinada prova, posteriormente, entendendo que, ao contrário do esperado, os resultados daquele ato instrucional possam se revelar ou já tenham se revelado prejudiciais a seus próprios interesses, venha a rogar pela desconsideração de seu requerimento ou pela inutilização da prova no processo e na formação do convencimento do juiz. Não cabe sequer à parte requisitar para que, segregadamente, se seccionem as informações contidas naquele elemento formador de convicção, como se possível fosse selecionar apenas a parcela que se demonstre a ela favorável, com intenção de que a outra parcela da prova seja desconsiderada. Uma vez que a prova, em sua íntegra, assume o valor publicista de fornecer ao juízo a informação mais próxima possível do real e somente sob tal cláusula de interesse público teve sua realização deferida, com este instituto não se coadunam as inaceitáveis ideias de propriedade ou de exclusividade ou de seu uso delimitado à conveniência de quem quer que seja. Tanto ao tempo ainda da petição quanto já após a realização da prova, caso o juiz entenda por sua relevância para o correto julgamento, o ato deve ser feito ou a prova deve ser integralmente mantida, a despeito da mudança de intenção de quem havia inicialmente provocado por sua produção. Este primado se reflete, por exemplo, nos comandos do parágrafo único do art. 412 e no art. 419, ambos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC).

Assim é também porque, neste ponto, o princípio da comunhão da prova se reforça com a aplicação de outro primado, qual seja, do princípio geral de Direito que reza a proibição do autofavorecimento de quem quer que seja com sua própria torpeza - aqui, no sentido mais abrangente deste enunciado generalista, pois nele se insere, de forma mais específica ao tema, o preceito da vedação da assunção de comportamentos contraditórios entre si por uma parte em processo (conforme se exemplificará em **4.12.1**). Além do argumento acima apresentado de ausência de propriedade da prova, também ao amparo deste preceito associado à lisura e à lealdade na atuação processual se ratifica que não se tolera que a parte peticione pela realização de determinada prova, quando se presume que este seu ato ampara-se na boa-fé, e, posteriormente, tão somente por vislumbrar que os resultados daquele ato instrucional lhe sejam surpreendentemente desfavoráveis, tente impedir sua realização ou sua valoração (se já realizado), pois, ao assim agir, restará claro o ardil, eivado de má-fé, com a intenção de tentar subtrair do juiz o mais completo entendimento acerca dos fatos reais

discutidos no processo.

Acrescente-se que a comunhão da eficácia da prova constante dos autos supera até mesmo a questão de a quem parte incumbia produzi-la ou, em termos mais comuns, a quem cabia o ônus da prova. Segundo o princípio em tela, para o interesse público da decisão justa, o que importa é que a prova relevante para o deslinde da questão seja realizada e conste dos autos, não sendo pré-requisito de sua admissão e de sua valoração que sua realização tenha decorrido exatamente da parte sobre a qual recaía o ônus de fazê-lo. A prova assume valor homogêneo no processo ainda que tenha sido realizada em virtude de atuação de sobre quem não recaía o ônus de produzi-la e mesmo que, ao final, venha a contribuir na convicção do juiz de forma desfavorável ao interesse desta parte que por ela diligenciou. Isto significa que, uma vez realizada no processo determinada prova, tal elemento atuará na formação de convicção do julgador, de forma homogênea tanto sobre a parte a quem incumbia o ônus de produzi-la quanto sobre a parte oposta e também independentemente de se sua realização se deveu justamente a quem cabia tal ônus ou se, contrariamente, decorreu de quem nem sequer estava obrigado a fazê-lo; e ainda, em qualquer das duas hipóteses, uma vez sendo a prova do processo, não cabe à parte contrariada com sua atuação e valoração requerer seu desentranhamento ou desconsideração.

Por óbvio, se o princípio informa pela manutenção da realização da prova mesmo quando a parte que a provocou, posteriormente, manifesta renúncia ou arrependimento, menos ainda se cogita de se ver alterada a decisão da feitura de ato instrucional ou de juntada de elemento de prova quando esta é determinada de ofício pelo julgador. Ademais, tamanha pode ser a força deste enunciado que se cogita de que, a rigor, em instância processual judicial, a obrigação da realização da prova atua até mesmo sobre o juiz, quando este, após ter deferido o pedido de feitura do ato instrucional apresentado por uma parte ou após ter decidido realizá-lo de ofício, venha a alterar seu entendimento antes da efetiva realização; neste caso, segundo a doutrina, a não realização da prova já decidida somente se legitimaria, na primeira hipótese, com a concordância da outra parte, e, na segunda hipótese, com a concordância de ambas as partes.

*“A palavra comunhão vem do latim ‘communione’, que significa ato ou efeito de comungar, participação em comum em crenças, idéias ou interesses. Referindo-se à prova, portanto, quer-se dizer que a mesma, uma vez no processo, pertence a todos os sujeitos processuais (partes e juiz), não obstante ter sido levada por um deles. (...)*

*O princípio da comunhão da prova é um consectário lógico dos princípios da verdade real e da igualdade das partes na relação jurídico processual, pois as partes, a fim de estabelecer a verdade histórica nos autos do processo, não abrem mão do meio de prova levado para os autos.*

*Outro exemplo. A parte (autor ou a defesa, não importa) junta aos autos um documento que, a princípio, é-lhe favorável. Porém, após determinada reflexão, percebe que aquele documento poderá lhe acarretar prejuízos. Neste caso, não tem o direito de retirar o documento dos autos sem o consentimento da parte contrária, e, mesmo que com o assentimento desta, pode o juiz resolver avaliar o documento para posterior valoração. Por conclusão, os princípios da verdade real e da igualdade das partes na relação jurídico-processual fazem com que as provas carreadas para os autos pertençam a todos os sujeitos processuais, ou seja, dão origem ao princípio da comunhão das provas.”, Paulo Rangel, “Direito Processual Penal”, pgs. 378 e 379, Editora Lumen Juris, 6ª edição, 2002*

Também decorre de leitura circunscrita e delimitada do princípio da comunhão da prova o reconhecimento, já esposado em **2.5.6.2.2**, em atenção à Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal (STF), de que o investigado possa ter residual acesso a elementos de prova já operacionalizados, documentados e autuados em inquérito e que se exaurem em si mesmos e que não apontem para a realização de outras diligências ou que não impliquem

conhecimento da estratégia em fase investigativa.

*STF, Habeas Corpus nº 87.725, Decisão: “Essa compreensão do tema - cabe ressaltar - é revelada por autorizado magistério doutrinário (Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, ‘Da Prova no Processo Penal’, p. 31, item n. 3, 3ª ed., 1994, Saraiva; Daniel Amorim Assumpção Neves, ‘O Princípio da Comunhão da Prova’, in Revista Dialética de Direito Processual (RDPP), vol. 31/19-33, 2005; Fernando Capez, ‘Curso de Processo Penal’, p. 259, item n. 17.7, 7ª ed., 2001, Saraiva; Marcellus Polastri Lima, ‘A Prova Penal’, p. 31, item n. 2, 2ª ed., 2003, Lumen Juris, v.g.), valendo referir, por extremamente relevante, a lição expendida por José Carlos Barbosa Moreira (‘O Juiz e a Prova’, in Revista de Processo, nº 35, Ano IX, abril/junho de 1984, p. 178/184): ‘E basta pensar no seguinte: se a prova for feita, pouco importa a sua origem. (...). A prova do fato não aumenta nem diminui de valor segundo haja sido trazida por aquele a quem cabia o ônus, ou pelo adversário. A isso se chama o ‘princípio da comunhão da prova’: a prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua proveniência. (...).”*

Na processualística disciplinar, o princípio da comunhão da prova encontra adequação em praticamente todas as suas formas de manifestação, sobretudo na fase de inquérito administrativo, em que a coleta ou a feitura dos atos instrucionais se destacam e se concretizam, necessitando apenas de algum temperamento no que diz respeito à peculiar atuação da comissão de inquérito em comparação com a atuação do juiz na tríade composição do processo judicial. Em razão de o colegiado atuar naquela fase tanto como o agente da Administração condutor da persecução quanto como o ente estatal competente para valorar livremente o conjunto probatório, sem se confundir com uma parte antagônica ao acusado, não se cogita de uma prova porventura contrária à defesa ser tida como favorável à comissão ou vice-versa.

Assim, reflete-se integralmente no processo disciplinar o enunciado de que, tendo a prova sua juntada ou realização sempre decorrente de deliberação autônoma e soberana da comissão, seja *ex officio*, seja atendendo pedido de defesa, com atenção unicamente ao interesse público da busca da verdade material, tal elemento, uma vez autuado, passa a pertencer ao processo e tanto o colegiado quanto qualquer acusado podem dele se utilizar como formador de convicção em qualquer sentido que seja, a favor ou contra (inclusive de quem porventura tenha provocado sua autuação).

O princípio da comunhão da prova, voltado para a instância disciplinar, ratifica e reforça o que será melhor abordado em 4.4.1.2 e em 4.4.3.1, de que, independentemente da origem do ato instrucional, não existe a dicotomia de provas de acusação e de provas de defesa e de que, ao lado dos princípios da ampla defesa e do contraditório, havendo mais de um acusado e ainda que seus interesses e teses de defesa sejam colidentes, as provas realizadas, seja de ofício, seja a pedido de algum acusado, submetem-se às necessárias notificações e faculdades de participação de todos e estes podem extrair elementos que lhes sejam favoráveis, ainda que eventualmente em sentido contrário aos interesses da parte que peticionou pela realização.

Reflete-se também o entendimento de que, uma vez decidida pela comissão a autuação de determinada prova - e, se assim deliberou o colegiado, significa que o foi em exclusivo atendimento ao interesse público do esclarecimento fático -, independentemente de sua origem e de a quem ela possa favorecer ou de fato favorece, não cabe a um acusado solicitar a desconsideração da decisão de juntá-la ou de realizá-la (se antes da autuação) ou solicitar seu desentranhamento (se já autuada) ou sequer de ser considerada apenas parcialmente nos elementos que lhe são favoráveis.

Não obstante, não se reflete no inquérito administrativo o entendimento de que, uma vez deliberado pela comissão, a pedido ou de ofício, realizar determinada prova e caso

posteriormente o colegiado altere seu próprio entendimento, a dispensa da realização daquele ato instrutório dependeria da aquiescência do(s) acusado(s). Acima do posicionamento doutrinário acima exposto, quando se apresentou o princípio à luz do processo judicial, eis que, no processo disciplinar, impera a expressa determinação legal, constante do § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, de que compete, autônoma e soberanamente, à comissão, a qualquer tempo, deliberar pela realização ou não de ato de prova e indeferir os pedidos que ela considere impertinentes, protelatórios ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

### 3.3.3.8 - Princípio da Economia Processual

Na percepção de que o processo é compreendido hodiernamente como mero instrumento com o fim de se atingir à segura e eficaz manifestação do direito material e não como um fim em si mesmo, o princípio da economia processual, de instância procedimental tanto penal quanto cível, informa que os atos processuais deverão lograr máximos resultado e aproveitamento. Ou seja, o princípio da economia processual deve ser subentendido como um primado intrinsecamente ligado ao princípio da instrumentalidade das formas, já apresentado em 3.3.2.9 e que, além da positivação nos incisos VIII e IX do parágrafo único do art. 2º e no art. 22, ambos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (a Lei Geral do Processo Administrativo, que regula processualística no âmbito da Administração Pública federal), se espelha, no âmbito do processo civil, por exemplo, nos arts. 188 e 277 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC).

*CPC - Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.*  
*Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.*

O princípio da economia processual ordena que se busque a otimização da ponderação entre o resultado da aplicação do direito e o emprego da atividade processual, em clara atenção à ponderação entre custo e benefício. Em outras palavras, em atenção a este princípio, a atividade jurisdicional deve ser prestada de forma a fornecer o máximo de resultado mediante o mínimo de esforços, impondo que se poupe o desperdício de tempo (o que permite perceber o reflexo do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal (CF), que assegura a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação), de força de trabalho e de despesas na condução do processo e na realização dos atos processuais.

Em suma, o primado ordena a realização do menor número de atos possível para atingimento da prestação jurisdicional sem prejuízo ao devido processo legal, às garantias da parte e à segurança jurídica, dispensando-se o excesso de formalismo e realização de atos não imprescindíveis, e o maior aproveitamento dos atos realizados, de forma a somente terem contra si a declaração de nulidade aqueles atos que efetivamente não reunirem mínimas condições de aceitabilidade e aceitando-se o saneamento quando a nulidade sanável não prejudique à defesa, conforme também preceitua o art. 283 do CPC.

*CPC - Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.*  
*Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.*

De se destacar a visão dinâmica que o aplicador deve ter diante deste princípio, pois, sendo certa a indisponibilidade da prestação jurisdicional, ainda que o bem jurídico tutelado não admita quantificação material, não se tolera que, à conta de economia de determinado ato essencial, se desatenda ao princípio do devido processo legal ou que se prejudiquem os

princípios da ampla defesa e do contraditório ou ainda que se mitigue o princípio da segurança jurídica.

Como exemplos de aplicação deste princípio em instância disciplinar citam-se, dentre outros, a recomendação de extensão do escopo apuratório de determinado processo para abarcar fatos que guardem conexão; a possibilidade de desmembramento em casos de diversidade objetiva e subjetiva; o desnecessário refazimento de ato instrucional coletado com defeito formal e que não tenha importado na formação da convicção ou que, por qualquer outro meio válido, teve o defeito superado; a aceitabilidade de prova emprestada; o comando do § 1º do art. 169 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que tolera que o julgamento realizado fora do prazo original de vinte dias não implica nulidade do processo; a desnecessidade de apresentação de pedido de reconsideração para a interposição de recurso hierárquico.

### **3.3.4 - Formulações, Orientações Normativas e Pareceres do Departamento Administrativo do Serviço Público**

O Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp) foi responsável, desde sua criação em 1938 até sua extinção em 1986, pelo assessoramento imediato da Presidência da República para assuntos relativos a pessoal e serviços gerais dos órgãos civis da Administração Pública federal.

Com a regulamentação, em 1970, dos arts. 30 e 31 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, o Dasp, formal e efetivamente, passou a figurar como órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (Sipeç). Em 1986, esta competência foi repassada para a Secretaria de Recursos Humanos da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República (PR/Sedap/SRH) e, ao longo do tempo, consecutivamente, para a Secretaria de Recursos Humanos da Secretaria de Planejamento e Coordenação da Presidência da República (PR/Seplan/SRH), Departamento de Recursos Humanos da Secretaria de Administração Federal da Presidência da República (PR/SAF/DRH), Secretaria de Recursos Humanos do Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (Mare/SRH), Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG/SRH) e atualmente recai na Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações de Trabalho no Serviço Público do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG/SEGRT). O Sipeç compõe-se, além do órgão central, de unidades setoriais (as Coordenações-Gerais de Gestão de Pessoas - CGGP dos Ministérios), e de unidades seccionais (os Departamentos de Recursos Humanos - DRH das autarquias e fundações públicas).

Sobretudo no período entre 1952 a 1973, no desempenho de suas competências, o Dasp era frequentemente provocado a se manifestar, por meio de pareceres de suas divisões ou coordenações internas (citam-se Coordenação de Legislação de Pessoal - Colepe, e Comissão de Acumulação de Cargos - CAC, as quais, por vezes solicitavam ainda manifestação da Consultoria Jurídica - CJ), em processos administrativos concretos, versando sobre as mais diversas matérias atinentes ao regime jurídico da época, ou seja, sob a antiga Constituição Federal (CF, de 1967) e a Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (o então Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - EF). Naquela época, principalmente se o Departamento Administrativo do Serviço Público não lograva pacificar o entendimento acerca de determinada matéria ou se por qualquer motivo (inclusive recursal) se fazia necessária uma manifestação superior em um processo específico, também era provocada a se manifestar a Consultoria-Geral da República (CGR, atual Advocacia-Geral da União - AGU), igualmente por meio de pareceres.

Como os órgãos subordinados integrantes do Sipeç frequentemente consultavam o Dasp acerca da possibilidade de estenderem, para outros casos concretos, aquelas

manifestações que haviam sido emitidas para situações específicas e individuais, no corpo de um determinado processo, o órgão central decidiu, em 1971, elaborar enunciados impessoais, autônomos e numerados, a valer como interpretação oficial e fonte de uniformização e orientação administrativa sobre os mais variados temas acerca da relação estatutária entre servidor e Administração.

Esses enunciados, chamados Formulações Dasp, foram elaborados pela Colepe, e oficialmente publicados entre 1971 e 1973, e se faziam acompanhar da base legal e dos entendimentos que o Dasp (por meio da própria Colepe, CAC e/ou CJ) e/ou a CGR já haviam emitido ao terem analisado processos concretos. Ou seja, as Formulações eram sínteses impessoais, de uso geral, de manifestações pretéritas do órgão central em processos administrativos específicos. Tais verbetes, por força do inciso III do art. 116 do Decreto-Lei nº 200, de 1967, e conforme estabelece a Formulação Dasp nº 300, passaram a constituir orientação normativa do órgão central obrigatória para os órgãos de pessoal da Administração Pública federal integrantes do Sipec, com respaldo também da doutrina.

*Decreto-Lei nº 200, de 1967 - Art. 116. Ao Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp) incumbe:*

*III - zelar pela observância dessas leis e regulamentos, orientando, coordenando e fiscalizando sua execução, e expedir normas gerais obrigatórias para todos os órgãos;*

*Formulação Dasp nº 300. Formulações*

*As Formulações elaboradas e publicadas pelo Dasp (Colepe) constituem, por força do disposto no art. 116, III, do Decreto-Lei nº 200, de 1967, orientação normativa para os Órgãos de Pessoal da administração federal direta e autárquica.*

*“Daí por que as formulações elaboradas por esse Departamento, embora extinto, continuam a ter, consoante o art. 116, III, do Decreto-Lei nº 200/67, caráter obrigatório no seio de todas as repartições federais, desde que não se choquem com as orientações resultantes dos novos entendimentos (...).” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 45, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

E como muitos dispositivos da revogada Lei nº 1.711, de 1952, foram praticamente reproduzidos na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, apenas com o número do artigo diferente, muitas daquelas Formulações não afrontam o atual ordenamento e permanecem como orientação normativa obrigatória na Administração Pública federal. Destaque-se que a consideração de que determinada Formulação Dasp pode ainda ser tomada como em pleno vigor advém de interpretação do aplicador, sobretudo cotejando os enunciados com o atual ordenamento constitucional e legal, pois não existe uma manifestação oficial, determinística e vinculante da Administração neste sentido.

Além das já citadas Formulações, à mesma época e igualmente com o intuito de manifestar entendimentos impessoais e genéricos após análises de processos concretos, o Dasp emitiu diversos Pareceres e Orientações Normativas, sendo que, muitos deles, pela mesma razão exposta para aqueles enunciados e observados os mesmos critérios de interpretação do aplicador, podem ser considerados ainda válidos no atual ordenamento.

### **3.3.5 - Pareceres da Consultoria Geral da República**

De acordo com a manifestação do próprio Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), por meio de sua Formulação Dasp nº 152, quando aquele órgão não lograva pacificar o entendimento acerca da matéria administrativa ou quando por qualquer motivo (inclusive recursal) se fazia necessária uma manifestação superior em um processo administrativo específico, a questão era levada à extinta Consultoria-Geral da República (CGR).

Já com reflexo no contexto constitucional atual, segundo outra manifestação do Dasp, em sua Formulação Dasp nº 219, os pareceres da CGR que tenham sido recepcionados pela atual Advocacia-Geral da União (AGU) e aprovados pelo Presidente da República são de cumprimento obrigatório nos órgãos federais. A Lei Complementar (LC) nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que é a lei orgânica da AGU, em seu art. 41, e em leitura conjunta com seu art. 40, ratificou a matéria, atribuindo àqueles pareceres da CGR o mesmo valor jurídico dos atuais pareceres do Advogado-Geral da União, desde que tenham sido por este aprovados e submetidos ao Presidente da República. E este valor jurídico se desdobra em ser vinculante para toda Administração federal quando aprovado e publicado oficialmente pelo Presidente da República ou em ser vinculante apenas para os órgãos consulentes quando apenas aprovado e não publicado pelo Presidente da República.

*LC nº 73, de 1993 - Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.*

*Formulação Dasp nº 219. Consultoria-Geral  
Os pareceres da Consultoria-Geral da República aprovados pelo Presidente da República devem ser cumpridos pelos órgãos federais, sob pena de exoneração dos responsáveis demissíveis “ad nutum” ou processo administrativo contra os estáveis.*

### **3.3.6 - Pareceres da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**

A Advocacia-Geral da União (AGU), como órgão máximo de assessoramento jurídico do Poder Executivo federal, tem, dentre outras, competências para assentar a interpretação a prevalecer quando provocada por órgãos jurídicos da Administração que divergem em seus entendimentos. Para isto, a AGU, por meio de seu titular, o Advogado-Geral da União, manifesta-se por meio de parecer. A base legal de tal manifestação repousa nos incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar (LC) nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que é a lei orgânica da AGU e que estabelece, para o Advogado-Geral da União, competência para emitir pareceres enfocando matéria acerca da qual paire divergência de entendimento na Administração.

*LC nº 73, de 1993 - Art. 4º São atribuições do Advogado-Geral da União:  
X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;  
XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal;*

Prosseguindo na análise, eis que, conforme o *caput* do art. 40 da LC nº 73, de 1993, que é a lei orgânica da Advocacia-Geral da União (AGU), o parecer adotado pelo Advogado-Geral da União é submetido à aprovação do Presidente da República.

De um lado, de acordo com o § 1º do mesmo comando legal acima, se o parecer é aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial, a peça passa a vincular toda a Administração federal, ficando os órgãos e entidades públicos do Poder Executivo federal (não alcança os Poderes Legislativo e Judiciário, conforme assevera a própria AGU, em seu Parecer AGU nº GQ-11) obrigados a lhe dar fiel cumprimento, alcançando além dos órgãos que provocaram e/ou que consultaram a AGU.

*Parecer AGU nº GQ-11, vinculante: “18. (...) o ‘caput’ do art. 131 da Constituição Federal de 88, ao dispor sobre a Advocacia-Geral da União, estabelece a ela competir a representação judicial e extrajudicial da União,*

*‘cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.’ Desse modo, do exame conjunto desse dispositivo constitucional com os transcritos da Lei Complementar nº 73/93, resta-me a convicção de que a expressão ‘Administração Federal’, nestes insertas, equivale ao Poder Executivo, não incluídos o Legislativo e o Judiciário. Isso, aliás, já decorreria do princípio da separação de Poderes, estipulado no art. 2º da Constituição.”*

De outro lado, conforme o § 2º do mesmo comando legal, se o parecer é apenas aprovado pelo Presidente da República, mas não publicado, a peça pode ser tomada como referência no âmbito de toda a Administração federal, visto que obriga apenas aos órgãos envolvidos no caso específico, a partir do momento em que dele tenham ciência.

*LC nº 73, de 1993 - Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.*

*§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a administração federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.*

*§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.*

Na verdade, tais pareceres mencionados como do Advogado-Geral da União são lavrados por Consultores da União e recebem numeração individualizada com iniciais dos nomes de seus autores. Caso seja adotado pelo Advogado-Geral da União, o parecer recebe nova numeração, precedida das iniciais do nome do titular da Advocacia-Geral da União, tendo como anexo o parecer originário do Consultor da União.

Uma vez que, com o Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, em seu art. 1º, o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado a competência para julgar processos disciplinares e aplicar penalidades de demissão e cassação de aposentadoria, têm sido decrescente, em quantidade, as provocações ao órgão máximo de assessoramento jurídico da União, já que as decisões mais relevantes em matéria disciplinar, em regra, passaram a se concentrar nas Consultorias Jurídicas (ConJur) dos respectivos Ministérios.

Como consequência desta redução, da base de dados disponibilizada no sítio eletrônico da AGU, constam pareceres, sobre a matéria de interesse, adotados apenas por dois Advogados-Gerais da União. Com isto, neste texto, citam-se alguns Pareceres nº GQ (de Geraldo Magela da Cruz Quintão, de 1993 a 1999) e GM (de Gilmar Ferreira Mendes, de 2000 a 2001). Por fim, à vista das justificativas acima, os Ministros que ocuparam o cargo de Advogado-Geral da União a partir de 2003 ou não adotaram nenhum Parecer sobre matéria disciplinar ou o fizeram para Parecer de pouca relevância técnica no escopo deste texto

No Anexo I, estão agrupadas as principais passagens de Pareceres da AGU sobre matéria disciplinar, que se encontram distribuídas ao longo deste texto.

Prosseguindo na linha descritiva da delegação de competência, o art. 42 da LC nº 73, de 1993, estabelece que os pareceres das ConJur dos Ministérios, aprovados pelos respectivos titulares das Pastas, obrigam os órgãos e entidades que provocaram o parecer. Deve-se então destacar, em particular, a existência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), que é órgão subordinado técnica e juridicamente ao Advogado-Geral da União e administrativamente subordinado ao Ministro de Estado da Fazenda, incumbido do assessoramento jurídicos no âmbito do Ministério da Fazenda (MF), conforme o § 1º do art. 2º e os arts. 12 e 13, todos da LC nº 73, de 1993.

*LC nº 73, de 1993 - Art. 42. Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.*

Assim, os pareceres da PGFN versando sobre matéria disciplinar, se aprovados pelo Ministro de Estado da Fazenda, vinculam os feitos disciplinares instaurados na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), pela Corregedoria (Coger) ou pelos Escritórios de Corregedoria (Escor). Conforme já afirmado acima e reiterado em **4.10.3.1**, os casos envolvendo aplicação de pena capital bem como os pedidos de revisão processual, de acordo com o que se exporá em **5.1.3.3**, são de competência ministerial, cabendo então assessoramento da PGFN. E informe-se que, como regra, aquela condição (de o parecer da PGFN lograr aprovação ministerial) foi satisfeita na grande maioria destas peças mencionadas ao longo deste texto, o que as torna vinculantes no âmbito da RFB.

### **3.3.7 - Enunciados da Comissão de Coordenação de Correição do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União**

De acordo com o inciso IV do art. 2º e com o art. 3º, ambos do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, e com o art. 2º da Portaria CGU nº 335, de 30 de junho de 2006, o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SisCor-PEF), já mencionado em **2.1.4**, compõe-se, além do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), como órgão central, da Corregedoria-Geral da União da CGU (CGU/CRG) e das unidades setoriais de correição, das unidades seccionais de correição e da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC).

*Decreto nº 5.480, de 2005 - Art. 2º Integram o Sistema de Correição:*

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

*Art. 3º A Comissão de Coordenação de Correição, instância colegiada com funções consultivas, com o objetivo de fomentar a integração e uniformizar entendimentos dos órgãos e unidades que integram o Sistema de Correição, é composta:*

*I - pelo Ministro de Estado do Controle e da Transparência, que a presidirá;*

*II - pelo Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União;*

*III - pelo Corregedor-Geral e pelos Corregedores-Gerais Adjuntos do Órgão Central do Sistema;*

*IV - por três titulares das unidades setoriais; e*

*V - por três titulares das unidades seccionais.*

*Parágrafo único. Os membros referidos nos incisos IV e V serão designados pelo titular do Órgão Central do Sistema.*

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 2º O Sistema de Correição do Poder Executivo Federal é composto pela Controladoria-Geral da União, como Órgão Central; unidades específicas de correição para atuação junto aos Ministérios, como unidades setoriais; unidades específicas de correição nos órgãos que compõem a estrutura dos Ministérios, bem como suas autarquias e fundações públicas, como unidades seccionais; e, Comissão de Coordenação de Correição, como instância colegiada com funções consultivas, com o objetivo de fomentar a integração e uniformizar entendimentos dos órgãos e unidades que integram o Sistema.*

A CGU/CCC é um colegiado de função consultiva, com o fim de integrar e de uniformizar entendimentos no âmbito do SisCor-PEF e é composta pelo Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, pelo Secretário-Executivo da CGU, pelo Corregedor-Geral da União da CGU e pelos três Corregedores Adjuntos da CGU e ainda por titulares de três unidades setoriais de correição e de três unidades seccionais de correição.

Dentre as competências da CGU/CCC, dispostas no mencionado Decreto (em seu art. 6º) e também em seu Regimento Interno (Portaria CGU nº 824, de 28 de abril de 2011, sobretudo no inciso V do seu art. 3º), destaca-se, para o presente foco de interesse, que os atos do colegiado (enunciados, instruções e orientações normativas) têm o “*intuito de padronizar a*

*interpretação referente às atividades de correição”.*

*Portaria CGU nº 854, de 2011 - Art. 3º Compete à CCC, mediante consulta ou por proposta de um de seus membros:*

*V - propor ao Órgão Central do Sistema a edição de enunciados, instruções e outras orientações normativas, com intuito de padronizar a interpretação referente às atividades de correição;*

Desta feita, em princípio, os Enunciados CGU/CCC não possuem força normativa, pois a lei não lhes conferiu tal condão. Todavia, sendo assinados pelo Corregedor-Geral da União da CGU, o que equivale dizer pelo titular do órgão que efetivamente executa as atividades do órgão central do referido Sistema, e oficialmente publicados, assumem a qualidade de orientações normativas de atendimento obrigatório por parte das unidades setoriais e seccionais de correição, tendo em vista os comandos do § 2º do art. 2º, do inciso I do art. 4º, e dos arts. 6º e 10, todos do Decreto nº 5.480, de 2005, em entendimento também já esposado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) especificamente para o sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), por meio do seu Parecer PGFN/Cojed nº 1.172/2013.

*Decreto nº 5.480, de 2005 - Art. 2º*

*§ 2º As unidades seccionais ficam sujeitas à orientação normativa do Órgão Central do Sistema e à supervisão técnica das respectivas unidades setoriais*

*Art. 4º Compete ao Órgão Central do Sistema:*

*I - definir, padronizar, sistematizar e normatizar, mediante a edição de enunciados e instruções, os procedimentos atinentes às atividades de correição;*

*Art. 6º Compete à Comissão de Coordenação de Correição:*

*I - realizar estudos e propor medidas que visem à promoção da integração operacional do Sistema de Correição, para atuação de forma harmônica, cooperativa, ágil e livre de vícios burocráticos e obstáculos operacionais;*

*II - sugerir procedimentos para promover a integração com outros órgãos de fiscalização e auditoria;*

*III - propor metodologias para uniformização e aperfeiçoamento de procedimentos relativos às atividades do Sistema de Correição;*

*IV - realizar análise e estudo de casos propostos pelo titular do Órgão Central do Sistema, com vistas à solução de problemas relacionados à lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público; e*

*V - outras atividades demandadas pelo titular do Órgão Central do Sistema.*

*Art. 10. O Órgão Central do Sistema expedirá as normas regulamentares que se fizerem necessárias ao funcionamento do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal*

*Parecer PGFN/Cojed nº 1.172/2013: “22. Como parte integrante do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, na qualidade de unidade específica, compete à Corregedoria-Geral da Receita Federal do Brasil a observância dos enunciados emitidos pelo órgão central do Sistema, no caso a CGU. Registre-se, por oportuno, o posicionamento contrário ao mencionado enunciado, o que, por óbvio, não retira sua vigência e eficácia.*

*23. A Comissão de Coordenação de Correição-CCC é um colegiado de autoridades integrantes do Sistema de Correição-SisCOR. Atua como uma instância consultiva e tem com objetivo promover a integração e uniformizar entendimentos dos órgãos e unidades do SisCOR.”*

Informe-se ainda que, no sítio eletrônico da CGU, no endereço [http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/comissao-de-coordenacao-de-correicao/atas-da-comissao-de-coordenacao-de-correicao/](http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/comissao-de-coordenacao-de-correicao/atas-da-comissao-de-coordenacao-de-correicao), encontram-se, além dos Enunciados, a reprodução das atas de reunião da CGU/CCC e as exposições de motivos de diversos enunciados, cuja leitura se recomenda, por seu didatismo, visto registrarem a inteligência que norteou tais posicionamentos institucionais.

### 3.3.8 - Jurisprudência Extraída das Decisões Judiciais e Entendimentos Doutrinários

Embora se reconheça que, no que diz respeito ao Direito Administrativo Disciplinar, a jurisprudência judicial e, principalmente, a doutrina ainda não ostentam a mesma envergadura e sedimentação que se encontram para o Direito Penal e para o Direito Processual Penal, a busca supletiva de entendimento naquela fonte e nesta ferramenta de pesquisa (no sentido amplo do termo), por parte do aplicador do Direito, se justifica, sobretudo por se situarem distantes do caso concreto sob análise e, portanto, imunes às suas particularidades.

Primeiramente, define-se jurisdição (de *juris dicere*) como a atividade de a autoridade, de qualquer Poder (Executivo, Judiciário ou Legislativo), “dizer o Direito”, ou seja, de decidir na sua esfera de competência, interpretando e aplicando a lei. Em espécie, chama-se ato judicial (ou jurisdição judicial) a decisão com poder de coisa julgada exclusiva do Poder Judiciário, no exercício da função da judicatura (ou da magistratura) por seu membro. Neste rumo, a jurisprudência (de *jus prudentia*, a “sabedoria ou a prudência do Direito”) reflete o conjunto de decisões colegiadas reiteradas, em um determinado sentido, acerca de determinados temas, emanadas pelos Tribunais, no exercício de suas respectivas jurisdições judiciais.

A doutrina (de *docere*, “ensinar, mostrar, instruir”), por sua vez, é um termo que congrega as manifestações, conceitos, estudos, ensaios, reflexões, teses, teorias, interpretações e obras autorais das mais variadas espécies, por meio de artigos, monografias, tratados ou livros ou quaisquer formas de ensinamento, dos juriconsultos, dos juristas, dos estudiosos e, enfim, dos autores e especialistas na ciência jurídica. A doutrina sintetiza a produção e o pensamento científico da área jurídica.

A jurisprudência, apesar de se manifestar sobre casos concretos levados à apreciação do Poder Judiciário, desde que empregada pelo aplicador com o filtro das peculiaridades daquela lide apreciada pela judicatura, torna-se uma rica fonte, por fornecer entendimentos jurídicos reinantes nas altas Cortes; já a doutrina, quando aprofundada e imparcialmente técnica e científica, encontra aplicabilidade por propiciar conhecimentos de natureza teórico-conceitual, imunes às particularidades de cada caso concreto.

E o emprego da fonte jurisprudencial e da ferramenta de pesquisa doutrinária qualifica-se ainda mais quando o aplicador do Direito elabora o entendimento delas extraído com a leitura atenta de toda a gama de princípios reitores,

Relembrando-se que os princípios jurídicos sedimentam valiosa fonte supletiva, pairando sobre todo o ordenamento com inesgotável riqueza teórico-conceitual para auxiliar o operador da ciência jurídica a dirimir soluções quando se parece que as condições de contorno da situação concreta, à luz das normas positivadas, permitem duas decisões conflitantes ou, ainda, não apontam decisão alguma.

É de se destacar que a linha de formação do presente texto não tem por objetivo apresentar e aprofundar discussões naturais e salutares da ciência jurídica, em que é comum a coexistência de correntes jurisprudenciais ou doutrinárias contrárias sobre determinado tema. Em sentido oposto, visando unicamente a fornecer informações de emprego direto e prático, este texto expõe uma linha autoral coerente em si mesma e, quando é o caso, apresenta as manifestações jurisprudenciais e doutrinárias que, em posição majoritária, a apóiam. Como regra, a menos de situações específicas em que a divergência integra essencialmente a discussão, não há neste texto a apresentação de julgados ou de trabalhos doutrinários que se contrapõem, como forma de se deixar em aberto dois possíveis posicionamentos. Embora se respeite - mais que isto, até se compreende que aí residem a grandeza e a evolução do Direito - a existência de entendimentos antagônicos, o objetivo deste texto é de, operacionalmente, suprir ao aplicador uma clara resposta aos questionamentos que surgem em qualquer momento de emprego do Direito Administrativo Disciplinar.

Feita esta introdução, abordando primeiramente de forma mais detida a jurisprudência, é de se dizer que, mesmo na tradição romanística do Direito pátrio que se vincula mais à força da lei que à força vinculante dos precedentes judiciais baseados em usos e costumes, como seria na tradição anglo-saxônica, não se nega poder constituinte de Direito à forma reiterada de manifestação judicial. Ainda que não obriguem, sabe-se que interpretações uniformes e constantes, ou seja, a chamada jurisprudência pacífica dos tribunais, ao interpretar, orientar e aplicar o ordenamento e ao revelar o Direito, ao longo do tempo, se fazem prevalecer.

Em princípio, podem ser adotadas como referências não vinculantes, na Administração Pública como um todo e em particular pelas comissões disciplinares, as decisões judiciais dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal - STF - e Superior Tribunal de Justiça - STJ, ambos de jurisdição nacional) e também dos cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs, com jurisdição regional nos seguintes Estados - 1ª Região: Distrito Federal, Goiás, Tocantins, Mato Grosso, Minas Gerais, Bahia, Piauí, Maranhão, Pará, Amazonas, Amapá, Rondônia, Roraima e Acre; 2ª Região: Rio de Janeiro e Espírito Santo; 3ª Região: São Paulo e Mato Grosso do Sul; 4ª Região: Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul; e 5ª Região: Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte e Ceará).

Não obstante, o ordenamento prevê, no art. 103-A da Constituição Federal (CF) e no *caput* e no § 1º do art. 2º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, a edição de súmulas, exclusivamente pelo STF, com poder vinculante não só no âmbito de todo o Poder Judiciário mas até mesmo na Administração.

*CF - Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional - EC nº 45, de 8 de fevereiro de 2004)*

*§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela EC nº 45, de 2004)*

*§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela EC nº 45, de 2004)*

*Lei nº 11.417, de 2006 - Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.*

*§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.*

Resgata-se também os comandos do art. 1º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, cujo *caput* determina a observância pela Administração das decisões do STF que interpretam a CF. No caso de declaração apenas incidental de inconstitucionalidade de uma

lei ou de um ato normativo, cabe ao Senado Federal suspender sua execução; sem prejuízo, sobretudo diante de inércia ou omissão da casa legislativa, podem o Ministro de Estado ou o Advogado-Geral da União proporem ao Presidente da República que autorize a extensão dos efeitos da decisão judicial.

*Decreto nº 2.346, de 1997 - Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.*

*§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.*

*§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.*

*§ 3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.*

Nos termos do inciso XII do art. 4º e o *caput* do art. 43, ambos da Lei Complementar (LC) nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 (a lei orgânica da Advocacia-Geral da União - AGU), e também do art. 2º do Decreto nº 2.346, de 1997, as súmulas editadas pelo Advogado-Geral da União, reconhecendo jurisprudência reiterada dos tribunais, uma vez publicadas oficialmente, são de observância obrigatória pelas unidades jurídicas da Administração Pública. Devem, pois, ser reconhecidas também pelas comissões e autoridades disciplinares.

*LC nº 73, de 1993 - Art. 4º São atribuições do Advogado-Geral da União:  
XII - editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais;*

*Art. 43. A Súmula da Advocacia-Geral da União tem caráter obrigatório quanto a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 desta lei complementar.*

*Decreto nº 2.346, de 1997 - Art. 2º Firmada jurisprudência pelos Tribunais Superiores, a Advocacia-Geral da União expedirá súmula a respeito da matéria, cujo enunciado deve ser publicado no Diário Oficial da União, em conformidade com o disposto no art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.*

Mas, acrescente-se que, em que pese o STF ser a mais alta Corte do Poder Judiciário, é de se destacar não só a maior quantidade como também a relevância dos julgamentos emitidos pelo STJ sobre matéria disciplinar. Em suas competências originárias, respectivamente nos arts. 102 e 105 da CF, enquanto se tem o STF como um órgão de guarda da CF, o STJ é um órgão de defesa do ordenamento jurídico federal, sendo intitulado como a Corte Superior de uniformização infraconstitucional, por lhe competir não só a verificação da legalidade das normas infraconstitucionais federais mas também a uniformização da sua jurisprudência. Como a normatização da matéria de interesse encontra-se precipuamente em lei federal (a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990) e é menos frequente a aplicação de processo e de regime disciplinares suscitar discussões ao redor de temas constitucionais, há uma maior demanda ao STJ que ao STF. Além disto, a ida ao Poder Judiciário por motivo disciplinar se dá principalmente por meio de mandado de segurança contra ato de aplicação de pena capital e a aplicação de tais penas foi delegada pelo Presidente da República para os Ministros de Estado, por meio do Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, em seu art. 1º. Uma vez que ao

STF cabe julgar mandado de segurança contra o Presidente da República (dentre outros) e ao STJ cabe fazê-lo para o caso de Ministros de Estado, também por este motivo esta última Corte passou a ser mais provocada, tendo uma jurisprudência bastante rica sobre a matéria disciplinar.

Quanto à doutrina, na esteira do que se expôs em **3.3**, ao se introduzir o tema das fontes jurídicas, não obstante o inegável valor científico e técnico das manifestações e estudos dos autores e dos juristas, é formalmente excluída, pela teoria dogmática, do conjunto das fontes porque não possui poder de emanar o Direito, sendo, portanto, considerada como a ferramenta de apoio suplementar ao aplicador de menor valor hierárquico.

No caso específico do Direito Administrativo Disciplinar, além do já comentado problema do limitado universo de manifestações quando se compara com outras instâncias jurídicas mais sedimentadas, soma-se a peculiaridade de que parte dos doutrinadores, talvez por manterem atuação profissional na advocacia privada, defendendo interesses de servidores que figuram no polo passivo de processos disciplinares, ainda preserva e até manifesta uma impressão equivocada e distorcida acerca da atuação estatal no exercício do seu poder-dever disciplinar.

Desta feita, na contramão da constante e crescente elaboração e aprimoramento com que a Administração (aí se incluindo todo o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal - SisCor-PEF, mencionado em **2.1.4**) exercita sua competência legal, parte dos autores ainda manifesta em suas obras autorais críticas que até poderiam ser plausíveis ao tempo do revogado contexto constitucional de exceção de então, mas que não refletem nem o ordenamento atual e muito menos o grau de amadurecimento crescentemente almejado e atingido nas estruturas correcionais administrativas, com profissionalismo, capacitação e, sobretudo, atenção a princípios e garantias fundamentais.

Percebe-se em parte da doutrina militante na seara administrativa disciplinar certa relutância - que, por vezes, pode ser confundida não com convicção tecnicamente defensável mas sim com conveniência de interesses profissionais - em acatar que o Direito Administrativo Disciplinar, embora não seja autônomo (como não o é nenhum ramo jurídico), tem suas próprias normas, princípios, institutos e valores, não sendo correta a constante tentativa de fazer prevalecer, no rito do processo e no regime disciplinares, toda a inteligência das leis penal e processual penal. Embora estas instâncias guardem similaridades e afinidades, pois são todas de Direito público punitivo, o Direito Penal tutela bens jurídicos distintos e de maior relevância que a instância disciplinar, fazendo ao mesmo tempo o infrator merecer sancionamento mais grave e, por consequência, maior grau de garantias e de segurança do que ocorre com o servidor acusado na instância administrativa, de forma que nem todas as garantias de defesa daquela instância necessariamente se refletem nesta instância.

Ademais, embora se saiba que os modelos doutrinários, na verdade, permeiam toda a construção vinculante de comportamentos emanada pelas fontes, já que não se cogita de elaboração de normas e regras à margem do conhecimento científico, a doutrina em si com elas não se confunde. Enquanto as regras e normas obrigam, a doutrina atua apenas revelando e auxiliando na compreensão do significado daquelas e de como elas se aplicam. Mesmo que se cogite de uma determinada corrente doutrinária majoritária ou dominante diante de um determinado tema, esta razão jurídica ali emanada não tem o condão de emanar o Direito, mas tão somente de interpretá-lo, como, por exemplo, uniformizando entendimento acerca de termos legais vagos e imprecisos.

Decerto, tanto a jurisprudência quanto a doutrina, embora possam ser invocadas nos atos em geral e nas decisões administrativas, não valem como norma de cumprimento obrigatório.

### **3.3.9 - Notas Técnicas e Orientações da Corregedoria**

Em sentido extensivo para o termo “fontes”, conforme se antecipou em 3.3, incluem-se aqui duas linhas de manifestações emanadas *interna corporis* pela própria Corregedoria (Coger), a saber suas Notas Técnicas e suas Orientações. Este tipo de externalização de entendimentos por parte do sistema correcional nada mais é que o cumprimento de uma de suas competências regimentais, conforme os incisos I e VI do art. 18 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, que estabelece competir à Coger coordenar ações preventivas e manifestar-se sobre todas as matérias relacionadas ao regime e ao processo disciplinares.

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 18. À Corregedoria - Coger compete: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

*I - supervisionar, coordenar e executar ações de prevenção ao desvio de conduta dos servidores da RFB;*

*VI - apreciar consultas e manifestar-se sobre matérias relacionadas com a conduta, deveres, proibições e demais temas que versem sobre disciplina funcional;*

As Notas Técnicas e as Orientações da Coger se encaixam num eixo de trabalho típico de unidade central, que é a busca da uniformização, com que se visa a superar controvérsias relevantes, a adotar o correto entendimento acerca das inúmeras questões jurídicas atinentes ao processo e ao regime disciplinares e a firmar a correta interpretação da legislação de regência, da jurisprudência e da doutrina. Em outras palavras, com estas duas formas de se manifestar, o sistema correcional busca suprir a estabilidade e a segurança jurídica necessárias na interpretação e na aplicação do ordenamento, indo além das fontes de alcance e de escopo mais abrangente, de forma a contemplar as peculiaridades e os enfoques específicos da RFB, impossíveis de serem refletidos nas manifestações advindas de órgãos externos.

Tanto as Notas Técnicas quanto as Orientações da Coger, em geral, registram conclusões maduras a que se chegou após a realização de foros internos de debates e de discussões e têm por objetivo elucidar entendimentos, soluções ou rotinas de trabalho sobre temas de relevante controvérsia jurídica - destacadamente aquelas que demandam respostas no âmbito do órgão - que clamam por uma clara notícia de qual posicionamento institucional o sistema adota.

Para diferenciá-las, mencione-se que as Notas Técnicas da Coger são editadas com aprovação vinculante do Corregedor, sem uma periodicidade pré-definida e em geral após algum debate interno - que tanto pode coincidir e decorrer de demarcados eventos de capacitação promovidos justamente para este fim quanto pode ser alçado à linha de premência por individualizada avaliação da necessidade de se ter um imediato posicionamento acerca do tema. As Notas Técnicas da Coger, numeradas anualmente, apresentam-se em corpo concatenado e redigido segundo as praxes de elaboração de atos administrativos, contendo em si mesma uma integral análise de determinado tema, desde a ementa, apresentação das controvérsias ou das demandas de enfrentamento e conclusão com o posicionamento institucional adotado e assinatura do Corregedor, o que inibe que qualquer integrante do sistema correcional paute sua atuação em sentido conflitante ao teor desta fonte.

Já as Orientações da Coger são pequenos verbetes, como enunciados, súmulas ou formulações, emitidas no corpo de compêndios por meio dos quais se registram teses e discussões apresentadas em eventos de capacitação promovidos com este fim específico. As Orientações da Coger disseminam e sedimentam sinteticamente apenas as conclusões a que porventura se chega em alguns temas no curso destes eventos - não contém corpo estruturado em ementa, introdução e conclusão e não são assinadas pelo Corregedor - e são sequencialmente numeradas, independentemente do ano de edição. Como não possuem caráter vinculante, uma vez que apenas indicam o posicionamento da maioria dos participantes que presenciaram os tais debates, figuram como balizamentos e recomendações para as rotinas e praxes a serem desenvolvidas em situações concretas similares aos temas

debatidos.

### **3.4 - SINDICÂNCIA DISCIPLINAR DA LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990**

#### **3.4.1 - Conceituação e Base Principiológica da Sindicância Disciplinar**

Antes de se abordar especificamente o conceito estatutário de sindicância disciplinar, se faz necessário resgatar o contexto histórico da mudança jurídico-normativa operada na passagem do pretérito regime de exceção para o atual Estado Democrático de Direito, em 1988. À luz da Constituição Federal (CF) que até à época vigia, a Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (o então Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - EF), contemplava exclusivamente a expressão “processo administrativo disciplinar” para se referir ao rito de fim correcional com o qual se garantia o exercício apenas do direito de ampla defesa previamente à aplicação de penalidades mais graves, quais sejam, pena de suspensão de mais de trinta dias e penas capitais. A rigor, naquele ambiente de limitadas garantias constitucionais, o regramento estatutário então vigente não contemplava a participação contraditória na fase de todo o inquérito, assegurando apenas a contestação do servidor ao fim da instrução probatória, por meio de peça de defesa escrita, e sequer previa rito algum para aplicação de penalidades mais brandas, quais sejam, de advertência e de suspensão de até trinta dias. Pode-se extrair que prosperava, então, de forma tácita, a aplicação destas duas penas sem o devido processo legal e à luz da chamada verdade sabida, em que o ostensivo conhecimento, por parte da autoridade, do cometimento de suposta irregularidade, a autorizava a imediatamente aplicar a pena cabível ao infrator, à margem de procedimento apuratório.

Uma vez que tal ordenamento legal não foi recepcionado pela nova ordem constitucional democrática, garantista e participativa, fez-se necessário inovar a normatização estatutária, tendo vindo a lume a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, fazendo refletir na instância disciplinar os primados do devido processo legal e de seus dois principais corolários, da ampla defesa e do contraditório. Daí, o legislador ordinário foi obrigado a suprir a lacuna instrumental outrora existente, com o estabelecimento de um rito contraditório também para aplicação de penas de advertência e de suspensão de até trinta dias, desatrelando-a da precipitada verdade sabida e condicionando-a à instrução probatória com participação da defesa.

Neste rumo, a Lei nº 8.112, de 1990, em seus Títulos IV e V, que tratam da matéria disciplinar, empregou não só a expressão “processo administrativo disciplinar” mas também o termo “sindicância”. E já desde este ponto surgem as críticas ao legislador ordinário, pois incorreu-se na impropriedade de denominar o rito contraditório de que se cogitava estabelecer na Lei com o mesmo nome que desde sempre a doutrina do Direito Administrativo emprega para fazer menção a procedimentos de natureza investigativa, o que obriga o aplicador do Direito se manter atento quando se refere à sindicância, devendo deixar inequívoco se a menção se faz à sindicância de natureza investigativa ou à sindicância de natureza disciplinar.

O fato é que, independentemente de crítica à pouca criatividade terminológica legislativa e sem prejuízo da manutenção daquele emprego doutrinário e que posteriormente veio a receber disciplinamento no inciso II do art. 4º da Portaria CGU nº 335, de 30 de maio de 2006, e no inciso II do art. 3º da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, para o termo “sindicância”, já descrito em **2.5.3.2.2**, como rito empregado em fase de admissibilidade, com fim meramente investigativo preparatório e inquisitorial, a Lei nº 8.112, de 1990, expressamente passou a prever a específica sindicância disciplinar (ou contraditória ou punitiva ou autônoma ou acusatória ou apuratória).

Neste aspecto terminológico, convence-se que, ao longo deste texto, em contraposição à sindicância investigativa, se empregará a denominação de sindicância disciplinar para o rito contraditório e punitivo.

É provável que a intenção do legislador - em atenção ao inciso LV do art. 5º da CF, que passou a não dispensar as garantias de ampla defesa e de contraditório sequer em rito administrativo onde alguém figure como acusado e sujeito a qualquer pena - tenha sido dotar a Administração de um instrumento célere para apurar aqueles fatos irregulares de menor gravidade, os quais, no antigo ordenamento, sequer mereciam devido processo legal e busca de verdade material, quando tinham sua concretização renegada à mera constatação da verdade sabida. E, de fato, assim realmente se o fez, constando do inciso II e do parágrafo único do art. 145 da Lei nº 8.112, de 1990, que a sindicância disciplinar é o rito próprio para apurar infrações puníveis com penas de advertência ou, no máximo, de suspensão de até trinta dias e para o qual se concedeu prazo de apenas trinta dias, prorrogável por igual período.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 145. Da sindicância poderá resultar:*

*II - aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;*

*Parágrafo único. O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior.*

Todavia, a crítica à técnica redacional vai além da mera terminologia, pois em maior omissão incorreu o legislador ao estabelecer um nome jurídico para determinado instituto instrumental mas não descrever sua procedimentalização. Em outras palavras, a Lei nº 8.112, de 1990, possui em seu bojo disciplinar o nome “sindicância” mas em nenhuma passagem sua cuidou de descrever o que seja tal rito e muito menos como se o procedi mentaliza. A mencionada Lei não cuidou de expressar um rito para a sindicância disciplinar, somente o tendo feito para o processo administrativo disciplinar (PAD).

Tendo em vista que esta sindicância disciplinar de que aqui se trata - unicamente a sindicância prevista nos Títulos IV e V da Lei nº 8.112, de 1990, de natureza acusatória e contraditória - pode redundar em punição, torna-se necessária a eleição de um rito, com o fim de se obedecer a máxima do devido processo legal (e, simultaneamente, aos dois princípios dela decorrentes, da ampla defesa e do contraditório).

Ora, na ausência de específica previsão legal e diante da necessidade de se estabelecer um rito, a solução mais coerente é, sistematicamente, estender para a sindicância disciplinar o rito que a própria Lei previu para o PAD. Com isto, devem ser igualmente adotados na sindicância disciplinar instaurada com base no *caput* do art. 143 e no art. 145, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, todos os atos normatizados entre os arts. 143 e 182 da mesma Lei, na linha também compreendida pela doutrina.

*“A Lei nº 8.112/90, no entanto, acabou por legitimar a sindicância, também, como meio processual hábil para aplicação de penalidade administrativa de advertência e suspensão de até 30 dias, com a inafastável observância do contraditório e da ampla defesa - art. 146, sem lhe oferecer, todavia, a conformidade procedimental adequada.*

*Realmente, no tocante à sindicância, a Lei nº 8.112/90 não estabelece nenhuma fase. Entretanto, nada obsta tudo recomenda e se impõe que o regramento do processo disciplinar seja igualmente adotado na sindicância, notadamente quando esta tiver o propósito punitivo, isto é, não apenas de investigação preliminar.*

*Tendo por parâmetro as fases do procedimento disciplinar e seus princípios, além dos requisitos básicos a ele aplicáveis, a sindicância de caráter punitivo será processada no prazo reduzido à metade (de 60 para 30 dias - arts. 152 e 145, parágrafo único da Lei nº 8.112/90 - admitida sua prorrogação por igual prazo), salvo em relação à defesa, cujo prazo legal não poderá ser diminuído, por compreensão extensiva, notadamente porque essa redução implicaria*

*prejuízo para o indiciado.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 127, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

E tal interpretação aqui proposta encontra apoio na percepção de que a leitura dos Títulos IV e V da Lei nº 8.112, de 1990, sugere que o legislador, em diversas passagens, empregou indistintamente a expressão “processo administrativo disciplinar”, por vezes atribuindo-lhe o sentido específico da forma processual mais completamente ali prevista (o PAD *stricto sensu*) e, em outras passagens, atribuindo-lhe o sentido amplo, em que cabem o PAD em si e a sindicância disciplinar, sempre sob princípios do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, conceitualmente, pode-se interpretar que a expressão genérica “processo administrativo disciplinar” comporta as espécies PAD e a sindicância disciplinar prevista na Lei nº 8.112, de 1990. E, ao se deparar com aquela expressão no texto da citada Lei, somente a leitura do contexto pode indicar se o legislador está se referindo ao gênero *lato sensu* ou à espécie *stricto sensu*. Tal percepção se resolve atendo-se às poucas passagens da Lei em que o texto explicita peculiaridades e diferenciações da sindicância disciplinar em relação ao PAD; no mais, não havendo positividade diferenciadora, prevalece a interpretação sistemática de que os comandos legais se aplicam a ambos os ritos.

Em termos concretos, assenta-se que, mesmo a partir deste ponto, em que pela primeira vez no curso deste texto, se dedicou a mencionar a existência de nomes de dois ritos legais, se prossegue no emprego da convenção de, em regra, se grafar, de forma genérica, apenas “processo disciplinar”, dispensando-se a menção também da sindicância disciplinar. À vista da certeza de que os dois conceitos seguem o mesmo e único rito estabelecido na Lei nº 8.112, de 1990, e obedecem aos mesmos princípios de Direito, já que ambos convergem como apuratórios de índole disciplinar, resta então subentendido que, salvo expressa menção em contrário, tudo o que se escrever para o PAD é absolutamente válido também para a sindicância disciplinar. Assim, aqui, como regra geral, convencionou-se que a expressão “processo disciplinar” (ou mesmo “processo administrativo disciplinar”, muito lida nas manifestações jurisprudenciais e doutrinárias) compreenderá tanto o PAD *stricto sensu* quanto a sindicância disciplinar. Quando se quiser se referir especificamente a um ou a outro tipo de apuratório específico, far-se-á expressa ressalva, empregando-se a sigla PAD para se referir apenas à forma mais completa.

O que importa repisar é que, tratando-se de ritos de igual natureza correccional, instaurados exclusivamente com o fim de reestabelecer o equilíbrio interno administrativo por meio da possível sanção em face do infrator, tanto o PAD quanto a sindicância disciplinar devem ser conduzidos sob irrestrita atenção à mesma gama principiológica e devem ser procedimentalizados segundo o devido processo legal estabelecido na Lei nº 8.112, de 1990.

A sindicância disciplinar encontra definições normativas no inciso III do art. 4º da Portaria CGU nº 335, de 2006, e no inciso III do art. 3º da Portaria MF nº 492, de 2013. E, no que for cabível, podem ser adotados, no âmbito do sistema correccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) os dispositivos dos arts. 11 e 12 da mencionada Portaria CGU, descritos em 2.1.4. Adverte-se, apenas, com as máximas vênias, quanto à impropriedade da terminologia adotada naquela norma, chamando a sindicância de punitiva, quando se sabe que a punição, em instância disciplinar, quando aplicável, é mera decorrência da apuração dos fatos.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 4º Para os fins desta Portaria, ficam estabelecidas as seguintes definições:*

*III - sindicância acusatória ou punitiva: procedimento preliminar sumário, instaurada com fim de apurar irregularidades de menor gravidade no serviço público, com caráter eminentemente punitivo, respeitados o contraditório, a oportunidade de defesa e a estrita observância do devido processo legal;*

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 3º Para os fins desta Portaria, ficam estabelecidos os seguintes procedimentos correccionais no âmbito do Ministério da Fazenda:*

*III - sindicância disciplinar: procedimento sumário, instaurado com fim de apurar responsabilidade por irregularidades de menor gravidade;*

### **3.4.2 - Instauração de Sindicância Disciplinar, Quantidade de Integrantes e Suas Possibilidades de Conclusão**

Relembrando que o estágio inicial de desconhecimento do binômio materialidade e autoria pode ser suprido em fase de admissibilidade (no qual a sindicância investigativa se insere como um dos ritos possíveis, nos casos em que se precisa de maior formalismo), quando já se dispõe de satisfatórios indícios de ambos os elementos responsabilizadores, deve-se instaurar a instância disciplinar e a questão que reside é identificar qual parâmetro indica a opção entre instaurar sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar *stricto sensu* (PAD). Em síntese, pode-se dizer que a escolha, a cargo da autoridade instauradora, entre instaurar sindicância disciplinar ou PAD, quando já se possuem elementos que indicam tanto a autoria quanto a materialidade, dá-se basicamente em função da gravidade da infração denunciada.

Isto porque, quanto à sindicância disciplinar, pode-se reiterar que a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, instituiu-a mas não a descreveu; tão somente, no seu art. 145, demarcou algumas diferenciações em relação ao PAD, a saber, no prazo de conclusão e no alcance das penas. Enquanto a sindicância disciplinar deve ser concluída em até trinta dias a partir da instauração, prorrogáveis por igual período, para aplicação das penas estatutárias brandas (advertência e suspensão até trinta dias), o PAD deve ser concluído em até sessenta dias a partir da instauração, prorrogáveis por igual período, para aplicação de qualquer pena estatutária, branda ou grave.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 145. Da sindicância poderá resultar:*

*I - arquivamento do processo;*

*II - aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;*

*III - instauração de processo disciplinar.*

*Parágrafo único. O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior.*

Mas, na prática, é de se reconhecer um indicador de efeito mais pragmático e concreto que favoreça a residual instauração da sindicância disciplinar em detrimento do PAD.

De forma coerente com a postura de se estender para a sindicância disciplinar os princípios, institutos e atos previstos na Lei para o PAD (a menos de expressa determinação em contrário), a interpretação sistêmica do *caput* do art. 149 da Lei nº 8.112, de 1990, impõe, em princípio, que a comissão de sindicância seja composta por três membros estáveis. Todavia, além do prazo legal e do alcance da pena, pode-se mencionar ainda a terceira diferenciação entre PAD e sindicância disciplinar, no sentido de que, como a Lei manifestou apenas que o PAD, obrigatoriamente, deve ser conduzido por comissão composta por três integrantes, a *contrario sensu*, a sindicância disciplinar pode ser conduzida por comissão de dois ou três integrantes (já que a Lei nº 8.112, de 1990, menciona comissão de sindicância, no § 2º do art. 149, afasta-se de plano a designação de apenas um sindicante).

Neste rumo, é de se citar a normatização do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), na condição de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SisCor-PEF), por meio do § 2º do art. 12 da Portaria CGU nº 335, de 30 de junho de 2006, mencionada em **2.1.4**, bem como a sua própria manualização e a doutrina, aceitando a designação de comissão de sindicância disciplinar com dois ou mais

servidores estáveis.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observando o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*§ 2º Não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.*

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 12.*

*§ 2º No caso de sindicância acusatória ou punitiva a comissão deverá ser composta por dois ou mais servidores estáveis.*

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

*A propósito, o art. 12, §2º, da Portaria-CGU nº 335/2006 sana definitivamente a questão. Com efeito, referido dispositivo estabelece, que, no caso de sindicância acusatória ou punitiva, a comissão deva ser composta por dois ou mais servidores estáveis.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 83, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

*“A instauração de sindicância singular (elaborada por agente sindicante) somente se legitima na modalidade inquisitorial, em que o feito procedimental, por não contar com a figura formal do servidor imputado, deverá ser realizada sem obediência ao princípio do contraditório e sob a regência da sigilosidade e da discricionariedade.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 339, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Para os casos residuais em que se cogita de instaurar sindicância disciplinar, embora não seja o ideal, mas contemplando as limitações de pessoal reinantes na Administração Pública federal e da praxe administrativa de determinados órgãos públicos ou mesmo de alguns Escritórios de Corregedoria (Escor), desde que o apuratório seja conduzido em estrito respeito às garantias da ampla defesa e do contraditório, excepcionalmente, aceita-se a sindicância disciplinar, instaurada com base no art. 145 da Lei nº 8.112, de 1990, conduzida por apenas dois integrantes.

Assim, tem-se que, legalmente, o critério diferenciador entre instauração de sindicância disciplinar e de PAD residiria na gravidade da infração e na conseqüente pena associada. Mas, na prática, o único efeito infralegalmente previsto que ainda justifica o sistema correccional lançar mão de sindicância disciplinar é economia de um dos membros, à vista da carência de pessoal e da excepcional decisão a favor da instauração da instância disciplinar em face de ato de pequena gravidade.

Todavia, ressalte-se que nada impede que o PAD resulte na aplicação de penalidade de advertência ou de suspensão de até trinta dias e que a autoridade competente possa instaurar de imediato aquele rito, não sendo a sindicância disciplinar pré-requisito. O inciso II do art. 145 e o art. 146, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, estabelecem apenas que, se a pena cabível for suspensão superior a trinta dias ou demissão, a apuração deve se dar através de PAD, sem vedarem, todavia, que este rito seja imediatamente adotado, mesmo para casos que posteriormente se resolvam em cominações mais brandas. Neste rumo, a literalidade do *caput* do art. 143 da mesma Lei estabelece o caráter alternativo, a critério da autoridade instauradora, para que esta, à vista da notícia de cometimento de suposta irregularidade, deflagre a sindicância disciplinar ou o PAD, sendo certo que aquela não é pré-requisito

obrigatório deste, nem mesmo quando não seja conhecida a autoria da suposta infração ao tempo da instauração.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 146. Sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar.*

Neste sentido, seguem as manifestações da Advocacia-Geral da União (AGU), nos Pareceres AGU nº GM-1 e nº GQ-37, ambos vinculantes, e também da jurisprudência e da doutrina:

*Parecer AGU nº GM-1, vinculante: “6. As normas pertinentes à sindicância e ao processo disciplinar não prescrevem a realização da primeira, em regra previamente à instauração deste. A simples leitura dos arts. 153 e 154 da Lei nº 8.112, de 1990, já o demonstra. Atenta à natureza da infração e às circunstâncias em que esta se verifica, a autoridade competente deve aquilatar se da sua apuração poderá resultar a advertência, a suspensão de até trinta dias ou a infligência de penalidade mais grave, a fim de determinar a modalidade de apuração, se a realização de sindicância ou a abertura de processo. Em se insinuando dúvida razoável a respeito da prática da infração ou de sua autoria, e dependendo de sua gravidade, a autoridade competente deverá ter discernimento suficiente para determinar a realização de investigação prévia (a sindicância), com vistas à verificação da necessidade de proceder, ou não, à cabal apuração das irregularidades, através do processo disciplinar.”*

*Parecer AGU nº GQ-37, vinculante: “25. No pertinente à nulidade da sindicância, é necessário dirimir que, ‘de lege lata’, as irregularidades se apuram mediante sindicância ou processo disciplinar, prescindindo este da preliminar verificação das infrações através da primeira.*

*26. Efetua-se a apuração da conduta anti-social do servidor por intermédio de sindicância ou processo disciplinar, dependendo da infração e das circunstâncias em que foi cometida. No art. 143, supramencionado, o legislador utilizou a alternativa ‘ou’ considerando haver variação na natureza das irregularidades e no grau de dificuldade de sua constatação. Há aquelas facilmente verificáveis de consequências revestidas de tal gravidade que a lei preconiza medidas drásticas restritivas de direitos, mais compatíveis com uma apuração de rigor, cujos ritos são contidos em lei. Em vista dessa linha de valorização, não discrepou a lei ao estatuir que da sindicância exsurge a aplicação das penalidades de advertência, ou suspensão de até trinta dias, ou instauração de processo disciplinar. Inexiste exigência legal, ou necessidade em determinados casos, de que todo processo disciplinar seja precedido de sindicância, nem sua prescindibilidade implica inobservância de qualquer princípio de direito.”*

*STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 22.789: “Ementa: Do sistema da Lei 8.112/90 resulta que, sendo a apuração de irregularidade no serviço público feita mediante sindicância ou processo administrativo, assegurada ao acusado ampla defesa (art. 143), um desses dois procedimentos terá de ser adotado para essa apuração, o que implica dizer que o processo administrativo não pressupõe necessariamente a existência de uma sindicância, mas, se instaurada for a sindicância, é preciso distinguir: se dela resultar a instauração do processo administrativo disciplinar, é ela mero procedimento preparatório deste, e neste é que será imprescindível se dê a ampla defesa do servidor; se, porém, da sindicância decorrer a possibilidade de aplicação de penalidade de advertência ou de suspensão de até 30 dias, essa aplicação só poderá ser feita se for assegurado ao servidor, nesse procedimento, sua ampla defesa.”*

*Idem: STF, Mandados de Segurança nº 21.726 e 22.055*

*“Assim, se acolhida a denúncia, deve o Administrador considerar a pena*

*administrativa, em tese, passível de aplicação compatível com a gravidade e a tipicidade dos fatos sob investigação para, então, determinar o procedimento apuratório: sindicância, processo disciplinar ou procedimento sumário. (...)*

*Nada impede, no entanto, que se utilize o processo disciplinar para apuração de faltas que impliquem pena de menor intensidade, como a de advertência e a de suspensão por prazo igual ou inferior a 30 dias, investigáveis por meio de sindicância.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pgs. 104 e 105, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“Quando se diz que, para aplicação de penalidade inferior a 30 dias de suspensão, usa-se a sindicância, não se deve entender, por isso, que está vedado o uso do processo disciplinar. Por vezes, no curso de um processo disciplinar evidencia-se a responsabilidade de servidor punível com simples advertência ou com suspensão menor do que 30 dias, sem que haja necessidade, nem conveniência, nem exigência legal, para transformar o processo em sindicância, por isso.*

*Já a recíproca não é verdadeira. Se a penalidade aplicável é superior a uma suspensão acima de 30 dias, é indispensável a instauração do processo disciplinar, sob pena de nulidade.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 93, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Pelo exposto, tendo que se submeter ao mesmo rito contraditório do PAD, podendo este adotar todas as conclusões possíveis e defendendo a conveniência de, em princípio, se designar comissão de sindicância também com três membros, na prática, torna-se pouco recomendável a instauração de sindicância disciplinar, conforme também pontua a doutrina (sem prejuízo de se respeitar, conforme abordado linhas acima, a praxe administrativa, de alguns órgãos públicos federais ou mesmo de alguns Escor, de designar comissão de sindicância com apenas dois membros, como forma de atenuar a carência de pessoal). Resta como uma justifica plausível para instaurar sindicância disciplinar diante de fato inequivocamente não alçado a patamar de gravidade a economia de mão de obra.

*“Portanto, a sindicância deve ser evitada, mesmo porque, se concluirmos que a sindicância não tem rito próprio e isto nos obriga a adotar os mesmos ritos do PAD; e ainda, considerando que o prazo reduzido para a conclusão da sindicância, na prática, não é cumprido, não traz nenhum benefício para a Administração a abertura de sindicância no lugar de PAD.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 72, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Além da hipótese de a sindicância disciplinar, ao se deparar com infração grave, ter de se converter em PAD, aquela primeira forma impõe à Administração um menor prazo de interrupção da contagem prescricional (como se verá em **4.13.2.1**).

Neste contexto, seguindo os três incisos do art. 145 da Lei nº 8.112, de 1990, a sindicância disciplinar pode resultar em proposta: de arquivamento; de punição com advertência ou suspensão de até trinta dias; ou de abertura de PAD, para que neste se possibilite apurar ilícitos mais graves e que possa redundar na aplicação de penas de suspensão superior a trinta dias, demissão ou cassação de aposentadoria ou de disponibilidade ou de destituição do cargo em comissão.

Quando a comissão de sindicância vislumbra indícios de irregularidade grave, convém que de imediato solicite à autoridade instauradora a conversão em PAD, conforme assevera a doutrina. Não faria sentido prosseguir na instrução, indiciar, coletar defesa, para somente depois, em relatório sintetizador de todo o trabalho, provocar a instauração do PAD. De um lado, é certo que tal conversão, mediante pedido para extensão dos poderes apuratórios (e sem manifestação conclusiva responsabilizadora, que poderia inquinar o trio de pré-julgamento) é legal e doutrinariamente aceita. De outro lado, não há como omitir que tal caso demonstra a execução insatisfatória da fase de admissibilidade. Esta fase conduzida sem os necessários

aprofundamento e esgotamento das investigações leva a uma percepção precipitada dos fatos e a conversão em PAD acarreta perda no prazo prescricional.

*“(...) sem ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, e diante de superveniente constatação inequívoca de falta de natureza grave, pode a sindicância ser encerrada de plano, sem que se cumpram todas as demais fases (...), com proposta de imediata instauração de processo administrativo disciplinar. E ocorrendo tal hipótese, não há falar em cerceamento de defesa, visto que não configurada ainda uma acusação formal. Ademais, no processo administrativo disciplinar, o acusado terá oportunidade de exercitar com toda plenitude o contraditório e a ampla defesa, rebatendo, assim, ponto por ponto, as imputações contra si formuladas.” Sebastião José Lessa, “Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância”, pg. 100, Editora Brasília Jurídica, 4ª edição, 2006*

Uma questão interessante a se abordar, embora incomum no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), diz respeito à pena de destituição do cargo em comissão. O *caput* do art. 135 da Lei nº 8.112, de 1990, estabelece que são puníveis com destituição do cargo em comissão o servidor comissionado que incorre em infrações a que aquela Lei impõe penas de suspensão e de demissão. Como também defende a doutrina da CGU, sendo sabido que uma sindicância disciplinar pode concluir por infração à qual se associa proposta de pena de suspensão de até trinta dias, no caso de acusado ocupante apenas de cargo em comissão e não detentor de cargo efetivo, este procedimento não é instrumento hábil para redundar na pena de destituição daquele provimentos comissionado, visto que o art. 146 da Lei nº 8.112, de 1990, exige PAD para tal apenação expulsiva.

*“Finalmente, outro ponto que merece atenção especial é a hipótese em que a comissão sindicante propõe penalidade de suspensão para servidores públicos ocupantes apenas de cargo em comissão. Nota-se do art. 135 da Lei nº 8.112/90, que o servidor sem vínculo efetivo pode ser destituído do cargo em comissão em razão de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão. Por outro lado, extrai-se da leitura do art. 146 da Lei nº 8112/90, que nos casos de aplicação das penalidades de suspensão superior a 30 dias, de demissão, de cassação de aposentaria ou disponibilidade, ou de destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar. Dessa forma, pode-se concluir que a sindicância não é meio hábil para se propor destituição de cargo em comissão, mesmo se a infração for sujeita, originariamente, à penalidade de suspensão inferior a 30 dias. Isso porque, a própria lei já exige o processo administrativo disciplinar em sentido estrito para a imposição da penalidade de destituição de cargo em comissão, independentemente de a infração ser punível com suspensão ou demissão.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 86 e 87, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

### **3.4.3 - Conversão da Sindicância Disciplinar em PAD**

Conforme permite o inciso III do art. 145 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, pode a persecução correcional, iniciada por meio de sindicância disciplinar (quando se presume que a fase de admissibilidade vislumbrou indícios de irregularidade de menor grau de gravidade e/ou quando se quis poupar um integrante da comissão), ser convertida em processo administrativo disciplinar *stricto sensu* (PAD). Tal conversão se dá quando o colegiado se depara com possibilidade de comprovação de ilícito de média ou alta gravidade, punível com pena de suspensão superior a trinta dias ou com pena expulsiva, para as quais a sindicância disciplinar deixa de ser instrumento capaz.

Mas, antes de adentrar em tal instrumentalidade, destaquem-se e demarquem-se aqui

duas hipóteses distintas, a fim de deixar claro que não se confundem. Primeiramente, lembre-se o já aduzido em 2.5.3.2, de que não convém que integrantes de sindicância investigativa (e também para integrantes de investigação preliminar ou de investigação patrimonial ou de sindicância patrimonial) integrem comissão disciplinar (seja em sindicância disciplinar, seja em PAD) a ser designada como decorrência de seus trabalhos investigativos, cujas conclusões são tomadas unilateralmente, sem direitos à ampla defesa a favor do investigado. Mas não é desta hipótese de que agora se trata. Aqui, cogita-se da hipótese diferente, de se instaurar PAD em decorrência de sindicância disciplinar, cujos atos foram realizados sob manto de ampla defesa e de contraditório a favor do acusado (não se podendo afirmar que a convicção preliminar dos sindicantes tenha sido formada de maneira inquisitorial e unilateral), em que é possível que membro desta comissão de sindicância disciplinar faça parte da comissão de inquérito do PAD decorrente.

Tal hipótese se configurará, e até se tornará recomendável, à vista do princípio da eficiência, quando a sindicância disciplinar provocar a autoridade instauradora de forma a tão somente, à luz de suas apurações iniciais, solicitar uma extensão de seus poderes apuratórios sem manifestar de forma expressa uma prévia convicção de mérito acerca de suposta responsabilização funcional, conforme também se expressam a jurisprudência e o posicionamento doutrinário do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU).

*TRF da 3ª Região, Apelação em Mandado de Segurança n.º 0002197-19.1998.4.03.6000: “Ementa: 2. A alegação de suspeição ou impedimento dos membros da comissão processante, por terem atuado em sindicância anterior, é obliterada se não comprovada a ocorrência das hipóteses previstas no § 2º do art. 149 e art. 150 da Lei n. 8.112/90, bem como no art. 18 e seguintes da Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (STJ, MS n. 13986, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 09.12.09, REsp n. 585156, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 02.10.08).*

*TRF da 5ª Região, Apelação Cível nº 385.720: “Ementa: 1. Alega o apelante que os membros da comissão processante do procedimento administrativo disciplinar seriam impedidos de exercer tal atribuição, ex vi do art. 18 da Lei 9.784, de 1999, motivo pelo qual o processo padeceria de nulidade. 2. O fato de os servidores integrantes da comissão processante do processo administrativo disciplinar terem atuado na sindicância que o antecedeu não os torna suspeitos ou impedidos, por não incidirem em nenhuma das hipóteses legalmente previstas de suspeição ou impedimento (art. 18 e 20 da Lei nº 9.437/1999 e art. 149, parágrafo 2º, da Lei nº 8.112/1990).”*

*Nesses termos, vale ressaltar a questão da necessidade de imparcialidade de membros de comissão processante que teriam participado anteriormente de sindicância disciplinar com emissão de juízo preliminar de valor. Assim, caso contrário, se não houver qualquer emissão de juízo de valor acerca de suposta responsabilização funcional, é possível que membro da comissão de sindicância faça parte da comissão de inquérito do PAD decorrente.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 156, 2013, disponível em [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual\\_PAD.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual_PAD.pdf), acesso em 07/08/13*

Todavia, também na hipótese de sindicância disciplinar antecedente ao PAD, restará desaconselhável a manutenção dos membros quando a respectiva comissão provocar a autoridade instauradora com manifestação de convicção de cometimento de irregularidade por parte do servidor acusado, enquadrando-a e justificando a conversão, à vista da vinculação existente no regime disciplinar e da limitação punitiva da sindicância disciplinar. Neste caso, diferentemente da hipótese do parágrafo anterior, pode a defesa vir a cogitar da quebra da imparcialidade e da isenção destes integrantes, sendo aconselhável a designação de novos

nomes, a fim de evitar incursão em nulidade por prejuízo à defesa.

Em todo caso, na hipótese de se instaurar PAD em decorrência de sindicância disciplinar, tem-se que esta integrará aquele, conforme determina o *caput* do art. 154 da Lei nº 8.112, de 1990.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 154. Os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução.*

E há duas formas de se operacionalizar esta passagem, protocolizando ou não um nº específico de processo para o PAD. Na primeira forma possível, mais de acordo com o texto legal acima, protocoliza-se o novo PAD, que recebe nº próprio de processo e a ele se juntam, por anexação, os autos da sindicância disciplinar. Conforme o item 5.3.1 da Portaria MPOG/SLTI nº 5, de 19 de dezembro de 2002, a anexação é uma forma de juntada em definitivo de dois processos, sendo que o processo acessório (a sindicância disciplinar, no caso) passa a fazer parte integrante do processo principal (o PAD) e tem suas folhas reenumeradas, de forma que se mantêm a paginação e o nº do processo principal.

*Portaria Normativa MPOG/SLTI nº 5, de 2002*

*5.3 Juntada*

*5.3.1 Juntada por anexação*

*Na juntada por anexação, as peças do conjunto processado serão reenumeradas a partir do processo acessório.*

*A metodologia adotada para juntada por anexação é:*

- a) Colocar em primeiro lugar a capa e o conteúdo do processo principal;*
- b) Retirar a capa do processo acessório, sobrepondo-o à capa do processo principal e manter os processos sobre as duas capas, formando um único conjunto;*
- c) Reenumerar e rubricar as peças do processo acessório, obedecendo a numeração já existente no principal;*
- d) Lavar termo de juntada por anexação na última folha do processo mais antigo;*

Como, neste caso, obrigatoriamente os autos da sindicância disciplinar deverão ser entregues à autoridade instauradora - a fim de que ela, após remeter ao protocolo formador de processos o pedido de formação de novos autos, proceda à anexação -, a forma mais conveniente de a comissão de sindicância provocar a conversão em PAD será por meio de relatório preliminar. Este relatório, dirigido à autoridade instauradora e submetendo-lhe a proposta de conversão, é redigido assim que o colegiado vislumbra a necessidade de ter seus poderes estendidos, sem necessidade de esgotar apuração, indiciar e coletar defesa. Caso a autoridade instauradora concorde com a proposta relatada, faz emitir a nova portaria, designando comissão de inquérito.

Ainda na primeira hipótese, de se protocolizar o PAD, não convém fazer a juntada por apensação, em que o processo acessório apenas acompanharia temporariamente o principal, mantendo suas respectivas paginações e nº de protocolo, para que pudessem ser separados após a decisão.

Na segunda forma possível, não se protocoliza especificamente o PAD; faz-se apenas com que seus autos prossigam nos mesmos autos da sindicância disciplinar, mantendo o mesmo nº de processo e a numeração das folhas já existentes. Neste caso, é recomendável que o PAD se inicie em um novo volume, lavrando-se o seu termo de abertura e o termo de encerramento do volume anterior.

Neste caso, diferentemente da primeira opção, não necessariamente os autos da sindicância disciplinar precisam passar pela autoridade instauradora. Daí, à vista do princípio do formalismo moderado, a provocação de conversão até pode se dar de maneira menos formal, mediante ata de deliberação, na qual a comissão de sindicância decida pelo pedido de extensão de seus poderes, à vista de motivos elencados, encaminhada à autoridade

instauradora por meio de memorando. Caso a autoridade instauradora concorde com a proposta, pode enviar para a comissão, também via memorando, a nova portaria de designação de comissão de inquérito. Esta ata de deliberação deve ser redigida assim que o colegiado vislumbrar a necessidade de ter seus poderes estendidos, sem necessidade de esgotar apuração, indiciar e coletar defesa. O emprego desta forma de provocação não acarreta perda de tempo com o deslocamento dos autos da comissão para a autoridade instauradora; enquanto há uma troca de memorandos, a comissão de sindicância, desde que dentro de seu prazo, pode continuar trabalhando já que ela continua de posse dos autos e não se dissolve com a entrega do relatório. Assim, esta opção é mais justificável quando se tem prazo enxuto para os trabalhos ou quando a comissão está fora da sede da autoridade instauradora. Por óbvio, não haveria nenhuma ilegalidade se a comissão de sindicância deliberasse agir de maneira mais formal e mais cautelosa, similar à hipótese anterior, redigindo relatório prévio dirigido à autoridade instauradora e lhe remetendo os autos da sindicância disciplinar, para que esta os devolvesse com a portaria de designação de comissão de inquérito.

No caso de sindicância (investigativa ou mesmo disciplinar) redundar na instauração de PAD, não necessariamente devem ser refeitos os atos de instrução probatória porventura realizados no primeiro procedimento sem que, naquele momento da feitura, se tenha oportunizado ao acusado o direito à ampla defesa e ao contraditório. Os atos formadores de convicção - sobretudo aqueles de natureza contraditória, tais como provas orais, diligências, perícias - somente serão refeitos no inquérito administrativo do PAD caso a defesa, ao ter tido ciência da integralidade dos autos e dos elementos que o compõem, provoque seu refazimento. Nesta hipótese, tendo a defesa entendido que a repetição do ato, desta vez com sua participação, é relevante, convém que a comissão acate o pedido refaça tais atos de instrução, já que a denegação pode configurar prejuízo à defesa e, conseqüentemente, carrear nulidade para o processo.

Tendo sido devidamente apurada a responsabilidade do servidor por meio de PAD, é irrelevante a ocorrência de nulidade na sindicância disciplinar que o antecedeu, conforme já se manifestaram a AGU, no Parecer AGU nº GQ-37, vinculante, e também a jurisprudência e a doutrina:

*Parecer AGU nº GQ-37, vinculante: Ementa: (...) A legalidade do processo disciplinar independe da validade da investigação, efetuada através da sindicância de que adveio aquele apuratório.*

*STF, Mandado de Segurança nº 22.103: “Ementa: Tendo a pena imposta ao ora impetrante decorrido de processo administrativo disciplinar que se seguiu à sindicância, e pena essa imposta com base nas provas colhidas no inquérito integrante desse processo, é despiciendo o exame dos alegados defeitos que haveria na sindicância, e que não influíram na imposição da pena que foi dada ao ora impetrante.”*

*“(...) não há razão para se defender que as nulidades da sindicância atingem o PAD, quando ela for apenas uma peça preparatória deste. Afinal, toda nulidade cometida quando da celebração da sindicância poderá ser corrigida quando da celebração do PAD (...).” Judivan Juvenal Vieira, “Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 226, IOB Thomson, 1ª edição, 2005*

## 4 - RITO DO PROCESSO DISCIPLINAR

### 4.1 - FASES DO PROCESSO DISCIPLINAR

De acordo com o art. 151 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, as fases do processo disciplinar são:

- 1ª fase: Instauração
- 2ª fase: Inquérito administrativo
  - Instrução
    - Busca de provas
    - Indiciação (ou absolvição)
  - Defesa (apenas se indiciar)
  - Relatório
- 3ª fase: Julgamento

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:*

*I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;*

*II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;*

*III - julgamento.*

Antecipando, muito sinteticamente, tudo o que se verá adiante, na regulamentação infraconstitucional da repercussão dos princípios da ampla defesa e do contraditório no processo disciplinar, por um lado, no *caput* do art. 143, a Lei nº 8.112, de 1990, prevê a garantia do direito à ampla defesa no curso de todo o processo. Mas, por outro lado, conforme ratifica a Advocacia-Geral da União (AGU), em seu Parecer AGU nº GQ-55, o art. 153 da mesma Lei garante o direito ao contraditório apenas na segunda fase do processo, chamada de inquérito administrativo (que compreende a instrução, defesa e relatório).

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

Assim, a primeira fase (da instauração), a cargo da autoridade instauradora, após o exame de admissibilidade, na verdade, é pontual e não comporta contraditório. A segunda fase (do inquérito administrativo) tem vedada a participação da autoridade instauradora, sendo conduzida autonomamente pela comissão, e, a rigor, é a única fase contraditória, marcada pela dialética entre a condução imposta pelo colegiado e as contestações do acusado. Por fim, na terceira e última fase (do julgamento), já dissolvida a comissão, não há rito contraditório e atua apenas a autoridade julgadora (que pode ser a mesma autoridade que instaurou).

No **Anexo VI**, demonstra-se, de forma sintética, o rito do processo disciplinar, por meio de fluxogramas.

### 4.2 - 1ª FASE: INSTAURAÇÃO E DESIGNAÇÃO DA COMISSÃO

Após o transcurso de toda a fase de admissibilidade, que se encerra com juízo de admissibilidade, como a peça cognitiva da autoridade instauradora - aqui, no caso, decidindo

pela deflagração da instância disciplinar -, a primeira fase do processo disciplinar, inaugurando o rito do devido processo legal, é chamada de instauração e, neste tema, uma das questões de maior pertinência reside na identificação de a que autoridade compete fazê-lo. Conforme já aduzido em **2.1.1** e **2.3.1**, para se identificar a autoridade competente para instaurar processo administrativo disciplinar (PAD) ou sindicância disciplinar, no silêncio de tal detalhamento na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, deve-se observar o regramento específico do órgão. No âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), em apertada síntese, o ordenamento interno estabelece que, como regra geral, a competência instauradora recai sobre o Chefe do Escritório de Corregedoria (Escor) da jurisdição da unidade em que o representado ou denunciado exerce as atribuições legais de seu cargo ao tempo da decisão de instaurar.

A rigor, o tema da competência instauradora já foi bastante mencionado quando se descreveu, em **2.5.2**, o juízo de admissibilidade, visto que, obviamente, na regra geral, entrelaçam-se, na mesma autoridade, as competências para executar os dois institutos. Não obstante, a questão da competência instauradora aqui retorna, sendo agora apresentada a partir de sua evolução ao longo do tempo, até se apresentar o detalhamento da regra atual. É inequívoco que a adoção de tal regramento interno decorreu de um processo de aprimoramento da forma como o tema foi tratado no órgão, desde até mesmo antes da criação do seu sistema correcional até se atingir o atual grau de elaboração, conforme a seguir se descreve.

#### **4.2.1 - Histórico da Competência para Instaurar Processo Disciplinar na Secretaria da Receita Federal do Brasil**

Até 1999, conforme já exposto em **2.2.1.1**, além do Ministro de Estado da Fazenda e do então Secretário da Receita Federal, de acordo com a regra geral do *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e com os Regimentos Internos da ex-Secretaria da Receita Federal (SRF) então vigentes (aprovados pela Portaria MF nº 606, de 3 de setembro de 1992, ainda à época em que a unidade central se chamava Coordenação-Geral de Auditoria e Correição - Coauc, e pela Portaria MF nº 227, de 3 de setembro de 1998), os titulares das unidades de ocorrência do fato ou de lotação do agente eram competentes para instaurar processo administrativo disciplinar (PAD) e sindicância disciplinar.

Daí, regulamentando o Decreto nº 2.331, de 1º de outubro de 1997, que criara a Corregedoria (Coger) e os Escritórios de Corregedoria (Escor), a Portaria SRF nº 699, de 21 de julho de 1999, restringiu a competência ao então Secretário da Receita Federal e ao Corregedor (até então, entre 01/10/97 e 21/07/99, a competência instauradora da Coger era residual, focando-se no processamento da autoridade local que se omitisse na sua obrigação de proceder às instaurações que lhe cabiam). Em seguida, por meio da Portaria Coger nº 37, de 3 de agosto de 1999, o Corregedor delegou para os Chefes de Escor a competência para instaurarem sindicância disciplinar.

Em 2000, a Portaria SRF nº 825, de 19 de maio de 2000, descentralizou toda a competência disciplinar, atribuindo aos Chefes de Escor da jurisdição da unidade de ocorrência do fato a competência para instaurarem PAD e sindicância disciplinar (obviamente, sem prejuízo da competência das autoridades hierarquicamente acima). Esta competência veio a ser ratificada regimentalmente em 2001 (no Regimento Interno da ex-SRF aprovado pela Portaria MF nº 259, de 24 de agosto de 2001) e sedimentada com a Portaria RFB nº 4.491, de 6 de outubro de 2005, que não só consolidou em um único diploma diversas normas esparsas sobre matéria correcional como também demarcou de forma clara que a competência instauradora associava-se à jurisdição de ocorrência do fato.

A questão da competência instauradora foi novamente abordada pela Portaria RFB nº 3.131, de 15 de julho de 2011. Ao revogar a Portaria RFB nº 4.491, de 2005, esta norma não

só atualizou e até revogou alguns dispositivos daquela primeira Portaria, como também inovou no tema (e, por conseguinte, na competência para emissão de juízo de admissibilidade), passando a regra geral da jurisdição do local da ocorrência do fato para a jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do servidor ao tempo da instauração e estabelecendo que a competência instauradora a cargo do Corregedor é residual.

Por fim, o tema voltou a receber alguns aperfeiçoamentos, com a edição da Portaria RFB nº 136, de 6 de fevereiro de 2013, que revogou a Portaria RFB nº 3.131, de 2011, esclarecendo ainda mais o caráter residual da competência instauradora do Corregedor, postura esta que mantida na atual normatização interna, estabelecida pela Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, que atualmente dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

Apresentada esta síntese cronológica, passa-se a analisar o ordenamento atual, a partir das normas infralegais de maior hierarquia.

No contexto vigente, nem as duas normas de lavra ministerial de aplicação no órgão e tampouco a norma regulamentadora no âmbito da Pasta esclarecem de forma inequívoca a questão da competência disciplinar. De um lado, a Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Fazenda (MF), e a Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Pasta, sequer abordam este tema da competência na RFB e, por sua vez, o Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, dispõe, no inciso I do seu art. 285 e no inciso I do seu art. 287, respectivamente, as competências instauradora e avocadora (esta, em reflexo do princípio da hierarquia, consagrado no art. 15 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) para o Corregedor e a competência instauradora para os Chefes de Escor, ressaltando casos que envolvem servidores ocupantes de determinados cargos em comissão. O Regimento Interno da RFB não especificou se a competência instauradora do Corregedor se aplica sobre qualquer caso em todo âmbito do órgão ou se apenas para situações especiais; mas, por outro lado, deixou inequívoco que, no caso de irregularidade cometida por servidores lotados (ou em exercício) em unidades descentralizadas ou em unidades centrais, a competência instauradora é do Chefe do Escor na respectiva Região Fiscal (RF) onde se situa a unidade.

Com o fim de se buscar o necessário detalhamento acerca das competências instauradoras no âmbito da RFB - de um lado, para o Chefe de Escor, como regra geral; e, de outro lado, para o Corregedor, como exceção -, a exemplo do que já se fez em **2.5.2**, quando se discorreu sobre a competência para exarar o juízo de admissibilidade, é de se permear a leitura do Regimento Interno da RFB com a Portaria Coger nº 14, de 2014, visto que os dispositivos regimentais, de abrangência generalista, ganham definições mais claras ao serem lidos em conjunto com aquelas normas regulamentadoras.

Mas, antes de se adentrar na análise - que se faz relevante para a aplicação cotidiana da matéria - da diferenciação das competências instauradoras do Corregedor e dos Chefes de Escor, convém de imediato esgotar a apresentação das hipóteses de excepcionalíssima competência a cargo do Secretário da Receita Federal do Brasil, do Corregedor-Geral do MF e do Ministro de Estado da Fazenda. Também antes de se diferenciar as competências de cada autoridade, convém reiterar o já afirmado em **2.5.2** que, como regra, na Administração Pública federal - em que se inclui a RFB -, a normatização interna de cada órgão cuida apenas de especificar a autoridade competente para instaurar o rito disciplinar e esta atrai a competência para emitir juízo de admissibilidade e faz indicar a que autoridade devem ser remetidas as representações e denúncias que dão entrada no órgão.

Reitere-se o já exposto em **2.2.2.1**, em que se registrou que a Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, em seus arts. 4º e 10, confere competências ao Corregedor para, de forma geral, editar normas que complementem, especificamente no âmbito da RFB, o cumprimento dos dispositivos daquela própria Portaria Coger-MF e, de forma mais específica, para normatizar

acerca de qualquer assunto concernente à delimitação da competência correcional no âmbito do órgão (como, por exemplo, disciplinar a distribuição de competência entre os Chefes de Escor e o próprio Corregedor, estabelecer as autoridades internas cujas irregularidades passam a ter a excepcional alçada de análise pelo Corregedor).

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 4º Compete ao Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil editar as normas necessárias à delimitação da competência correcional das autoridades instauradoras de sindicâncias disciplinares e de processos administrativos disciplinares no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

*Art. 10. O Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil poderá editar as normas complementares necessárias ao cumprimento do disposto nesta portaria no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

Neste rumo, conforme já afirmado em **2.2.2.1** - que a assertiva de que as demais autoridades estranhas ao sistema correcional da RFB não possuem competência para matéria disciplinar é excepcionada -, não obstante não haver uma expressa previsão regimental, o Secretário da Receita Federal do Brasil, na condição de titular do órgão e de autoridade máxima a que se subordina o Corregedor, concorrentemente com o sistema correcional, em respeito ao princípio da hierarquia e aos incisos IX e XXXIII do art. 280 do Regimento Interno da RFB (em conjunto com a ressalva expressa no *caput* do art. 285 da mesma norma, de que as competências do Corregedor não prejudicam as competências daquela autoridade superior) é competente para emitir seu próprio juízo de admissibilidade, para arquivar o feito em fase de admissibilidade ou para instaurar, para determinar instauração ou para avocar (em reflexo do princípio da hierarquia, consagrado no art. 15 da Lei nº 9.784, de 1999) instauração ou tramitação de processo disciplinar.

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 280. Ao Secretário da Receita Federal do Brasil incumbe:*

*IX - aplicar a legislação de pessoal aos servidores, inclusive no interesse da ética e da disciplina;*

*XXXIII - avocar, a qualquer momento e a seu critério, a decisão de assuntos administrativos de competência da RFB.*

*Art. 285. Ao Corregedor incumbe, sem prejuízo das atribuições do Secretário da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

Prosseguindo nas regras de exceção, as alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 8º do Decreto nº 9.003, de 13 de março de 2017, estabelecem que compete à Corregedoria-Geral do MF (Coger-MF) emitir seu próprio juízo de admissibilidade, para arquivar o feito em fase de admissibilidade ou para instaurar processo disciplinar em quatro situações. As duas primeiras, de foco subjetivo, dependentes desde a fase de admissibilidade de autorização do Ministro de Estado da Fazenda, alcançam servidor que tenha cometido suposto ato ilícito na condição de titular de órgão, conforme é o caso, no âmbito da RFB, do cargo de natureza especial de Secretário da Receita Federal do Brasil, e conselheiro de órgãos colegiados da estrutura do MF, conforme é o caso dos servidores da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB) atuando no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf - que é um órgão colegiado, como segunda instância administrativa recursal em matéria tributária autônomo em relação à RFB e diretamente vinculado ao Ministro de Estado da Fazenda, na função pública de conselheiro representante da Fazenda Nacional, em dedicação integral e exclusiva neste órgão colegiado, ou nele ocupando cargo em comissão ou função de confiança). As duas outras situações alcançam fatos ocorridos em órgão sem unidade de correição própria (hipótese que não se insere no foco de interesse em tela, já que a RFB possui sistema correcional) e por fatos relacionados a mais de um órgão da Pasta (hipótese que somente pode interessar no presente se um destes órgãos for a RFB).

*Decreto nº 9.003, de 2017 - Art.8º À Corregedoria-Geral compete:*

*II - instaurar e conduzir, de ofício ou por determinação superior, e decidir pelo*

*arquivamento, em sede de juízo de admissibilidade, de sindicâncias, inclusive patrimoniais, e de processos administrativos disciplinares:*

*a) para apurar irregularidades praticadas no âmbito de órgão singular ou colegiado da estrutura organizacional do Ministério que não possua corregedoria própria ou quando relacionadas a mais de um órgão da referida estrutura; ou*

*b) para apurar atos atribuídos aos titulares dos órgãos e aos conselheiros dos órgãos colegiados do Ministério, por meio de determinação do Ministro de Estado;*

Na regulamentação do Decreto, operada pela Portaria MF nº 492, de 2013, repetem-se estes comandos acima e acrescentam-se maiores graus de detalhamento. Segundo o inciso IV do art. 7º da mencionada Portaria, a competência do Corregedor-Geral do MF para, mediante autorização ministerial, emitir seu próprio juízo de admissibilidade, para arquivar o feito em fase de admissibilidade ou para instaurar processo disciplinar em casos envolvendo titular de órgão ou conselheiro de órgão colegiado se estende tanto para o servidor que comete o fato nesta condição ou que ocupe o cargo ao tempo da decisão em fase de admissibilidade (ou ainda que tenha cometido o fato no exercício interino daquela função, na condição de substituto eventual - o instituto da substituição eventual está previsto no art. 38 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990). Ademais, o inciso II do art. 7º da Portaria MF nº 492, de 2013, acrescentou mais uma possibilidade de competência a cargo do Corregedor-Geral do MF, quando o representado ou denunciado ocupar o cargo de Corregedor ou de Corregedor Adjunto tanto à época dos fatos quanto à época da decisão em fase de admissibilidade ou ainda quando ocupar cargo de direção ou assessoramento superior ao do Corregedor, hipótese que, no caso da Secretaria da Receita Federal do Brasil, atinge apenas os ocupantes de cargos em comissão de Subsecretários e de Secretário Adjunto, pois estes cargos são cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores de código DAS-101.5, enquanto o cargo em comissão do Corregedor tem código DAS-101.4. Por fim, de acordo com o inciso III do art. 7º da Portaria MF nº 492, de 2013, também compete ao Corregedor-Geral do MF a decisão de desmembramento quando houver mais de um representado ou denunciado e um deles se enquadrar na hipótese acima.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 7º Compete à Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda:*

*I - a instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar, bem como a decisão de arquivamento em sede de juízo de admissibilidade, para apurar responsabilidade no âmbito de órgão da estrutura do Ministério da Fazenda que não possua unidade de correição própria, ou quando a apuração relacionar-se a mais de um órgão da estrutura do Ministério da Fazenda;*

*II - a instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar, bem como a decisão de arquivamento em sede de juízo de admissibilidade, quando, nas unidades dotadas de corregedoria própria, o acusado ou investigado, à época dos fatos ou à época da instauração, for ocupante de cargo de Corregedor, Corregedor-Adjunto, ou ocupante de cargo de direção ou assessoramento superior ao do Corregedor;*

*III - a instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar, a decisão de arquivamento em sede de juízo de admissibilidade e a decisão sobre eventual desmembramento do processo, quando, nas unidades dotadas de corregedoria própria, houver mais de um investigado e pelo menos um deles se enquadrar nos casos previstos no inciso anterior;*

*IV - mediante prévia autorização do Ministro de Estado da Fazenda, a instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar quando o acusado ou investigado, à época dos fatos ou à época da instauração, for titular de órgão ou conselheiro dos órgãos colegiados da estrutura do Ministério da Fazenda, assim como em relação ao servidor que praticar, nessas qualidades, atos passíveis de apuração disciplinar.*

Na mesma linha, o ordenamento interno da Coger-MF, por meio da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, praticamente reitera as competências do Corregedor-Geral do MF, em seu art. 3º. De se destacar apenas a inovação em relação à Portaria MF nº 492, de 2013, trazida pelos §§ 1º e 2º do mencionado art. 3º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, que preveem a possibilidade de o Corregedor-Geral do MF, nas hipóteses em que for recomendável o desmembramento das apurações por fatos que envolvam mais de um órgão fazendário ou que envolvam servidor comum e autoridade cuja competência correccional recai na Coger-MF, delegar, no que cabível, ao órgão possuidor de unidade de correição própria, as apurações referentes a agentes sem o foro privilegiado.

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 3º Compete ao Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda:*

*I - a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar para apurar responsabilidade de servidor no âmbito de órgão da estrutura do Ministério da Fazenda que não possua unidade de correição própria, ou quando a apuração relacionar-se a mais de um órgão da estrutura do Ministério da Fazenda;*

*II - a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar, quando, nas unidades dotadas de corregedoria própria, o acusado ou investigado, à época dos fatos ou à época da decisão de instauração, for ocupante de cargo de Corregedor, Corregedor-Adjunto, ou ocupante de cargo de direção ou assessoramento superior ao do Corregedor;*

*III - a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar, quando, nas unidades dotadas de corregedoria própria, houver mais de um investigado e pelo menos um deles se enquadrar nos casos previstos no inciso anterior;*

*IV - mediante prévia autorização do Ministro de Estado da Fazenda, a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar, quando o acusado ou investigado, à época dos fatos ou à época da instauração, for titular de órgão ou conselheiro dos órgãos colegiados da estrutura do Ministério da Fazenda, assim como em relação ao servidor que praticar, nessas qualidades, atos passíveis de apuração disciplinar.*

*§ 1º Na hipótese prevista no fim do inciso I, quando um dos órgãos possuir unidade de correição própria, o Corregedor-Geral poderá, se a situação assim o recomendar, desmembrar o feito e delegar a essa unidade de correição a instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar para apurar responsabilidade de servidor do respectivo órgão.*

*§ 2º Na hipótese do inciso III, o Corregedor-Geral poderá, se a situação assim o recomendar, desmembrar o feito e delegar à corregedoria da unidade a instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar em relação ao servidor não enquadrado nos casos previstos no inciso II.*

Fechando as hipóteses de excepcional competência, na mesma linha já esposada acima a favor do princípio da hierarquia, eis que o parágrafo único do art. 7º da Portaria MF nº 492, de 2013, ratifica que o Ministro de Estado da Fazenda, como autoridade máxima da Pasta, tem competências para, a qualquer, tempo emitir seu próprio juízo de admissibilidade, para arquivar o feito em fase de admissibilidade ou para instaurar, para determinar instauração ou para avocar (em reflexo do princípio da hierarquia, consagrado no art. 15 da Lei nº 9.784, de 1999) instauração ou tramitação de processo disciplinar em qualquer caso no âmbito da ministerial.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 7º*

*Parágrafo único. O Ministro de Estado da Fazenda poderá, a qualquer tempo, instaurar ou determinar a instauração de procedimento correccional ou avocar sua instauração, sem que isso implique revogação parcial ou total da competência das unidades de correição no âmbito do Ministério.*

Para esgotar as hipóteses excepcionais de competência (tanto de instaurar a instância disciplinar quanto, associadamente, de emitir juízo de admissibilidade), basta agora, em

complemento à regra geral exposta em **2.5.2**, diferenciar as situações dentro do sistema correcional da RFB que transbordam a competência apriorística do Chefe de Escor e recaem na excepcional competência do Corregedor. Retornando então à leitura conjunta do inciso I e do § 1º do art. 285 e do inciso I e dos §§ 1º e 2º do art. 287, ambos do Regimento Interno da RFB e do *caput*, do § 1º e do inciso IV do § 2º do art. 3º e do *caput* e do § 1º do art. 4º, ambos da Portaria Coger nº 14, de 2014, aproximando-se das hipóteses de aplicação cotidiana e comum da matéria, tem-se que compete ao Corregedor proceder a arquivamento em fase de admissibilidade ou instaurar ou ainda avocar - em reflexo do princípio da hierarquia, consagrado no art. 15 da Lei nº 9.784, de 1999 - a instauração ou a tramitação de PAD ou de sindicância disciplinar no âmbito de toda a RFB, ressalvando as exceções já mencionadas acima em razão de cargos em comissão ocupados pelo servidor envolvido ou em razão de órgãos de ocorrência (cuja alçada recai sobre o Corregedor-Geral do MF); e compete aos Chefes de Escor proceder a arquivamento em fase de admissibilidade ou instaurar aqueles ritos disciplinares nos respectivos âmbitos de suas Regiões Fiscais (RFs).

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 285. Ao Corregedor incumbe, sem prejuízo das atribuições do Secretário da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2013)*

*I - instaurar ou avocar a instauração de procedimentos correcionais; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 11 de dezembro de 2014)*

*§ 1º As atribuições previstas no inciso I do caput não abrangem os atos e fatos praticados pelo Secretário da Receita Federal do Brasil, pelo Secretário-Adjunto da Receita Federal do Brasil, pelos Subsecretários da Receita Federal do Brasil, pelo Corregedor e pelo Corregedor Adjunto, bem como pelos servidores que praticaram atos passíveis de apuração disciplinar nestas qualidades. (Incluído pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*Art. 287. Ao Chefe de Escor incumbe, no âmbito de sua competência:*

*I - instaurar e determinar a realização de procedimentos correcionais relativos aos atos e fatos praticados por servidores lotados ou em exercício nas Unidades Descentralizadas e nas Unidades Centrais localizadas na respectiva região fiscal; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*§ 1º As atribuições previstas no inciso I do caput deste artigo não abrangem os atos e fatos praticados pelo Superintendente da Receita Federal do Brasil e pelo Superintendente Adjunto da Receita Federal do Brasil, bem como pelos servidores que praticaram atos passíveis de apuração disciplinar nestas qualidades.*

*§ 2º As atribuições previstas no inciso I do caput relativas ao Chefe do Escritório de Corregedoria da 1ª Região Fiscal não abrangem os atos e fatos praticados pelo Secretário da Receita Federal do Brasil, Secretário-Adjunto da Receita Federal do Brasil, Subsecretários da Receita Federal do Brasil, Coordenador-Geral, Corregedor, Corregedor Adjunto, Coordenador Disciplinar, Chefe de Gabinete e Chefes de Assessorias da Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2013)*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 3º Ressalvado o disposto no artigo seguinte, a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar compete ao Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor) que jurisdicione a unidade de lotação ou exercício do servidor no momento da decisão.*

*§ 1º Quando o objeto da apuração envolver servidores lotados ou em exercício em mais de uma Região Fiscal e a situação não recomendar o desmembramento das apurações, o Corregedor determinará qual Escor será responsável pela realização dos procedimentos investigativos e pela decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar.*

*§ 2º Ocorrendo remoção ou alteração de exercício do servidor:*

*IV - após a instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar, o Corregedor poderá, no momento da prorrogação do prazo do*

*apuratório ou da designação de nova comissão disciplinar, determinar a mudança de local de apuração para o Escor que jurisdicione a nova unidade de lotação ou exercício do servidor.*

*Art. 4º Compete ao Corregedor a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar quando os acusados ou investigados ocuparem, à época dos fatos ou à época da decisão, os cargos de Superintendente e Superintendente Adjunto da Secretaria da Receita Federal do Brasil, assim como em relação aos servidores que praticarem, nessas qualidades, atos passíveis de apuração disciplinar.*

*§ 1º No que se refere aos servidores em exercício nas Unidades Centrais da Secretaria da Receita Federal do Brasil, compete ao Corregedor a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar quando os acusados ou investigados ocuparem, à época dos fatos ou à época da decisão, cargo de direção ou assessoramento superior ao do Chefe de Escor, assim como em relação aos servidores que praticarem, nessas qualidades, atos passíveis de apuração disciplinar, observado o disposto no inciso II do art. 7º da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013.*

Neste tema, já na circunscrição da aplicação cotidiana e comum da matéria (com o que se abstrai das incomuns hipóteses de instauração a cargo do Corregedor-Geral do MF e de instauração ou de avocação por parte do Secretário da Receita Federal do Brasil ou do Ministro de Estado da Fazenda), o principal disciplinamento trazido pela Portaria Coger nº 14, de 2014, reflete-se no esclarecimento de quando cabe ao Corregedor e quando cabe ao Chefe de Escor instaurar o rito disciplinar ou arquivar o feito.

Importa destacar a inequívoca teleologia que norteou a inovação normativa trazida já desde a revogada Portaria RFB nº 3.131, de 2011, e ratificada na Portaria Coger nº 14, de 2014. Sem sombra de dúvidas, quis-se propiciar ao acusado em PAD ou em sindicância disciplinar na RFB a proximidade com os autos, com a comissão e com os trabalhos apuratórios em si, em respeito às garantias de ampla defesa e de contraditório (em que também se reflete a tentativa de reduzir as necessidades de o acusado arcar com custos de deslocamento no acompanhamento processual, o que ocorria, com maior frequência no antigo regimento, quando o acusado tinha lotação ou exercício em jurisdição diferente da de ocorrência dos fatos) e ainda, sob ótica da própria Administração e da comissão, em atenção ao princípio da economia processual nos contatos com a defesa. Reitera-se que este direcionamento adotado pelo ordenamento interno, favorecendo a proximidade da defesa, em detrimento do local de ocorrência dos fatos, encontra respaldo jurisprudencial. Acrescente-se também que se buscou expressar de forma indubitável que a hipótese de a competência instauradora recair sobre o Corregedor é de ser vista como excepcional e residual. E ambas intenções são absolutamente compreendidas na leitura sistemática da Portaria Coger nº 14, de 2014.

*TRF da 5ª Região, Agravo de Instrumento nº 64.934: Voto: “4. Significa, portanto, que, num órgão de abrangência nacional, como o é a Superintendência da Polícia Federal, a Comissão Disciplinar Permanente (ou a temporariamente formada para determinada apuração de irregularidade) de um Estado da Federação pode desempenhar suas funções na averiguação de irregularidades ocorridas em outro Estado da Federação. 5. Nos termos do artigo 149 da Lei 8.112/90, ademais, ‘o processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado’. 6. Como se vê, os requisitos para a regularidade da formação da comissão processante são apenas a (i) estabilidade dos seus membros, (ii) o seu grau de escolaridade e (iii) a sua designação pela autoridade competente, podendo os fatos a serem investigados ter ocorrido no próprio Estado em que trabalham ou em outro Estado em que o órgão ou entidade tenha representação. 7. Demais*

*disso, é de acrescentar-se que uma Comissão formada por servidores de outro Estado provavelmente será até mesmo mais imparcial nas apurações do que se formada por servidores do mesmo local de trabalho do investigado, servindo ainda mais aos ditames do art. 150 da Lei n 8.112/90, segundo o qual 'A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração'.*

Na leitura conjunta do *caput* e do § 1º do art. 3º e do § 2º do art. 4º, ambos da Portaria Coger nº 14, de 2014, tem-se que a regra geral vigente na RFB é de a competência instauradora recair sobre o Chefe do Escor que jurisdicione a unidade em que o representado ou denunciado seja lotado (ou em que tem exercício, caso a unidade de exercício seja distinta da de lotação), mesmo sendo unidade central, independentemente de qual era a unidade de lotação (ou de exercício) do servidor ao tempo da identificação dos fatos por ele praticados.

Em complemento, o *caput* e o § 1º do art. 4º da Portaria Coger nº 14, de 2014, reforçam que cabem ao Corregedor, em princípio, hipóteses excepcionais para figurar como autoridade instauradora (todas associadas apenas ao fato peculiar de o objeto da apuração envolver servidor que ocupe ou que tenha ocupado determinados cargos em comissão).

Relembre-se, conforme já aduzido em **2.2.2.2.2**, que, por força do art. 7º C da Portaria RFB nº 268, de 6 de março de 2012, o Corregedor possui, por delegação, competência para transferir competências entre as subunidades (entre suas Coordenação, Divisões, Serviços, Seção, Escor e Nucor), para transferir atribuições dos respectivos chefes e também para estabelecer jurisdição de Escor de forma concorrente em todo território nacional. Com isto, no aspecto que aqui mais pode interessar, a competência para instaurar processo disciplinar pode ser transferida de um Escor para outro.

*Portaria RFB nº 268, de 2012 - Art. 7º C. Delegar competência ao Corregedor para, no âmbito da Corregedoria, transferir competências entre unidades e subunidades, e atribuições entre dirigentes, bem como estabelecer jurisdição de forma concorrente em todo território nacional. (Incluído pela Portaria RFB nº 1.360, de 16 de julho de 2014)*

Tal competência resta refletida no inciso II do § 2º do art. 4º da Portaria Coger nº 14, de 2014.

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 4º  
§ 2º O Corregedor poderá, a qualquer tempo: (Redação dada pela Portaria Coger nº 36, de 12 de setembro de 2014)  
II - transferir competências entre unidades e subunidades, e atribuições entre dirigentes, bem como estabelecer jurisdição de forma concorrente em todo território nacional. (Incluído pela Portaria Coger nº 36, de 2014)*

Os comandos abrangentes acima alcançam processos em diferentes estágios de elaboração. O processo a ser transferido pode estar com trabalho investigativo sequer iniciado ou já iniciado ou já tido como concluído e até mesmo parecer propositivo de instauração no Escor originariamente competente. Ainda assim, caso a competência instauradora deste processo seja transferida para outro Escor, cabe a este segundo Chefe de Escor reavaliar toda a fase de admissibilidade, seja acatando os trabalhos porventura existentes, seja complementando-os, para, ao final, formar a sua própria convicção de instaurar o processo disciplinar ou de arquivar o feito. A instrumentalidade desta transferência se dá por meio de portaria específica do Corregedor, atribuindo, para o processo ou para o grupo de processos a que se referir, tal competência instauradora de um determinado Escor que seria aprioristicamente o competente para outro Escor.

E, nos termos já expostos em **3.2.2.1** e em **3.2.2.2**, este regramento geral, que prioriza a competência instauradora do Chefe do Escor que jurisdiciona a unidade de lotação (ou de exercício) do servidor ao tempo da instauração, não se afasta nem mesmo quando ocorrem

incidentes tanto em aspectos espaciais (quando o servidor comete a suposta irregularidade fora de sua unidade de lotação ou de exercício) quanto em aspectos temporais (quando, entre o cometimento da suposta irregularidade e a instauração do rito disciplinar, a situação funcional do servidor se altera em razão de remoção, investidura em novo cargo, aposentadoria, exoneração ou aplicação de pena expulsiva antes da instauração).

Por óbvio, conforme já detalhadamente exposto em 2.3.1 e em 2.5.2 e nos termos expressos no art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 2014, estas competências instauradoras associam às mesmas autoridades a competência prévia para emitir juízo de admissibilidade, por meio do qual pode-se decidir não só pela instauração do rito disciplinar bem como por arquivar o feito, indicando, também, por conseguinte, a quem devem ser remetidas as representações e denúncias.

Assim, adotando-se leitura a *contrario sensu* do art. 288 do Regimento Interno da RFB, repisa-se que o Chefe do Núcleo de Corregedoria (Nucor) em Manaus não possui competência para emitir juízo de admissibilidade e, em consequência, muito menos para instaurar processo disciplinar, nem mesmo em face de servidores lotados (ou em exercício) naquela jurisdição municipal, estando tais poderes a cargo apenas do Chefe do Escor02.

Uma vez que nos quatro tópicos acima citados (a cuja leitura enfaticamente se remete, sobretudo para o último) abordou-se o tema sempre sob a ótica mais comum da competência recair sobre o Chefe de Escor, cabe aqui esclarecer as hipóteses excepcionalizadas no *caput* e no § 1º do art. 4º da Portaria Coger nº 14, de 2014, em que a competência recai no Corregedor.

A hipótese de expressa exceção à regra geral de a competência recair sobre o Chefe do Escor da jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do representado ou denunciado, fazendo migrar a competência para o Corregedor, decorre da limitação de alçada dos Chefes de Escor. Tal hipótese, por estar expressa no *caput* e no § 1º do art. 4º da Portaria Coger nº 14, de 2014, é compreendida sem muito esforço com a simples leitura sistemática dos dispositivos normativos.

Antes disto, eis que o Regimento Interno da RFB, nos §§ 1º e 2º do seu art. 287, estabelece que não compete ao Chefe de Escor (e nem mesmo ao Chefe do Escor na 1ª RF - Escor01), mas sim ao Corregedor instaurar PAD ou sindicância disciplinar ou arquivar o feito quando o suposto ilícito foi cometido por servidor que tenha ocupado à época do fato ou que ocupe à época desta decisão os cargos em comissão de Superintendente ou de Superintendente Adjunto, bem como de Coordenador, Coordenador Disciplinar, Coordenador Especial, Coordenador-Geral, Chefe de Gabinete e Chefe de Assessorias do Secretário da Receita Federal do Brasil (ou ainda que tenha cometido o fato no exercício interino daquelas funções, na condição de substituto eventual).

Portanto, o *caput* e o § 1º do art. 4º da Portaria Coger nº 14, de 2014, tão somente reiteram, respectivamente os dois comandos regimentais, com outra literalidade: no âmbito regional, repete-se que a excepcionalidade do foro contempla os ocupantes do cargo em comissão de Superintendente e de Superintendente Adjunto, exposta no § 1º do art. 287 do Regimento Interno da RFB; e, no âmbito das unidades centrais, a mencionada Portaria simplesmente sintetiza com a expressão de ocupantes de “cargo de direção ou assessoramento superior ao do Chefe de Escor” justamente aquela extensa lista explicitada no § 2º do mesmo dispositivo regimental.

Ademais, de forma consonante, os textos do Regimento Interno da RFB e da Portaria Coger nº 14, de 2014, são claros ao impor que as condições excepcionais se configuram tanto ao tempo do cometimento do fato quanto ao tempo da decisão de instaurar o processo ou de arquivar o feito. Em outras palavras, se o fato foi cometido por servidor na condição de Superintendente ou de Superintendente Adjunto, bem como de Coordenador, Coordenador Disciplinar, Coordenador Especial, Coordenador-Geral, Chefe de Gabinete e Chefe de

Assessorias do Secretário da Receita Federal do Brasil (ou no exercício interino daquelas funções, na condição de substituto eventual), ainda que ao tempo da decisão de instaurar ou de arquivar já não mais ocupe tais cargos em comissão, ou se o fato foi cometido por um servidor qualquer e, ao tempo da decisão de instaurar ou de arquivar, ele ocupa algum daqueles cargos comissionados, em ambas hipóteses, a competência de instaurar ou para arquivar recai no Corregedor. Neste caso, a inteligência da norma é evitar a alegação de incompetência ou até mesmo o constrangimento decorrente de o Chefe de Escor ter de processar um servidor que já ocupou ou que ocupa cargo de projeção e competência superiores ou no mínimo similares às suas.

A esta lista de autoridades cuja competência instauradora (e também para emitir juízo de admissibilidade) vincula-se ao Corregedor também deve se acrescentar, por motivos óbvios, a hipótese de o fato supostamente ilícito ter sido cometido por servidor que tenha ocupado à época do fato ou que ocupe à época desta decisão o cargo em comissão de Chefe de Escor (ou que tenha cometido o fato no exercício interino daquela função, na condição de substituto eventual). Tamanha a obviedade de que esta autoridade não poderia se manifestar acerca de si mesma e muito menos se autoprocessar que a hipótese nem sequer necessitou de expressa previsão normativa, advindo de mera interpretação do princípio da hierarquia.

Embora não figure como uma excepcional hipótese de competência instauradora a cargo do Corregedor, merece detalhada menção a hipótese tratada no § 1º do art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 2014, por ser fortemente ratificadora do quanto residual deve ser compreendida aquela possibilidade de a autoridade máxima do sistema correcional instaurar processo disciplinar, conforme se expõe a seguir.

Se, na regra geral, o que define a competência é a jurisdição da unidade onde o servidor envolvido desempenha as atribuições legais de seu cargo ao tempo da instauração, havendo mais de um representado ou denunciado e sendo estes polos passivos lotados ou possuindo exercício em diferentes jurisdições (em diferentes RFs) e não possuindo as respectivas condutas infracionais grau de associação e de correlação de forma a impedir suas análises individualizadas (em outras palavras, o esclarecimento de uma conduta pode se dissociar e não depende do esclarecimento simultâneo e conjunto da outra), resta que deve-se proceder ao desmembramento do caso, para que cada conduta seja apurada isoladamente. Opera-se este desmembramento porque a regra geral impõe que cada Chefe de Escor figure como autoridade instauradora do processo referente ao servidor lotado (ou em exercício) na RF da respectiva jurisdição, a fim de garantir proximidade para ambas as defesas, em linha de coerência com a teleologia e com a consequente sistemática que nortearam a inovação trazida a lume já desde o art. 1º da revogada Portaria RFB nº 3.131, de 2011, e ratificada no art. 1º da Portaria RFB nº 136, de 2013, e mantida no *caput* do art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 2014.

Mas, por outro lado, possuindo as respectivas condutas supostamente infracionais determinado grau de associação e de correlação que não permite suas análises desmembradas (em outras palavras, dependendo o esclarecimento de uma conduta do simultâneo e indissociável esclarecimento da outra), tem-se então um peculiar contexto em que a regra geral não oferece a exata resposta se a ambos ou se a algum dos dois correspondentes Chefes de Escor competiria a instauração.

Quando o objeto da apuração envolver servidores lotados (ou em exercício) em mais de uma Região Fiscal ao tempo da instauração e que tenham praticado determinada(s) conduta(s) cuja individualização da antijuridicidade seja indissociável do caráter infracional de todo o conjunto fático, em virtude de seu grau de concatenação, interdependência ou de consecutividade, a aplicação da regra geral faria exigir indesejados esforços de apuração simultâneos, indissociáveis e superpostos em mais de uma jurisdição correcional. Em outras palavras, a correta compreensão da possível aplicabilidade do dispositivo encartado no § 1º do art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 2014, requer que se tenha um conjunto fático em que, ao se tentar empregar a regra geral das jurisdições associadas às unidades de lotação (ou de

exercício) dos envolvidos no momento da instauração, se tivesse de provocar dois ou mais Chefes de Escor para um mesmo dever apuratório.

Mas é de ressaltar que o que o dispositivo em tela quer abarcar, precipuamente, são situações bastante peculiares em que a suposta infração se inicia com condutas, atitudes, operações ou procedimentos cometidos por determinado(s) servidor(es) lotado(s) ou em exercício em uma RF e se conclui ou se aperfeiçoa somente com o cometimento simultâneo ou posterior de outros atos funcionais por parte de outro(s) servidor(es) lotado(s) ou em exercício em outra(s) RF(s) e que, se isoladamente tomados em cada local, não logram o esclarecimento fático como um todo, de forma que não haveria parâmetro a permitir o desmembramento das correspondentes condutas sob cada jurisdição dos Chefes de Escor. Somente em tal cenário incomum - como, por exemplo, qualquer tratamento ou regime tributário indevidamente concedido a um contribuinte por um servidor de uma RF e concluído também de forma irregular e concatenada por outro servidor de outra RF - é que, residualmente, se atende à literalidade inserida na norma para possibilitar que o Corregedor atribua priorização da competência a apenas um dos Chefes de Escor das jurisdições envolvidas.

Reitera-se então que, deste residual e específico contexto fático, pode-se extrair o quão crescente e forte é a refração no ordenamento para que o Corregedor figure como autoridade instauradora. Tanto é extremamente residual a possibilidade com que o ordenamento interno contempla a competência instauradora a cargo do Corregedor que, mesmo nestas hipóteses de fatos cometidos por servidores lotados (ou em exercício) em mais de uma RF e que não comportam desmembramento, ainda assim, o Corregedor determina que a competência recaia sobre um dos Chefes de Escor, não se prevendo a ascensão para o foro instaurador qualificado.

Assim, na peculiaridade da RFB, por um lado, se dois servidores, respectivamente lotados (ou em exercício, se diferente) nas X<sup>a</sup> e Y<sup>a</sup> RFs, cometem um determinado fato ilícito no âmbito de quai(is)quer RF(s), sendo as condutas indissociáveis, independentemente do lugar geográfico onde tenham sido concretizadas e onde repercutem, o Corregedor deve determinar o Chefe de Escor responsável pela instauração conjunta.

É forçoso concluir que o § 1º do art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 2014, também abarca a situação peculiaríssima em que a suposta infração, com total grau de indissociabilidade, tenha sido cometida por dois servidores lotados (ou em exercício) em uma mesma RF mas, que ao tempo da instauração, um deles esteja lotado (ou em exercício) em outra jurisdição. Por outro lado, se aquela mesma suposta infração tiver sido cometida por dois servidores lotados (ou em exercício) em diferentes Regiões Fiscais mas, que ao tempo da instauração, estejam lotados (ou em exercício) na mesma jurisdição, a competência instauradora volta-se para a regra geral de recair sobre o Chefe do respectivo Escor, por força do *caput* do art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 2014, e não do seu § 1º

Ademais, é de se ratificar que, mesmo havendo servidores envolvidos lotados (ou em exercício) ao tempo da instauração em distintas Regiões Fiscais, sendo dissociáveis e independentes as condutas a se apurar (ou seja, sendo possível esclarecer cada conduta isolada e independentemente uma da outra), mantém-se a regra geral do *caput* do art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 2014, desmembrando-se as apurações em processos distintos a serem instaurados pelos Chefes de Escor das respectivas jurisdições das unidades de lotação ou de exercício dos agentes.

De se destacar também que, no âmbito da hipótese tratada no § 1º do art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 2014, e (com o que se abstrai da possibilidade de o envolvido ocupar ou ter ocupado determinados cargos em comissão), não há previsão para que qualquer caso que envolva apenas um único representado ou denunciado tenha o foro instaurador determinado pelo Corregedor, uma vez que, de acordo com a regra geral que norteia sistematicamente o tema, para um único servidor, há uma única jurisdição ao tempo da instauração, à qual se

associa a competência instauradora do respectivo Chefe de Escor, por força da aplicação automática do *caput* do mesmo artigo.

Neste rumo, à luz do que já se abordou em **3.2.2.1.1**, pouco importa que o servidor, ao tempo de lotação (ou de exercício) em determinada RF, tenha cometido a suposta infração em outra jurisdição ou que, à época do conhecimento do fato ou da efetiva instauração, já esteja lotado (ou em exercício) em outra jurisdição, uma vez que, em todas estas possibilidades, cabe ao Chefe do Escor da jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício) ao tempo da instauração a competência instauradora. Nem mesmo a hipótese pouco comum de um servidor cometer determinada conduta supostamente infracional de forma habitual ou continuada, nos termos já dispostos em **2.5.3.4** (neste último caso, estendendo-se o conceito penal de ilícito continuado para diferentes localidades), e que não comporta desmembramento ao tempo de lotação (ou de exercício) em duas (ou até mais) diferentes Regiões Fiscais, retira a competência instauradora da regra geral do *caput* do art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 2014, pois, ao final, sempre restará como competente o Chefe do Escor da jurisdição de sua unidade de lotação (ou de exercício) ao tempo da instauração.

De forma mais figurada, se o fato de o servidor ter cometido a infração ao tempo de lotação (ou de exercício) na Xª RF e de já estar lotado (ou em exercício) na Yª RF ao tempo da instauração vincula a instauração ao EscorY, com mais certeza ainda se mantém a instauração no EscorY mesmo quando a conduta continuada ou habitual é cometida em parte tanto na unidade de origem na Xª RF quanto em parte também na unidade de destino e de atual lotação (ou exercício) na Yª RF, não havendo que se cogitar de hipótese de o Corregedor determinar a competência. E ainda prospera a regra geral do *caput* do art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 2014, mesmo que se as condutas praticadas em das diferentes Regiões Fiscais são independentes a clamarem por apurações separadas, pois, ainda assim, a competência instauradora para os processos distintos recaem no Chefe do Escor da jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício) do servidor ao tempo destas instaurações, como forma de se atender à teleologia de propiciar ao acusado proximidade com os autos e com a comissão.

A regra geral de as competências para emitir juízo de admissibilidade e para arquivar o feito ou para proceder à instauração da instância disciplinar recair no Chefe de Escor e de apenas muito excepcionalmente migrar para o Corregedor também se aplica em caso de eventuais representações ou denúncias contra servidores lotados no Escor e na Coger ou contra servidores estranhos ao sistema correcional e que excepcionalmente sejam convocados pelo Chefe de Escor ou, de forma ainda mais residual, pelo Corregedor para compor comissão. Os fatos de o servidor ser lotado no Escor (ou na Coger) ou de estar temporariamente convocado pelo Chefe do Escor (ou até mesmo pelo Corregedor) não impedem que recaiam no próprio Chefe do Escor (e, em especial, no Chefe do Escor01, para a hipótese envolvendo servidores lotados na Coger) o juízo de admissibilidade e o arquivamento do feito ou a instauração da instância disciplinar, se for o caso, tanto em razão de desvios comportamentais ou por atos funcionais quaisquer que independam da condição de integrante de comissão, quanto, nesta condição específica, em razão de atos cometidos na relação com o acusado ou com seu procurador ou ainda com outros agentes intervenientes, conforme estes podem vir a representar ou a denunciar, em geral sob alegações de suposto ato de abuso de poder na condução dos trabalhos e em especial na denegação de pedidos protelatórios ou impertinentes ou ainda ao confundirem a postulação de incidente de supostos impedimentos ou suspeição (que se descreverão em **4.2.6**) com representação ou denúncia.

Acerca da aplicação da regra geral a estes casos de representação ou denúncia contra servidor lotado no Escor ou contra servidor convocado para integrar comissão, podem ocorrer duas hipóteses de impedimento para que o Chefe do Escor emita seu juízo de admissibilidade, arquivando o feito ou, se for o caso, instaurando o rito disciplinar, como se descreve a seguir. Quando o Chefe do Escor já tiver atuado no caso na condição de representante contra o seu subordinado ou contra o convocado, ele deve se declarar impedido, em favor da atuação em seu lugar do Chefe Substituto do Escor. E, no caso de representação ou denúncia contra

integrante de comissão (lotado no Escor ou convocado) formulada por acusado, procurador ou qualquer outro interveniente no processo em curso em razão de ato ao qual o Chefe do Escor também esteja de alguma forma vinculado, por ter atuado ou interferido, este deve se declarar impedido, em favor da atuação em seu lugar do Corregedor.

Por óbvio, em respeito à regra geral, tanto no caso de servidor lotado em Escor ou na Coger, quanto no caso de servidor estranho ao sistema e que é temporariamente convocado pelo Chefe de Escor (ou até mesmo pelo Corregedor), na hipótese de este agente cometer suposta irregularidade no curso dos trabalhos da comissão para que foi designado, em geral, a competência recai sobre o Chefe do Escor da jurisdição de sua unidade de lotação (ou de exercício). Não obstante esta autoridade instauradora coincidir, na maioria das vezes, com o Chefe do Escor que o designou para compor a comissão ou especificamente com o Chefe do Escor01 no caso de designação por parte do Corregedor (já que é mais comum o servidor, tanto lotado quanto convocado, ser designado em sua própria jurisdição), não necessariamente sempre significam as mesmas autoridades, caso a designação, por qualquer Chefe de Escor ou pelo Corregedor, tenha sido para compor comissão em RF diferente da de sua lotação (ou de exercício).

No caso de se ter servidor lotado (ou em exercício) em determinada RF e que, ao ser designado para compor comissão em outra jurisdição, incorre em suposta irregularidade, a competência para emitir juízo de admissibilidade e para arquivar o feito ou para proceder à instauração da instância disciplinar, em princípio, se mantém na regra geral, qual seja, vinculada ao Chefe do Escor que jurisdiciona a sua unidade de lotação (ou de exercício) - o que, no caso de servidor lotado em Escor, coincide com o próprio Chefe de Escor que é seu superior hierárquico imediato -, e não associada ao Escor da jurisdição de onde transcorre o processo no qual foi cometida a suposta ilicitude. Ainda que valha o comando de que a aplicação de legislação de pessoal incumbe, ao tempo da convocação, à autoridade convocadora, isto não possui o condão de superar a regra geral da competência instauradora estabelecida no *caput* do art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 2014.

Por fim, no caso de servidor lotado na Coger ou de servidor estranho ao sistema e convocado pelo Corregedor para integrar comissão e que cometa suposta irregularidade (seja por ato funcional qualquer, dissociado da condição de integrante de comissão, seja por ato processual diretamente associado à condição de integrante de comissão), as competências acima descritas recaem, como regra geral, respectivamente, sobre o Chefe do Escor01 ou sobre o Chefe do Escor da jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício) do servidor convocado, sendo que este coincide com o mesmo Chefe do Escor01 se o integrante de comissão é lotado (ou em exercício) em unidade da 1ª RF. O fato de o servidor ser lotado na Coger ou de ser convocado pelo Corregedor não tem o condão de lhe conceder foro privilegiado e de afastar a regra geral, estabelecida no *caput* do art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 2014, visto que este dispositivo estabelece a competência para Chefes de Escor inclusive sobre servidores lotados (ou em exercício) em unidades centrais situadas nas respectivas RFs.

Ainda no presente tema, merece análise a questão da competência para instaurar processo disciplinar para apurar ilícitos cometidos antes da criação da RFB, por meio da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007. Para isto, se faz necessário o resgate, historicamente, que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia do então Ministério da Previdência Social (MPS), dividia-se em duas grandes áreas de atuação, a saber, a Diretoria de Benefícios (DB) e a Diretoria de Receita Previdenciária (DRP). A partir de 05/10/04, esta segunda área de atuação, englobando arrecadação, fiscalização, lançamento, normatização e recuperação de receita previdenciária, foi repassada para a Secretaria da Receita Previdenciária (SRP), órgão então criado na estrutura direta daquela Pasta e que teve transferidos para seus quadros todos os servidores da Carreira Auditoria-Fiscal da Receita Previdenciária (ARP) e passou ainda a ter em exercício servidores administrativos em geral lotados naquela autarquia e que desempenhavam atribuições legais ligadas à receita previdenciária. Com a criação da RFB, decorrente da fusão dos Fiscos federais, todas aquelas competências da extinta SRP vieram

para este novo órgão, bem como seus servidores da Carreira de ARP, enquanto os servidores administrativos que tinham exercício no órgão extinto (cargos do Plano de Classificação de Cargos - PCC, instituído pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970; do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo - PGPE, tais como Analista Técnico-Administrativo, de nível superior, e Assistente Técnico-Administrativo, de nível intermediário, instituído pela Lei nº 11.357, de 19 de outubro de 2006; e das Carreiras Previdenciária; da Seguridade Social e Trabalho; do Seguro Social; e da Previdência, Saúde e Trabalho) foram redistribuídos para o novo órgão, com o direito de optar, em 180 dias, por retornar ao INSS, conforme os arts. 10 e 12 da Lei nº 11.457, de 2007. Posteriormente, com a Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, em seus arts. 256 e 256-A, estes cargos administrativos foram transpostos para o Plano Especial de Cargos do MF (Pecfaz do Quadro de Pessoal do MF), a partir de 01/07/08, com novo direito de optar, em noventa dias, pelo retorno a seu órgão de origem.

Compete à atual estrutura correcional da RFB instaurar processo disciplinar para apurar qualquer irregularidade estatutária cometida ao tempo da extinta Secretaria da Receita Previdenciária e também para apurar irregularidade estatutária vinculada às áreas de arrecadação, fiscalização, lançamento, normatização e recuperação de receita previdenciária ou nas atividades-meio associadas àquelas funções, transferidas do INSS para a extinta SRP, cometidas ao tempo da DRP daquela autarquia, independentemente da lotação ou exercício atual do servidor (ou seja, ainda que o servidor administrativo tenha retornado para o INSS - o que levaria junto para aquele órgão a competência de julgamento, conforme já aduzido em **3.2.2.2.1.c**). Por outro lado, compete à atual estrutura correcional do INSS apurar quaisquer irregularidades cometidas na área de benefício, seja ao tempo de sua DB, seja após a criação da extinta SRP, independentemente da lotação ou exercício atual do servidor (ou seja, ainda que atualmente este servidor integre os quadros da RFB, o que traria junto para este órgão a competência de julgamento, conforme já aduzido no mesmo tópico acima indicado).

Como exceção à regra geral acima, tem-se que, o caso específico de instauração de processo com o único fim de apurar ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito decorrente de variação patrimonial a descoberto ou de sinais exteriores de riqueza ou de movimentação financeira incompatível, conforme se descreverá em **4.7.4.4.3**, sendo este um ilícito dissociado da comprovação de ato funcional, pode-se ter como concorrente a competência instauradora se a materialidade tiver se configurado ao tempo em que o servidor atuava na área de benefícios do INSS e se este atualmente integra os quadros da RFB.

Por fim, repisa-se a hipótese já mencionada em **3.2.2.2.1.b** de, no curso do processo disciplinar instaurado pelo Chefe do Escor então competente na jurisdição de origem, o servidor obter remoção (seja por provimento judicial, seja com base na autorização excepcionalmente prevista no inciso I do art. 10 da Portaria Coger nº 14, de 2014, ou por qualquer outro motivo) ou ter alteração do exercício ou lograr investidura em novo cargo ainda no âmbito da RFB, para ser lotado (ou ter exercício, se diferente) em unidade situada em outra RF. Nestes casos, ao se ter notícia da entrada em exercício do acusado na outra RF, deve o Chefe do Escor da jurisdição de origem provocar o Corregedor, a fim de que este decida se a apuração deve ou não ser transladada para o Escor da jurisdição de destino, conforme estabelece o inciso IV do § 2º do art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 2014. Em tese, até se pode cogitar de que, como regra, com o fim de manter a inteligência reinante de facilitar o acesso do acusado aos autos, deve o processo ser transladado para o respectivo Escor da nova jurisdição. Todavia, a apreciação caso a caso se justifica porque, em contrapartida àquele posicionamento apriorístico, pode ocorrer de o inquérito administrativo já estar em fase adiantada a ponto de não se recomendar a migração da competência e dos autos. Operacionalmente, no caso de se justificar a transladação da competência para o Escor da nova jurisdição do acusado, mediante manifestação do Corregedor, pode-se demarcar que deve o Chefe do Escor da jurisdição de origem aguardar o momento de encerramento do prazo da portaria vigente, para, em lugar de prorrogar o prazo ou de designar nova comissão, encaminhar os autos para o Chefe do Escor da jurisdição de destino, que passará, a partir

deste momento, a incumbir-se da tramitação processual e de todas responsabilidades e competências de autoridade instauradora.

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 3º*

*§ 2º Ocorrendo remoção ou alteração de exercício do servidor:*

*IV - após a instauração de sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar, o Corregedor poderá, no momento da prorrogação do prazo do apuratório ou da designação de nova comissão disciplinar, determinar a mudança de local de apuração para o Escor que jurisdicione a nova unidade de lotação ou exercício do servidor.*

As informações prestadas no presente tópico podem ser sintetizadas como se segue:

Tipo de competência	Representado ou denunciado	Autoridade instauradora
Competências associadas ao cargo	Corregedor-Geral e Corregedor-Geral Adjunto do MF	Ministro de Estado da Fazenda
Competências residuais, associadas ao princípio da hierarquia	-	Ministro de Estado da Fazenda e Secretário da Receita Federal do Brasil, para instaurar, para determinar a instauração ou para avocar a instauração ou a tramitação referente a qualquer caso nos respectivos âmbitos da Pasta e do órgão
Competências associadas à estrutura do MF	Servidor envolvido em fatos no âmbito de órgão que não possua unidade de correição própria ou fatos envolvendo mais de um órgão	Corregedor-Geral do MF
Competências associadas ao cargo em comissão que o representado ou denunciado ocupava à época dos fatos ou que ocupa à época da instauração (e estendem-se à condição de respectivos substitutos eventuais, por atos cometidos no exercício interino daquelas funções)	Titular de órgão ou conselheiro de órgão colegiado (Secretário da Receita Federal do Brasil e conselheiros do Carf), mediante prévia autorização do Ministro de Estado da Fazenda;  Secretário Adjunto da Receita Federal do Brasil, Subsecretários, Corregedor e Corregedor Adjunto	Corregedor-Geral do MF
	Chefe de Escor, Superintendente, Superintendente Adjunto, Coordenador, Coordenador Disciplinar, Coordenador Especial, Coordenador-Geral, Chefe de Gabinete e Chefe de Assessorias do Secretário da Receita Federal do Brasil	Corregedor (sem prejuízo ainda das suas competências para avocar a instauração ou a tramitação referente a qualquer caso que seja da competência de Chefe de Escor)
Competências genericamente associadas à jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício) do representado ou denunciado à época da instauração	Servidores lotados (ou em exercício) na RF da jurisdição, inclusive em unidades centrais e no próprio Escor ou na Coger, ou integrantes de comissão designados pelo Chefe do Escor ou pelo Corregedor	Chefe do Escor
	Servidores lotados (ou em exercício) em diferentes RFs, por fatos que não comportem desmembramento	

Descrita detalhadamente a competência para instaurar PAD ou sindicância disciplinar no âmbito da RFB, passa-se à apresentação da sua instrumentalização. Assim, a autoridade competente (geralmente, o Chefe de Escor, mas sem prejuízo de hipóteses residuais originariamente atribuídas ao Corregedor ou, ainda mais excepcionalmente, de este avocar - em reflexo do princípio da hierarquia, consagrado no art. 15 da Lei nº 9.784, de 1999 - a competência), diante de indícios de irregularidade, designa comissão (de sindicância ou de inquérito), por meio de portaria de instauração.

Embora deva se cuidar para que a instauração emane sempre de ato de autoridade

competente, a instauração por autoridade incompetente pode ser objeto de convalidação, conforme respaldam a jurisprudência e a doutrina do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU).

*STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 20.631: “Ementa: 1. A circunstância de ter sido determinada a abertura do processo disciplinar por ato do Corregedor-Geral da Polícia Civil do Estado do Paraná, e não pelo Conselho da Polícia Civil, conforme previa a Lei Complementar Estadual 89/01, não enseja nulidade, porquanto o órgão deliberativo acabou por convalidar aquele ato ao julgar o relatório da comissão processante, concluindo pela aplicação da pena de demissão.”*

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

*‘1. A circunstância de ter sido determinada a abertura do processo disciplinar por ato do Corregedor-Geral da Polícia Civil do Estado do Paraná, e não pelo Conselho da Polícia Civil, conforme previa a Lei Complementar Estadual 89/01, não enseja nulidade, porquanto o órgão deliberativo acabou por convalidar aquele ato ao julgar o relatório da comissão processante, concluindo pela aplicação da pena de demissão.’ (STJ - RMS 20631/PR. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2005/0152297-0. Ministro Arnaldo Esteves Lima. 5ª Turma. DJ 10.05.2007.DP 28.05.2007)”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 121, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Conforme já aduzido em **2.5.2**, convém lembrar que se aplicam à autoridade instauradora os mesmos critérios de análise das exceções de impedimento e de suspeição aplicáveis aos agentes intervenientes na instrução e à autoridade julgadora, que serão elencados em **4.4.2** e **4.10.3.3**, vez que a configuração de vinculações pessoais podem viciar a participação de qualquer servidor ou autoridade.

No caso da autoridade instauradora, merece especial menção a hipótese de ter sido este mesmo agente o impulsionador dos procedimentos de investigação na fase de admissibilidade, em rito inquisitorial (não na condição de apenas determinar sua feitura, como autoridade, mas sim de efetivamente tê-las realizado ou delas ter participado, em investigação preliminar ou em investigação patrimonial ou em sindicância patrimonial ou ainda em sindicância investigativa, conforme já se aduziu em **2.5.3.1** e em **3.4.3**) e, como tal, tendo se investido da figura de representante, não deve, por impedimento capitulável no inciso II do art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999, posteriormente figurar como autoridade instauradora no mesmo processo, a não só deflagrar o início da instância disciplinar mas também a dar-lhe o devido prosseguimento, com prorrogações e designações de novas comissões. O mesmo já não ocorre caso este agente tenha atuado como integrante de comissão disciplinar (de sindicância ou de inquérito) e venha posteriormente a atuar como autoridade instauradora no mesmo processo, apenas como responsável por prorrogações ou por designações de novas comissões, não se configurando impedimento.

Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos.

*Orientação Coger nº 12*

*Servidor que tenha atuado na sede investigativa não pode instaurar o procedimento disciplinar subsequente, prorrogar o prazo ou designar ou reconduzir nova comissão processante e integrar a comissão.*

O tema foi tratado na Nota Técnica Coger nº 2005/9.

*Nota Técnica Coger nº 2005/9: “Ementa: Não encerra ilegalidade um servidor que tenha participado da Comissão Disciplinar ser alçado à condição de autoridade instauradora, tendo em vista que esta situação não configura impedimento ou suspeição previstos em lei. Entretanto, este servidor não poderá atuar como autoridade julgadora.”*

Caso o incidente de impedimento ou de suspeição seja espontaneamente alegado pela própria autoridade instauradora (em geral, presume-se que a exceção se interponha antes da instauração), soluciona-se o conflito com a simples manifestação circunstanciada deste excepto e com a participação de seu eventual substituto. Caso o incidente decorra de alegação do servidor investigado (seja na excepcional hipótese de este ter ciência da fase de admissibilidade, seja já após a instauração), deve ser protocolizado em autos apartados do processo disciplinar, com a manifestação circunstanciada do excepto, e ser levado à decisão da autoridade correcional hierarquicamente superior, sem efeito suspensivo do transcurso do rito principal enquanto a exceção é analisada.

#### **4.2.1.1 - Publicação da Portaria de Instauração**

Definindo esta que é a primeira fase do processo, o inciso I do art. 151 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, estabelece que a instauração se dá simplesmente com a publicação da portaria. A instauração, portanto, a rigor, não compreende uma fase processual, mas sim se condensa em um único ato formal, não comportando contraditório, que se estabelecerá somente na segunda fase, do inquérito administrativo.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:*

*I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;*

Antes de chegar ao art. 151, no Título V, em que se delinea a parte instrumental do processo disciplinar, a Lei nº 8.112, de 1990, já no § 3º seu art. 142, ao tratar de prescrição, ainda no Título IV, que descreve o regime disciplinar, estabelece que a instauração do processo disciplinar, com a publicação da portaria, acarreta o efeito imediato de se interromper a prescrição, conforme será detalhado em **4.13.2**.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 142.*

*§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.*

E, a partir daí, a Lei nº 8.112, de 1990, não mais volta a abordar a instrumentalidade do ato em si de instaurar o processo disciplinar, encerrando as previsões legais sobre esta fase que se concentra naquele momento da publicação da portaria.

Conforme estabelece o inciso I do art. 151 da Lei nº 8.112, de 1990, a instauração do processo disciplinar se dá, de forma instantânea e pontual, com a necessária publicação da portaria. Não tendo a Lei exigido o veículo de publicação, este ato de aperfeiçoamento da instauração pode se dar no boletim de serviço (ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora, não se exigindo publicação em Diário Oficial da União (DOU), conforme asseveram a jurisprudência e a doutrina.

*STF, Mandado de Segurança nº 22.055: “Ementa: (...) Processo administrativo disciplinar conduzido por comissão regularmente constituída (Lei 8.112/90, artigo 149). Portaria publicada no boletim interno: regularidade (Lei 8.112/90, art. 151, I).”*

*Idem: STJ, Mandados de Segurança nº 6.853 e 8.877*

*STJ, Mandado de Segurança nº 12.369: “Ementa: III - É válida publicação de portaria que instaura processo administrativo disciplinar e, a fortiori, da*

*portaria que prorroga o PAD, em boletim informativo interno.”*

*“Atendendo ao princípio da publicidade, expresso no art. 37, ‘caput’, da Constituição Federal, a portaria será publicada no órgão de divulgação da repartição (...).” Sebastião José Lessa, “Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância”, pg. 107, Editora Brasília Jurídica, 4ª edição, 2006*

Na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), por força da Portaria RFB nº 872, de 3 de abril de 2014, em seus arts. 1º, 3º e 5º, a partir de 31/07/14, a publicação interna de atos administrativos se dá exclusivamente por meio do Boletim de Serviço da RFB (BS RFB), instituído como um periódico diário eletrônico e de extensão “*portable document format*” (pdf), com conteúdo (dividido tematicamente entre Seção 1 - para atos normativos de forma geral; e Seção 2 - para atos relativos à vida funcional dos servidores) divulgado, acessível e facilmente pesquisável por data de edição, na página inicial da *intranet* institucional. Informe-se que o recebimento de material a ser publicado e a elaboração diária do BS RFB competem à Divisão de Atividades Administrativas do Gabinete da RFB (Gabin/Diadm).

*Portaria RFB nº 872, de 2014 - Art. 1º Fica instituído o Boletim de Serviço da Secretaria da Receita Federal do Brasil (BS/RFB), periódico diário eletrônico para publicação de atos administrativos da RFB.*

*Art. 2º O BS/RFB será divulgado na intranet diariamente, em formato PDF.*

*§ 1º Na hipótese de inexistir matéria para publicação, o BS/RFB não será editado.*

*§ 2º A divulgação de que trata o caput será efetuada preferencialmente até as 18h (dezoito horas), horário de Brasília.*

*§ 3º Excepcionalmente, no interesse da Administração, poderá haver edição extra do BS/RFB.*

*§ 4º A página inicial da intranet da RFB apresentará acesso permanente ao BS/RFB.*

*Art. 3º Compete à Divisão de Atividades Administrativas (Diadm) do Gabinete da RFB elaborar e divulgar o BS/RFB.*

*§ 1º Serão publicados na Seção 1:*

*I - as normas de execução;*

*II - as portarias com conteúdo normativo;*

*III - as ordens de serviço;*

*IV - os atos declaratórios executivos;*

*V - as resoluções; e*

*VI - as notas técnicas.*

*§ 2º Serão publicados na Seção 2 os atos relativos à vida funcional dos servidores da RFB, cabendo à Cogep a regulamentação dos Atos Administrativos de publicação obrigatória no BS/RFB.*

*§ 3º Os atos que tiverem sua publicação no Diário Oficial da União ou em outro meio oficial exigido por legislação específica não serão publicados no BS/RFB.*

*Art. 5º Os atos a serem publicados no BS/RFB deverão ser enviados para a caixa postal BoletimdeserviçoRFB, em formato ODT, acompanhados da respectiva versão em formato PDF com assinatura digital.*

Assim, conforme o § 2º do art. 4º e o art. 8º, ambos da Portaria RFB nº 872, de 2014, no caso específico de portaria de instauração de processo disciplinar (bem como de qualquer outro documento de natureza instrumental e de interesse das comissões disciplinares, dos Escritórios de Corregedoria - Escor ou da Corregedoria - Coger), a publicação deve se dar na Seção 2 do BS RFB, viável de ocorrer a qualquer dia útil da semana, sendo dispensada a publicação em outro veículo de divulgação interna no âmbito do Ministério da Fazenda (MF), tais como Boletins de Pessoal ou de Serviço do Ministério da Fazenda - BP MF ou BS MF, bem como em qualquer outro canal interno na RFB ou em suas unidades centrais ou descentralizadas.

*Portaria RFB nº 872, de 2014 - Art. 8º A publicação de ato no BS/RFB exclui a necessidade de sua publicação nos Boletins de Pessoal e de Serviço do Ministério da Fazenda (BP/MF e BS/MF), bem como em outros canais internos utilizados pelas Unidades Centrais e Descentralizadas*

Acrescente-se ainda que a instituição do BS eletrônico trouxe a reboque para o sistema correcional o emprego da ferramenta que possibilita a assinatura digital de documentos no âmbito da RFB, por meio do Sistema Solução de Assinatura de Documentos Digitais (e-Assina RFB), que traz a funcionalidade de assegurar a integridade e a autenticidade do que nele é assinado. Neste sistema informatizado interno, a autoridade competente deve ter cadastrado algum servidor de sua unidade com o perfil de minutador e deve ela mesma ser cadastrada com o perfil de assinador (que engloba o perfil de minutador). Quando o perfil minutador carrega para o e-Assina RFB o documento preparado em editor de texto e o adiciona ao sistema, o aplicativo gera automaticamente uma versão em extensão pdf, que, ao receber a assinatura digital da autoridade competente, é validada por um código de localização situada em uma marca d'água automaticamente aposta no rodapé do documento e recebe, em uma página extra, os registros da base legal da assinatura digital, da identificação da autoridade assinadora, do código QR (“*quick response code*”), do código de barras da localização e do código *hash*. Ao final, esta versão em extensão pdf é enviada, juntamente com a versão original formulada no editor de texto, via correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002), à Gabin/Diadm, a fim de ser publicada.

Após a publicação do documento no BS RFB, junta-se aos autos a impressão do arquivo em extensão pdf assinado digitalmente. Como este arquivo apenas informa que o documento foi assinado pela autoridade competente mas não informa a data de sua publicação, é recomendável a adoção da praxe de se juntar(em) aos autos a(s) página(s) do BS RFB, extraídas da *intranet* institucional, de que consta o documento publicado, a fim de se explicitar a data de publicação e o nº do Boletim em que foi veiculado. Informe-se que, a exemplo do DOU, a edição do BS RFB se dá continuamente, ato após ato, e não por página individualizada por ato, de forma que, ao imprimir(em) a(s) página(s) de que consta o documento, muito provavelmente, antes de seu início e após seu término, incluem-se também documentos outros, sem interesse. Mas, por outro lado, dispensa-se a juntada aos autos da página de autenticação que o sistema gera automaticamente (não obstante se recomende que, além da instrumentalidade acima descrita, o Escor - ou a Coger - mantenha arquivadas as vias eletrônicas da portaria em extensão do editor de texto e da portaria e da página de autenticação em extensão pdf).

Acrescente-se que, com respaldo doutrinário, em atendimento ao Decreto nº 4.520, de 16 de dezembro de 2002, que disciplina a publicação de atos oficiais no DOU, a Imprensa Nacional da Presidência da República (PR/IN) editou a Portaria PR/IN nº 268, de 5 de outubro de 2009, vedando expressamente, na alínea “h” do inciso II do seu art. 14, a publicação de portarias de instauração de feitos disciplinares delimitados a apenas um órgão. A publicação da portaria em DOU somente é exigível nas hipóteses de se ter apuratório transcorrendo fora do órgão instaurador ou envolvendo servidores de diferentes órgãos do mesmo Ministério (hipótese em que, em geral, a portaria será do respectivo Ministro de Estado, ou, especificamente no âmbito do MF, será do Corregedor-Geral do MF) ou órgãos de diferentes Ministérios (hipótese em que, em geral, a portaria será interministerial, como ato conjunto de mais de um Ministro de Estado).

*Portaria PR/IN nº 268, de 2009 - Art. 14. Têm vedada a sua publicação nos Jornais Oficiais:*

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

*II - atos concernentes à vida funcional dos servidores dos Poderes da União, que não se enquadrem nos estritos termos do art. 4º deste instrumento legal, tais como:*

*h) designação de comissões de sindicância, processo administrativo disciplinar*

*e inquérito, entre outras, exceto quando constituídas por membros de órgãos diversos ou, por determinação expressa, devam atuar em âmbito externo; (Nota: O artigo 4º trata de atos relativos a pessoal dos servidores federais civis e militares.)*

*“Assim, qualquer ato envolvendo movimentação de pessoal, expediente funcional, constituição de comissões e grupos de trabalho, dá-se em boletim de pessoal, exatamente por se tratar de ato ordinário de execução de providências rotineiras previstas em lei, cuja finalidade e interesse imediato restringem-se ao âmbito interno da repartição, sem ter caráter geral ou normativo.*

*Outra não me parece ser a orientação que norteou a edição do Decreto nº 4.520, de 16 de dezembro de 2002, que, ao sistematizar normas relativas à publicação dos atos e documentos oficiais pela Imprensa Nacional, expressamente excluiu os de caráter interno dos Três Poderes da República, vedando em seu art. 7º atos de interesse interno e os relativos a pessoal.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 115, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Ademais, embora não se recomende deixar tal lacuna, a eventual falta de publicação da portaria, sequer internamente, não necessariamente inquina de nulidade o processo se restar comprovado nos autos que a parte interessada, de qualquer outra forma válida (pela notificação inicial para acompanhar como acusado, por exemplo) teve conhecimento do feito, de forma a não se configurar prejuízo à defesa, conforme entendimento externado pela Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GQ-87.

*Parecer AGU nº GQ-87, não vinculante: “Ementa: É insuscetível de nulificar o processo disciplinar o fato de não haver sido publicada a portaria de designação de comissão de inquérito, desde que considerada a data do mesmo ato como de início do prazo estipulado para a conclusão do processo disciplinar e, em decorrência, não se constate infringência ao princípio do contraditório.*

*7. A Lei nº 8.112, de 1990, art. 152, considera a publicação do ato de designação da comissão de inquérito como sendo o marco inicial do curso do prazo de apuração dos trabalhos, porém não exige que seja feita no Diário Oficial; é acorde com o preceptivo a divulgação desse ato em boletim interno ou de serviço.”*

Ainda na linha de possíveis guerreamentos contra a portaria de instauração, a jurisprudência ratifica que apenas e tão somente o fato de o servidor estar de licença para tratamento de sua saúde à época da deflagração da persecução disciplinar não acarreta nulidade.

*STJ, Mandado de Segurança nº 8.102: “Ementa: 4. O fato da impetrante encontrar-se em licença para tratamento de saúde, quando da instauração do processo administrativo disciplinar, por si só, não enseja a sua nulidade, por ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa.”*

Conforme já mencionado em **2.1.4**, nos termos exigidos pelos arts. 2º e 3º da Portaria Coger-MF nº 17, de 30 de janeiro de 2014, cabe aos Escor (e também à Coger, nas excepcionais hipóteses em que o Corregedor figura como autoridade instauradora) alimentar a base de dados externa, do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU). Assim, a cada procedimento disciplinar instaurado, deve o Escor (ou a Coger, quando aplicável) informar os dados da portaria instauradora (nº da portaria, autoridade signatária, nomes e dados funcionais dos integrantes da comissão, espécie processual e data e meio de publicação).

Cabe aqui apresentar algumas peculiaridades decorrentes da adoção do processo digital no sistema correccional. Informe-se então, em complemento ao já aduzido em **2.4.3**, que os processos disciplinares instaurados com suporte documental em papel antes da vigência

escalonada da Ordem de Serviço Coger nº 1, de 3 de junho de 2015, por força do parágrafo único do seu art. 2º, devem continuar sobre este meio. Já os processos disciplinares aqueles instaurados após a vigência da mencionada norma devem ser formalizados no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) e, caso tenham tido fase de admissibilidade transcorrida em meio físico, devem ter cadastrada nova numeração no Sistema de Comunicação e Protocolo (Comprot), ter seus autos digitalizados (escaneados) para que o arquivo com extensão pdf possa ser incluído no processo digital e os autos em papel devem ser remetidos para arquivamento na Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda (Samf), conforme os §§ 2º e 3º do art. 1º daquela Ordem de Serviço Coger.

*Ordem de Serviço Coger nº 1, de 2015 - Art. 1º*

*§ 1º Os processos administrativos formalizados em papel até a data de entrada em vigor desta Ordem de Serviço deverão permanecer assim até a decisão quanto à instauração de processo administrativo disciplinar.*

*§ 2º Os processos administrativos em papel que forem convertidos em processos administrativos disciplinares devem ser digitalizados e, deverão receber nova numeração Comprot, quando da formalização no sistema e-Processo.*

*§ 3º Os processos administrativos em papel que forem convertidos em processos administrativos disciplinares deverão ser enviados para arquivamento na Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda jurisdicionante.*

*Art. 2º Os processos administrativos disciplinares instaurados após a entrada em vigor desta Ordem de Serviço deverão ser formalizados no sistema e-Processo.*

*Parágrafo único. Os processos administrativos disciplinares em curso permanecerão em papel.*

No reflexo do *caput* do art. 2º da Ordem de Serviço Coger nº 1, de 2013, se a fase de admissibilidade já tiver se iniciado por representação ou denúncia formalizada desde a unidade de origem no sistema e-Processo, tendo então transcorrido em meio digital e sob este meio sido protocolizada no sistema Comprot, o processo disciplinar instaurado em decorrência segue com a mesma numeração de cadastro original.

Conforme também já aduzido em **2.4.3**, instaurado o processo disciplinar, o Chefe do Escor, ou o servidor por ele designado, habilita a visualização do processo digital por parte de toda a equipe composta pela comissão que trabalhará naquele caso, para que todo o trio tenha acesso no curso do inquérito, e também habilita a equipe Diaco, da Divisão de Análise Correcional, somando à equipe Gabin, habilitada desde a fase de admissibilidade. A habilitação da visualização para todas as três equipes não se confunde com a figura que a cada momento ocupa a posição de responsável. Esta condição muda dentro da comissão ao longo do inquérito administrativo, mas não prejudica a visualização de todos integrantes das equipes habilitadas (habilitando as equipes, os integrantes não perdem a visualização a cada mudança de responsável, diferentemente do que ocorre com a habilitação feita individualmente por meio do nº de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF, que se perde a cada movimentação ou redistribuição do processo digital, como é o caso da habilitação do acusado).

## **4.2.2 - Portaria de Instauração**

### **4.2.2.1 - Alcance, Não Indicação do Fato e da Autoria e Infrações Conexas**

#### **4.2.2.1.1 - Informações Constantes da Portaria**

A portaria de instauração é elemento processual indispensável, devendo não só estar juntada aos autos como também, em sua redação, deve conter determinados requisitos formais essenciais. O ato obrigatoriamente deve identificar os integrantes da comissão (nome, cargo e matrícula), destacando o presidente; o procedimento do feito (se sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar - PAD, antecipando-se que, no caso de rito sumário, há peculiaridades, que serão abordadas em 4.11.2 e 4.11.3); o prazo concedido pela autoridade instauradora (conforme se mencionará em 4.2.8.1); e a indicação do alcance dos trabalhos (reportando ao nº do processo e demais infrações conexas). Sem ser essencial, também é praxe que conste da portaria a localidade onde se sedia a comissão.

A portaria funciona como um instrumento de mandato, autorizador para o trabalho da comissão, mas somente adquire tal valor jurídico pontualmente, nem antes e nem depois, com a sua publicação. Portanto, a rigor, a comissão não deve praticar nenhum ato antes da publicação, sob o risco de ter de enfrentar arguição - superável - de nulidade. De forma análoga, não se recomenda que a autoridade instauradora consigne que a designação ou que o início dos trabalhos somente se darão a partir de determinada data posterior. Não obstante, se por qualquer imprevisto ou empecilho não for possível para a comissão dar início imediato aos trabalhos, o presidente deve comunicar o fato e os motivos à autoridade instauradora, sem que esta providência tenha o condão de postergar o prazo de encerramento do processo e o transcurso da prescrição, que se mantêm inalterados.

Com a mera publicação do ato constituinte da comissão, decorrente da provocação sob viés do *in dubio pro societate* diante dos indícios levantados em fase de admissibilidade, não se pode afirmar de maneira conclusiva a extensão dos fatos e o responsável pela possível irregularidade denunciada, sob pena de incorrer-se em arbitrária presunção de responsabilidade. É no decorrer do inquérito administrativo de natureza contraditória, e nem poderia ser de outra forma, que serão levantadas as circunstâncias e produzidas as provas indispensáveis à elucidação da materialidade do fato e de sua autoria.

Daí porque quanto à necessária indicação do alcance dos trabalhos, convém que a portaria apenas faça referência ao nº do processo no qual estejam descritas as irregularidades e aos fatos conexos que possam emergir da apuração. Não é recomendável apontar na portaria o nome do servidor envolvido e já cogitar da descrição do suposto ilícito e do enquadramento legal. Ao contrário de configurar qualquer prejuízo à defesa, tais lacunas na portaria preservam a integridade do próprio servidor e têm o fim de a autoridade instauradora não induzir o trabalho da comissão e de não propiciar alegação de pré-julgamento. A indicação de que contra o servidor paira uma acusação é formulada pela comissão na notificação inicial para que ele acompanhe o processo como acusado; já a descrição da materialidade do fato e o enquadramento legal da irregularidade (se for o caso) são feitos pela comissão em momento posterior, somente ao final da instrução contraditória, com a indicição (refletindo convicção preliminar, passível de ser afastada pela defesa). Neste sentido, as manifestações da Advocacia-Geral da União (AGU), nos Pareceres AGU nº GQ-12 e nº GQ-35, vinculantes, respectivamente:

*Parecer AGU nº GQ-12, vinculante: “16 (...) princípios do contraditório e da ampla defesa (...) indicam a desnecessidade de se consignarem, no ato de designação da c.i, os ilícitos e correspondentes dispositivos legais, bem assim os possíveis autores, o que se não recomenda inclusive para obstar influências no trabalho da comissão de inquérito ou alegação de presunção de culpabilidade. É assegurada à c.i. a prerrogativa de desenvolver seus trabalhos com independência e imparcialidade.*

*17. A notificação dos possíveis autores para acompanharem o desenvolvimento do processo, pessoalmente ou por intermédio de procurador, será feita imediatamente após a instalação da c.i, a fim de garantir o exercício do direito de que cuida o art. 156 da Lei nº 8.112; a enumeração dos fatos se efetua na indicição do servidor, conforme prescrição dessa Lei, art. 161.”*

*Parecer AGU nº GQ-35, vinculante: “15. As opiniões doutrinárias tendentes a reconhecer a necessidade de se indicarem, nos atos de designação das comissões apuradoras, os fatos que possivelmente teriam sido praticados pelos envolvidos, como condição de validade processual pertinente à ampla defesa, não se adequam ao regramento do assunto em vigor, mormente em se considerando os comandos dos arts. 5º, LV, da Carta Magna e 153 da Lei nº 8.112/90, para que se observe o princípio do contraditório na fase processual de inquérito.”*

No mesmo rumo, seguem ainda reiteradas manifestações jurisprudenciais e doutrinárias, inclusive da lavra do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU):

*STF, Mandado de Segurança nº 25.105: “Ementa: Não se exige, na portaria de instauração de processo disciplinar, descrição detalhada dos fatos investigados, sendo considerada suficiente a delimitação do objeto do processo pela referência a categorias de atos possivelmente relacionados a irregularidades.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.081: “Ementa: (...) IV - Inocorrência de nulidade quanto à portaria de instauração de processo disciplinar, seja porque fora proferida por autoridade no exercício de poder delegado seja porque fez referências genéricas aos fatos imputados ao servidor, deixando de expô-los minuciosamente - exigência esta a ser observada apenas na fase de indiciamento, após a instrução.”*

*Idem: STF, Recursos em Mandados de Segurança nº 2.203, 2.501, 4.174, 4.504 e 6998; e STJ, Mandados de Segurança nº 6.853, 7.066, 8.146, 8.258, 8.858 e 8.877*

*STJ, Mandado de Segurança nº 12.369: “Ementa: II - A descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na qual são efetivamente apurados, e não na portaria de instauração ou na citação inicial.”*

*Idem: STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 900.193*

*“Não constitui nulidade do processo a falta de indicação, na portaria inaugural, do nome do servidor acusado, dos supostos ilícitos e seu enquadramento legal. Ao contrário de configurar qualquer prejuízo à defesa, tais lacunas na portaria preservam a integridade do servidor envolvido e obstam que os trabalhos da comissão sofram influências ou seja alegada a presunção de culpabilidade.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 123, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

*“Tem-se observado, na prática, que a portaria, nem sempre descreve, em seu corpo, os fatos objetos de apuração e nem indica o nome do acusado ou acusados, preferindo fazer remissão aos documentos ou ao processo onde tais elementos se acham descritos, caracterizados e identificados.*

*Este procedimento não implica limitar o direito do acusado de conhecer, perfeitamente, a imputação que lhe é feita. É mera questão de forma que se supera com a notificação que contenha os exatos termos da acusação.*

*Realmente, se o processo visa apurar possíveis irregularidades que possam ou não ter ocorrido no âmbito administrativo, seria arbitrariedade, diante da inexistência da certeza da ocorrência, promover, desde logo, a citação de algum servidor para participar da instrução como indiciado.*

*Urge, portanto, evitar que o ato constitutivo do procedimento apuratório disciplinar se converta em instrumento ensejador da presunção de culpabilidade pelo registro, desde logo, no corpo da portaria, das ocorrências tidas como possíveis ilícitos e seus respectivos dispositivos legais, como também, da indicação da provável autoria. A ausência que ora se preconiza*

*preserva a imagem do servidor investigado da curiosidade alheia e evita nefastas influências externas sobre os trabalhos da comissão. É, portanto, medida que milita a favor do acusado.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pgs. 112 e 113, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“Está pacificado pelos tribunais pátrios não ser necessário o detalhamento dos fatos [na portaria]. Basta a referência ao processo no qual a autoria e a materialidade será investigada.” Judivan Juvenal Vieira, “Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 57, IOB Thomson, 1ª edição, 2005*

*“Pois bem, ao apenas fazer referência ao processo administrativo, a autoridade deu publicidade ao fato e delimitou o campo de atuação da comissão sem precisar expor a Administração, pois não divulgou a ocorrência de fatos irregulares que aconteceram, nem expôs o servidor acusado.*

*Assim, não há dúvidas de que atualmente, a portaria basta conter a competência da autoridade instauradora, o nome dos membros da comissão e a remissão ao número do processo administrativo onde constam os fatos que serão apurados.*

*Sugiro, por fim que seja registrada na portaria a possibilidade de a Comissão apurar fatos conexos - que têm ligação com o fato principal (...).” Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pgs. 82, 83 e 84, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

A portaria de instauração, ao incluir os fatos conexos no seu alcance, determina que a comissão apure não só a conduta inicialmente constante da representação ou da denúncia e que foi analisada na fase de admissibilidade, mas também outras condutas desconhecidas à época da instauração e que porventura venham à tona, mediante novos indícios de materialidade e/ou de autoria, no curso do inquérito administrativo, podendo, inclusive, envolver outro servidor e sob condição ainda de que, no mínimo, além de outros critérios de natureza operacional, guardem relação de conexão com o objeto inicial do processo.

É necessário então resgatar o que já se aduziu acerca da abrangência da expressão “fatos conexos”, que consta da portaria. Conforme já se abordou exaustivamente em **2.5.3.4**, dentre inúmeros critérios de se classificar os ilícitos, advindos da doutrina penal, cabe aqui mencionar que, nos casos de multiplicidade infracional, os ilícitos podem ser classificados como independentes ou como conexos.

Sob ótica inicialmente material (extraídas da alínea “b” do inciso II do art. 61 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal - CP), as infrações são ditas conexas se entre elas houver uma relação de causa e efeito em que a primeira é cometida para assegurar a execução da segunda; ou quando a segunda é executada para facilitar ou assegurar a ocultação, a impunidade ou a vantagem associada à primeira já cometida; ou ainda quando a segunda é executada em razão da oportunidade ocasionada pela primeira.

Sem prejuízo da conexão decorrente de um ilícito ter ocasionado outro, o art. 76 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), em seu inciso II, reitera as duas definições extraídas da alínea “b” do inciso II do art. 61 do CP, de conexões materiais circunscritas às condutas de um mesmo autor e ainda prevê definições mais abrangentes para a conexão sob ótica instrumental, com o fim de se permitir uma única ação penal abarcando as apurações de mais de um ilícito. O mesmo dispositivo da lei processual penal, no seu inciso III, também considera conexos os ilícitos em que a prova do cometimento ou das circunstâncias elementares de um influem na prova do outro, bem como, no seu inciso I, os ilícitos que envolvem mais de um agente, se cometidos ao mesmo tempo por várias pessoas reunidas no mesmo local (em reunião ao mero acaso) ou independentemente se cometidos em tempo e lugar diversos, por várias pessoas em concurso (em acerto prévio), ou até mesmo se cometidos reciprocamente, por umas pessoas contra as outras.

*CPP - Art. 76. A competência será determinada pela conexão:*

*I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;*

*II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;*

*III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.*

Em síntese, seja pelo concurso material, seja pelo concurso de pessoas, as infrações são ditas conexas quando têm interligação tamanha que a elucidação do cometimento ou das circunstâncias elementares de uma passa pelo esclarecimento da outra, de forma que a apuração conjunta e simultânea de ambas seja relevante e imprescindível para formar convicção global acerca dos fatos.

Além do conceito de conexão, que, por ser expresso na portaria de instauração, se fez necessário abordar no presente tópico, também importa lembrar o que já se aduziu em **2.5.3.4**, acerca da definição de infração habitual. A infração habitual é uma infração única, com a particularidade de se configurar com a reiteração de atos que, por si sós, não comportam caráter ilícito, decorrendo a ilicitude justamente da sua habitualidade. Assim, quando se trata de PAD ou sindicância disciplinar instaurados para apurar uma infração que tem natureza habitual, o surgimento de novos episódios no curso inquérito administrativo, de que não se tinha conhecimento na fase de admissibilidade, deve ser considerado desde sempre viável de ser encampado no escopo de trabalho da comissão, visto que, conceitualmente, não se trata de se estar abarcando nova infração, mas tão somente elementos a mais de prova que podem ser relevantes para a necessária caracterização da habitualidade definidora da infração única sob apuração e que motivou a decisão de instaurar. Tratando-se de fatos integrantes da própria infração objeto da decisão da autoridade instauradora, nem é de se cogitar de a portaria instauradora fazer remissão permissiva à sua inclusão, visto desde sempre fazer parte do escopo apuratório.

E reitere-se também o já exposto em **2.5.3.4**, no sentido que os termos “conexos” e “conexão”, comumente expressos na portaria de instauração, vão além do sentido estrito e exaustivo da lista de incisos do art. 76 do CPP e venham a assumir um sentido mais elástico e abrangente de qualquer forma de liame - no sentido léxico de coesão, ligação, relação a unir - que, à vista das já mencionadas peculiaridades da base principiológica estruturante da instância disciplinar, autorizem a unidade processual. Com isto, também se leva em conta o conceito jurídico de continência, mencionado nos arts. 77 e 79 do CPP, por meio do qual diversos fatos possam ser considerados, ainda que ficticiamente “contidos” em um único ilícito - como um continente - a ser congruentemente julgado e sob uma visão conglobante de todo o conjunto probatório, em unidade processual, por uma única autoridade julgadora. Importam então, para a instância disciplinar, as hipóteses do inciso I e a primeira remissão constante do inciso II, ambos do art. 77 do CPP, ambas como outras possibilidades de unidade processual, na leitura conjunta do *caput* do art. 79 do mesmo código processual: quando dois ou mais agentes cometem um único ilícito (de se perceber que não se trata de qualquer espécie de conexão intersubjetiva, já que conexão requer multiplicidade de ilícitos e a hipótese em tela comporta apenas um ilícito) e quando se comete crime continuado (leitura atualizada do antigo art. 51 do CP).

*CPP - Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:*

*I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;*

*II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1º, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal.*

*Art. 79. A conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo:*

Assim, necessário também reproduzir o conceito de ilícito continuado, já exposto em **2.5.3.4**. Segundo o art. 71 do CP, a continuidade delitiva é a resultante de mais de uma conduta em que o agente pratica dois ou mais ilícitos de mesma espécie (não necessariamente idênticos, bastando ter os mesmos elementos descritivos) e sendo o(s) subsequente(s) possível(is) de ser(em) tomado(s) como continuação do primeiro, tanto em termos de condições objetivas, tais como de tempo, de lugar, de modo de execução e outras condições semelhantes, quanto de ânimo subjetivo específico de o autor, em um único impulso volitivo (um único desígnio), querer (com dolo) ou manter (com culpa) a prática ilícita continuada, aproveitando-se, para a execução dos ilícitos posteriores, das mesmas relações e oportunidades propiciadas pelo primeiro ilícito, na forma de um único contexto ou de situações que se repetem ou que se prolongam no tempo. Também recomenda-se que se apurem todos os ilícitos de natureza continuada de que já se tem conhecimento em uma só ação.

*CP - Crime continuado*

*Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*

*Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

À vista do exposto, em razão do fato de que, apesar de haver ilícitos de diversas naturezas jurídicas a pedir unidade processual, o padrão das portarias de instauração da instância disciplinar sempre menciona apenas a possível inclusão dos fatos conexos no escopo do inquérito administrativo, faz-se necessário elaborar o entendimento de que este conceito possui uma extensão mais abrangente que a sua própria literalidade. Em síntese, são abarcadas na consideração *lato sensu* como fatos conexos - o que autoriza a inclusão nos mesmo autos - as noções de conexão estrita prevista no art. 76 do CPP (a que a doutrina chama de conexões teleológica, consequencial, ocasional, probatória e intersubjetiva), continência, nos termos do art. 77 do mesmo diploma, que inclui por sua vez a continuidade delitiva (com definição no art. 71 do CP), além do conceito doutrinário de ilícito habitual. Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos.

*Orientação Coger nº 40*

*Conexão, em matéria processual disciplinar, compreende não só as espécies estritas de ilícitos conexos elencadas no art. 76 do CPP mas também os ilícitos tidos como habituais, os ilícitos continuados definidos no art. 71 do CP e os ilícitos compreendidos na definição de continência, constante do art. 77 do CPP.*

Importa ainda destacar que, além do critério essencialmente jurídico de se avaliar se os fatos novos guardam relação de conexão ou de habitualidade (ou ainda de continência, em que se inclui a continuidade delitiva) com os fatos que já faziam parte da provocação original para instauração do PAD ou da sindicância disciplinar, devem ainda ser sopesados pela comissão e pela autoridade instauradora outros critérios informadores da pertinência ou não de os novos fatos serem abarcados no apuratório já em curso. Assim, além do pré-requisito essencial de relação de conexão (seja no sentido mais estrito, à vista da leitura do conceito doutrinário penal, seja no sentido mais amplo, contemplando a maior liberdade de atuação em instância disciplinar, conforme já abordado em **2.5.3.4**, incluindo a relação de habitualidade

configuradora da única infração sob apuração e ainda a possibilidade de continência e até de continuidade delitiva), a inclusão dos novos fatos não deve prejudicar a eficiência processual e o direito de defesa e, caso envolva novo servidor, *a priori*, este deve ser lotado (ou estar em exercício) na mesma jurisdição.

Cite-se, por exemplo, para simultaneamente suprir a eficiência processual e as garantias de defesa, que a decisão de estender os trabalhos apuratórios, cumulativamente à verificação da existência de conexão em sentido amplo ou habitualidade ou de continência ou até de continuidade, deve levar em consideração o momento em que se encontra o inquérito administrativo: se já há ou não servidor notificado a acompanhar o processo na condição de acusado, a quem, se for o caso de inclusão de fatos novos, se deverá dar a específica notificação inicial; se ainda se está no início dos trabalhos apuratórios ou se já se está prestes a encerrar, com robusta convicção, a instrução processual, de forma a se poder dispensar ou não os fatos novos; e, destacadamente, se já há ou não servidor indiciado, visto que não se cogita de nenhuma extensão fática após a indicição, a menos que excepcionalmente se delibere pela reabertura da instrução processual. A doutrina também pondera os aspectos jurídicos e temporais envolvidos nesta questão sob apreço.

*“Na prática, a inclusão de fato novo, no processo disciplinar, já em andamento, deve ser examinada, cumulativamente, sob dois aspectos:*

*a) Temporal - viabilidade de se proceder às novas investigações de forma correta, no prazo que resta para conclusão do processo disciplinar.*

*b) Correlação e conexão - conveniência de se admitir as investigações, em se tratando de atos continuados, por constituírem agravante e possibilitarem a apuração da extensão do prejuízo.*

*Devem, portanto, ser examinados no mesmo processo os fatos ligados entre si, por pontos de convergência, cujo conhecimento de um deles ajuda compreender o outro, permitindo conhecer o ocorrido em sua plenitude.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pgs. 116 e 117, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Ressalte-se também que a identificação de participação de outro servidor nos fatos em apuração ou em fatos a eles conexos agrega um complicador se este novo agente for lotado ou tiver exercício em unidade de outra RF, sob jurisdição de outro Escor. Se o fato for dissociável do fato original, soluciona-se a questão com o desmembramento dos autos e representação ao Chefe daquele outro Escor. Mas se os fatos guardam tamanha inter-relação que impede desmembramento, o Chefe do Escor de origem deve consultar o Corregedor, a fim de que esta determine a qual Escor incumbirá todo o apuratório, conforme o § 1º do art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014.

Em outras palavras, se por um lado é certo que a conexão (no sentido amplo de qualquer forma de liame) induz fortemente a extensão apuratória nos mesmos autos, por outro lado, a complexidade instrutória que pode advir desta extensão fática pode apontar para as apurações apartadas. Cabe à comissão sopesar e buscar o equilíbrio entre a unidade processual e a complexidade instrutória, sendo certo que a conexão influencia fortemente a favor da primeira solução, mas não a determina de forma inflexível.

É importante destacar a já mencionada maior flexibilidade com que se move a processualística disciplinar nestes temas atinentes à conexão (no sentido amplo de qualquer forma de liame) e à unidade ou à multiplicidade processual. Em reflexo desta maior flexibilidade conceitual, a AGU, no seu Parecer AGU nº GQ-35, já se manifestou admitindo até a absorção, nos mesmos autos já em curso, de apuração de novos fatos, ainda que inexistente relação de conexão, desde que não prejudique as defesas e a celeridade processual.

*Parecer AGU nº GQ-35: “13. Não raro, durante a apuração das irregularidades exsurtem evidências quanto à autoria, de forma a envolver outros servidores, ou emergem infrações disciplinares conexas, ou não, com o objeto do processo disciplinar. São fatos que devem ser tidos como*

*consentâneos com a finalidade da instauração do processo e incapazes de acarretar sua nulidade, desde que a c.i. adote as medidas procedimentais compatíveis com o contraditório e a ampla defesa, na execução dos trabalhos de apuração.*

*14. Em casos tais, a comissão deve possuir o discernimento necessário para adotar os atos que se impuserem com vistas a garantir ao servidor faltoso o exercício do direito assegurado no art. 156, suso, mas sem descuidar da agilidade processual. Assim, caso a c.i. não tenha concluído seus trabalhos, deve ser notificado o novel acusado para que, se o pretender, requeira o cumprimento de qualquer dos atos assegurados no art. 156, no respeitante à apuração já efetuada, atentando-se, destarte, para a faculdade atribuída ao presidente da comissão no § 1º do mesmo preceptivo. Já as infrações, verificadas no curso do apuratório, serão igualmente apuradas, se conexas com as faltas objeto do processo ou, se inexistente a conexão, a investigação não compromete a razoável agilidade da conclusão dos trabalhos. Senão, deve a c.i. propor a designação de outro colegiado, sem prejuízo de suas incumbências.*

*37. d) a infração constatada após a instauração do processo deve ser nele apurada, desde que tenha conexão com a que deu azo ao apuratório. Inexistente a conexão de ilícitos, poderão ser apurados, todos, no mesmo processo, caso, quanto à infração mais recente, preserve a razoável celeridade. Em sendo contraproducente a apuração das faltas funcionais desprovidas de conexão, no mesmo processo, deverá a c.i., até mesmo no relatório final, propor a designação de outra equipe, com a finalidade de determinar a veracidade desses fatos. Verificado o envolvimento de outros servidores já no curso da apuração das infrações, incontinenti deverão ser notificados do seu envolvimento nas irregularidades, cabendo à comissão de inquérito assegurar expressamente o exercício do direito a que alude o art. 156 do novo estatuto dos servidores públicos civis federais, com o que serão observados o contraditório e a ampla defesa;”*

Neste rumo, feita a ponderação acima exposta, afastada a possibilidade de a conexão (no sentido amplo de qualquer forma de liame) ter sido detectada em momento inoportuno, como regra geral, podem ser apuradas no mesmo processo condutas conexas desconhecidas à época da instauração e que venham à tona posteriormente, inclusive envolvendo outro servidor, conforme sustenta a jurisprudência.

*STJ, Mandado de Segurança nº 12.492: “Ementa: 2. ‘Não há ilegalidade na ampliação da acusação a servidor público, se durante o processo administrativo forem apurados fatos novos que constituam infração disciplinar. O princípio do contraditório e da ampla defesa deve ser rigorosamente observado’ (STF - RMS 24.526/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe 15/08/2008).”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 17.053: “Ementa: Se, no curso do processo, a tríade processante encontrar indícios de que um servidor perpetrou alguma outra irregularidade, este fato pode ser investigado dentro do mesmo processo disciplinar, desde que haja conexão com o tema principal da investigação.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.330, Voto: “(...) excesso de poder por parte da comissão processante, em razão de ter se dedicado a apurar fatos não relacionados na portaria inaugural; Alega o impetrante que a autoridade julgadora apreciou fatos não relacionados na portaria instauradora do processo administrativo disciplinar (...) Ora, para investigar a ocorrência dos fatos narrados na portaria instauradora, a comissão processante, com efeito, deveria perquirir sobre outros fatos, de conteúdo instrumental, no contexto da realização dos objetivos atribuídos ao infrator. (...) dessarte, os fatos analisados que isoladamente pareceriam estar, à primeira vista, fora do âmbito gizado para as investigações, uma vez observados no conjunto, fariam ver que a apuração não se desviou de seus fins iniciais, diante da correlação manifesta entre meios e fins, num contexto específico. Sendo o conjunto das operações*

*investigadas complexo até para aqueles que trabalham no mercado financeiro, perfeitamente natural que a investigação partisse para outros fatos não detalhados na portaria instauradora do procedimento disciplinar. O que não se admitiria - e não é o caso dos autos -, é que o indiciado, ao final da apuração, tivesse contra si um juízo de reprovação, calcado em fatos que não guardassem nenhuma relação com aqueles inicialmente perscrutados.”*

É importante lembrar que o conceito de conexão, mesmo em seu sentido *lato sensu* aqui adotado, está associado à fixação de competência julgadora, a fim de que, sob unidade processual e submetidos a único ato de um julgador, diversos ilícitos recebam um julgamento congruente. A inclusão, em um mesmo processo, de todos os fatos que guardam um liame de correlação (permitindo uma visão mais completa do panorama probatório) oferta ao julgador uma visão conglobante de todo o conjunto probatório, propiciando economia processual (é possível que sejam aproveitadas as mesmas provas), previne a ocorrência de decisões discrepantes em afronta à segurança jurídica e possibilita a razoável duração do processo e, sobretudo, a segurança jurídica.

Ressalte-se que se, por um lado, a inclusão de novos fatos conexos *lato sensu* conhecidos após a instauração do processo disciplinar é válida desde que ocorra antes da indicição (a menos que delibere por excepcional reabertura da instrução processual, inclusive com nova indicição), por outro lado, dispensa qualquer alteração da portaria instauradora, de que consta a expressão “fatos conexos”, e pode ser objeto de soberana e motivada deliberação da comissão, sem necessidade de se submeter à apreciação da autoridade instauradora. Há posicionamentos institucionais neste sentido

*Orientação Coger nº 41*

*O conhecimento de novas irregularidades tidas no conceito amplo de conexão permite a sua inclusão no escopo de trabalho de fase de admissibilidade ou de PAD já em curso, desde que, neste último caso, se dê em momento anterior à indicição.*

*Orientação Coger nº 42*

*A inclusão de novas irregularidades tidas no conceito amplo de conexão no escopo apuratório de PAD já em curso não impõe alteração da portaria instauradora e pode ser objeto de soberana deliberação da comissão, sem necessidade de submissão à autoridade instauradora.*

E de outra forma não poderia ser já que, à vista dos princípios da autotutela, oficialidade, da indisponibilidade do interesse público e da verdade material, não há que se cogitar de a instância disciplinar, neste momento processual conduzida pela comissão, ficar adstrita ao que originalmente consta da representação ou da denúncia e dos motivos porventura empregados na fase de admissibilidade para propor instauração se, incidentalmente, no curso do inquérito administrativo, vêm à tona outras notícias ou novos indícios, seja acerca da mesma irregularidade original, seja acerca de outros fatos relevantes sob ótica correcional e que guardem relação de conexão (ou de habitualidade em caso de infração única ou ainda de continência e até de continuidade delitiva), nos termos acima expostos, com os fatos que motivaram a decisão de instaurar o feito contraditório.

Mas isto não significa poder arbitrário e ilimitado de investigação, uma vez que os atos administrativos requerem, como elemento de validade, dentre outros, a motivação e competência: motivação aqui se demonstra importante porque são os fatos apreciados na fase de admissibilidade que motivaram a decisão, por parte da autoridade instauradora, de editar uma forma de mandato, em nome da comissão, a fim de que o colegiado proceda a seu esclarecimento; e competência aqui merece destaque porque a comissão é designada por um ato que, se por um lado não enumera exaustivamente o alcance dos trabalhos apuratórios, por outro lado, deixa indicado o seu delimitador, adstringindo o escopo aos fatos narrados no processo até a data da instauração e àqueles que se demonstrem conexos (ainda que se tome este termo em sentido amplo, é necessária alguma relação de conexão para a extensão dos

trabalhos).

Grosso modo, pode-se dizer que, em casos com multiplicidade fática a se apurar e/ou com muitos servidores envolvidos, dependendo da forma e do momento em que tais extensões objetivas e/ou subjetivas já estavam ou tenham vindo aos autos, pode-se lançar mão de dois institutos jurídicos que desafogam a unidade processual e acarretam a formação de novos autos, em favor da celeridade e da eficiência, a saber, a representação ou o desmembramento. Ainda em um patamar fortemente superficial de análise, pode-se sintetizar que a representação é uma ferramenta mais utilizada diante do conhecimento de fatos novos não conexos com os fatos originariamente autuados e que, em geral, restam descobertos no curso do procedimento (de apuração, em geral, condicionada a nova fase de admissibilidade e à instauração de novo processo disciplinar, com novo trio processante diferente do representante e com seu próprio cômputo prescricional); por outro lado, o desmembramento é uma ferramenta mais utilizada para casos já conhecidos desde o início do procedimento ou a ele já integrados (de prosseguimento apuratório que, em geral, dispensa nova fase de admissibilidade e outro trio processante e com prazo prescricional atrelado ao primeiro, porque, de um jeito ou de outro, já eram de conhecimento da Administração antes de desmembrar).

Decerto, conforme se abordará em **4.2.2.1.2** e em **4.2.3**, a decisão acerca da conveniência de a comissão solicitar desmembramento dos autos ou de formular representação não se pontua por qualquer normatização ou balizamento, mas sim se conduz unicamente pelo aspecto estratégico da efetiva e célere instrução processual, equilibrada pela segurança jurídica, ponderando-se, caso a caso, as vantagens e desvantagens de cada ferramenta. Há posicionamento institucional neste sentido

*Orientação Coger nº 11*

*Em procedimento disciplinar com multiplicidade fática a apurar e/ou com muitos acusados, a decisão acerca da conveniência de a comissão solicitar desmembramento dos autos ou de formular representações não se baliza por qualquer normatização, mas sim pelo aspecto estratégico da efetiva e célere condução processual e da segurança jurídica*

#### **4.2.2.1.2 - Dever de a Comissão Representar**

Se, eventualmente, no curso da apuração de uma suposta infração, em sindicância disciplinar ou em processo administrativo disciplinar (PAD), a comissão se depara com indícios de cometimento de outra irregularidade, pelo mesmo servidor já investigado ou por outro, mas em princípio sem nenhuma relação de conexão ou de habitualidade ou sequer de continência (em que se inclui a continuidade delitiva) com o fato original que provocou sua designação (como infrações independentes) ou, mesmo havendo alguma forma de liame entre estes diferentes conjuntos fáticos, em momento do processo em que este novo apuratório postergaria a conclusão já possível de se emitir para a primeira infração ou configuraria prejuízo à defesa, deve a comissão representar diretamente à autoridade instauradora, a fim de que se submeta a específica fase de admissibilidade e, se for o caso, se instaure outro processo para cuidar deste novo fato, sendo possível ter de se operar o desentranhamento de peças, conforme se aduzirá em **4.2.3**. Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos.

*Orientação Coger nº 43*

*O conhecimento de novas irregularidades tidas como independentes em relação aos fatos objeto da fase de admissibilidade ou do PAD em curso recomenda a formalização de procedimento distinto.*

De se reforçar o já exposto linhas acima, em **4.2.2.1.1**, que a existência de conexão em sentido amplo autoriza a unidade processual, mas não a determina. De certa forma, pode-se compreender que a conexão *lato sensu* é um pré-requisito necessário mas não suficiente para

justificar que a comissão abarque os novos fatos ao escopo original de seu trabalho. Sem qualquer espécie de relação de conexão (ou seja, no caso de infrações independentes), a extensão dos trabalhos não se justifica; com alguma relação de conexão, a extensão dos trabalhos se autoriza, com o que não se confunde que se obriga. Ainda que existente a relação de conexão, podem os trabalhos em curso já se encontrarem em estágio tal que não se justifica retroceder a instrução probatória para a juntada de novos fatos ou pode também a juntada prejudicar direito de defesa (por exemplo, no caso de servidor lotado ou em exercício em outra jurisdição). Nesta linha, tanto o art. 80 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) quanto o § 1º do art. 55 e o art. 57, ambos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - o Código de Processo Civil (CPC) e também a jurisprudência permitem compreender que a reunião das apurações em um único processo é uma faculdade atribuída ao órgão condutor dos trabalhos - e não uma obrigatoriedade -, a ser exercida com certa margem de discricionariedade para se avaliar, em conjunto, a intensidade de conexão, a economia processual obtida e o risco de decisões conflitantes.

*CPP - Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.*

*CPC - Art. 55.*

*§ 1º Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado.*

*Art. 57. Quando houver continência e a ação continente tiver sido proposta anteriormente, no processo relativo à ação contida será proferida sentença sem resolução de mérito, caso contrário, as ações serão necessariamente reunidas.*

*TRF da 1ª Região, Habeas Corpus nº 44.534: “Ementa: Em razão da maior complexidade, podem os processos ser desmembrados, por motivos de conveniência da instrução (...), ainda que eventualmente exista conexão entre as infrações processadas.”*

Cabe destacar, mais uma vez, a impropriedade de se ter a fase de admissibilidade esparsa e precipitada, baseada apenas em rápida e superficial amostragem de alguns episódios com indícios de materialidade e de autoria para propor instauração antes de esgotar o universo fático a se apurar, e, posteriormente, no curso do rito contraditório, a comissão ter de aprofundar investigações fáticas e se deparar com eventos relacionados aos iniciais, mesmo que seja com traços de conexão ou de habitualidade ou até mesmo de continência e destacadamente com traços apenas de continuidade.

Uma vez que, em relação aos fatos que originalmente provocaram a instauração, a portaria instauradora permite que a comissão abarque em seu foco apuratório tão somente os fatos ligados por conexão em sentido lato e que se subentendem extensíveis também os fatos associados por habitualidade, é de se alertar que a inclusão de fatos novos relacionados apenas por traços de continuidade poderia suscitar alegações de se ter extrapolado os poderes estabelecidos no mandato em que se constitui aquele ato inaugural e de incompetência do colegiado para assim proceder, alegação esta superável, conforme já aduzido em **2.5.3.4**, caso se consiga inserir no conceito jurídico da continência. De toda sorte, novos fatos independentes dos fatos originais *a priori* devem ser objeto de representação.

Ainda neste tema, acrescenta-se que, à vista da atual regulamentação interna da competência instauradora no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), também merece representação apartada à autoridade instauradora a hipótese de a comissão identificar indícios de materialidade e de autoria de infração cometida por servidor lotado (ou em exercício) em diferente RF, ou seja, da jurisdição de outro Escor (no caso de se configurar ilicitudes indissociáveis realizadas por servidores lotados ou em exercício em diferentes Regiões Fiscais, o Chefe do Escor de origem deve consultar o Corregedor, a quem cabe

determinar a qual Escor competirá o procedimento, nos termos do § 1º do art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, conforme já se aduziu em **4.2.1**).

Relembre-se ainda a peculiaridade já aduzida em **2.5.3.4**, estendendo-a aqui já para momento posterior, no curso do processo disciplinar: quando a comissão incumbida de apurar suposto ilícito de natureza patrimonial identifica fatos novos supostamente ilícitos associados a atos funcionais e que, portanto, não guardam conexão ou relação de habitualidade com as supostas desproporções patrimoniais já sob apuração, estes novos fatos devem ser objeto de representação diretamente apresentada à autoridade instauradora. Uma vez que se defende em **4.7.4.4.3** a não vinculação da comprovação da ilicitude associada à desproporção patrimonial com irregularidades associadas a ato funcionais, ainda que de um mesmo servidor, seria incoerente a unicidade processual, devendo em geral ser processadas em autos individualizados.

Assim, seja pela ausência de conexão (no sentido amplo de qualquer forma de liame) entre as infrações, ou seja pelo momento processual inoportuno para a extensão apuratória, seja ainda por envolver servidor de outra jurisdição, deve a comissão, em tais hipóteses de se deparar com novos fatos supostamente ilícitos no curso de sua apuração, como regra geral, proceder à representação - mas sem perder de vista o aspecto estratégico que necessariamente deve permear tal decisão, na busca da célere e efetiva condução processual e da segurança jurídica. Verifica-se a cautela com que a jurisprudência trata o prejuízo à defesa em tais hipóteses.

*TRF da 1ª Região, Apelação Cível nº 2002.32.00.003347-9, Voto: “Gira a controvérsia no presente mandam us em torno da aferição da legalidade de ato (...) que (...) determinou a reunião de processos administrativos envolvendo a apuração de três sindicâncias com objetos distintos relativos à impetrante (...). Ao que se extrai dos autos, a impetrante logrou demonstrar suposto prejuízo sofrido em razão da reunião das aludidas apurações em um único processo (...), fato que, além de tumultuar o feito que sequer demonstra conexão entre os ilícitos apurados, implicou no óbice ao exercício do contraditório e ampla defesa da impetrante.”*

*TRF da 1ª Região, Apelação Cível nº 1999.38.00.040702-0: “Ementa: 7. A apuração de irregularidades sem qualquer conexão fática entre si dificulta a defesa dos acusados, podendo ainda causar tumulto processual e prolongar o processo de forma desnecessária. A ausência de ligação entre as infrações é tão notória que sua análise é feita de forma totalmente separada no próprio relatório da comissão processante. Por conseguinte, a dificuldade de se observar com rigor o princípio do contraditório e da ampla defesa, bem como o princípio da razoável duração do processo configura a abusividade da apuração conjunta.”*

Destaque-se que a previsão citada acima de a comissão representar pode ser exercida assim que tais fatos novos se revelem materializados, momento este que pode ser incidental, em meio à instrução do rito disciplinar (hipótese em que não deve postergar esta provocação para o fim de seus trabalhos) ou, se for o caso, pode coincidir com as conclusões de seu relatório. Como a comissão é órgão independente e autônomo na Administração Pública, não se vinculando a nenhuma autoridade, nem mesmo à que a designou, conforme **4.3.10.2.2**, não se insere em via hierárquica, podendo representar diretamente à outra que não a instauradora, como, por exemplo, à autoridade jurisdicionante do representado. Não obstante, convém fazê-lo por meio de sua autoridade instauradora.

Assim sendo, cabe à autoridade instauradora proceder ao juízo de admissibilidade acerca desta notícia específica e, se for o caso, instaurar novo processo disciplinar. E, uma vez que os integrantes da comissão originária atuaram como representantes para este novo processo, não devem compor o respectivo colegiado.

Destaque-se que no caso da representação em virtude do conhecimento de novas

infrações independentes e desconhecidas até então, como regra geral, opera-se um novo e autônomo cômputo prescricional. Conforme se aduzirá em **4.13.1.4**, estes fatos novos têm o início da contagem do prazo prescricional desvinculado do fato original que provocou a designação, tendo seu termo inicial vinculado a seu específico conhecimento por parte da Administração, que se dá com a mencionada representação dirigida à autoridade instauradora, e a ser verificado até a publicação da portaria de instauração do segundo feito disciplinar, em harmonia com o Parecer AGU nº GQ-55.

Como consequência da representação, pode ser necessário desentranhar documentos originais do processo inicial para instruir o(s) novo(s) processo(s) instaurado(s), lavrando-se o devido termo, sem repaginação de folhas. E, tendo sido retirados elementos originais do processo originário, recomenda-se, além da autuação do termo de desentranhamento, reconstituí-lo com cópias autenticadas do que foi desentranhado.

Especificamente nos processos digitais, formalizados no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) e que possuem suporte documental em meio digital, também não há que se falar em renumeração de folhas, pois os documentos, depois de juntados em definitivo, recebem numeração permanente e, mesmo após sua exclusão, permanecem disponíveis e acessíveis a partir da funcionalidade de pesquisa a documentos.

### 4.2.3 - Desmembramento

Por fim, em hipótese distinta das abordadas em **4.2.2.1.1** e em **4.2.2.1.2**, pode acontecer de figurar em um processo disciplinar uma grande quantidade de servidores como possivelmente responsáveis por ato(s) ilícito(s), seja por seus nomes já terem sido apontados desde a representação ou a denúncia, seja por terem surgido em decorrência do esgotamento dos procedimentos de investigação na fase de admissibilidade. Pode também ocorrer de um mesmo processo, já desde a instauração, abarcar diversos fatos, envolvendo um único ou mais de um servidor. Pode ainda se cogitar da hipótese de multiplicidade fática ou de autores cabíveis nos conceitos de conexões material, probatória ou intersubjetiva ou de ilícito habitual ou ainda ligados por continência, agregados ao foco apuratório já pela comissão, na fase do inquérito administrativo (uma vez que, se não houvesse qualquer espécie de conexão ou sequer habitualidade ou continência ou ainda de continuidade, a rigor, o caso recairia na solução via representação, abordada no segundo tópico acima mencionado). De acordo com as definições e regra já expostas em **2.5.3.4** e no primeiro tópico acima mencionado, havendo qualquer espécie de conexão *lato sensu* interligando estes elementos objetivos ou subjetivos impulsionadores do dever de apurar, ou seja, ainda que reste extenso o espectro de trabalho, se os variados fatos cometidos por um único servidor ou se as condutas de diversos servidores guardarem forte inter-relação e indissociabilidade, é preferível que o processo seja conduzido de forma una, com todos os acusados e fatos conexos a apurar no mesmo procedimento.

Não obstante, é de se ponderar que a grande quantidade de servidores envolvidos e/ou a ampla diversidade de fatos a se esclarecer em um mesmo processo, ainda que guardando conexão ou liame de qualquer natureza, pode(m) dificultar a apuração, uma vez que torna(m) mais trabalhosa e demorada a condução do rito.

Aventando-se desta hipótese excepcional (de uma cadeia de conexões *lato sensu* tão extensa que inviabilize operacionalmente a racional condução da apuração), à vista da parcela de discricionariedade conferida à Administração para decidir sobre a forma mais eficiente de conduzir os trabalhos, já comentada em **4.2.2.1.2**, e agregando-se à análise a possibilidade de a comissão se deparar com multiplicidade fática ou de autores em condutas dissociáveis e que não guardam conexão (infrações independentes), demonstra-se possível - desde que não traga prejuízo para a qualidade do resultado global - desmembrar os trabalhos em mais de um processo, individualizando ou subdividindo em grupos menores as apurações.

Para este fim, de imediato, é de se dizer que se, por um lado, o desmembramento não

tem expressa previsão de emprego na instância disciplinar na lei específica (a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990), também é certo dizer que este diploma legal não o veda. Assim, no silêncio da legislação de regência - e também na lei geral do processo administrativo, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 - busca-se o disciplinamento no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), que prevê o instituto em seu art. 80, e também na jurisprudência.

*CPP - Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.*

*TRF da 2ª Região, Apelação Cível nº 2009.51.01.003129-8: “Ementa: 1. O instituto do desmembramento de processo não tem expressa previsão de emprego em instância disciplinar na lei específica (Lei nº 8.112/90), porém este diploma legal não o veda. Assim no silêncio da legislação de regência e, também na lei geral do processo administrativo, Lei nº 9.784/99, busca-se o disciplinamento no Código de Processo Penal (CPP), que prevê em seu art. 80, a faculdade separação dos processos quando ‘(...) pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação’. 3. Não há que se falar em prejuízo de defesa pela falta de conhecimento dos atos praticados pelas comissões de inquérito dos processos desmembrados. Isto porque é evidente que o julgamento acerca das acusações não pode se dar com base em elementos estranhos ao processo, ou seja, qualquer eventual acusação produzida contra o autor exclusivamente dos demais PADs serão desconsideradas, sob pena de incorrer em nulidade. 4. O autor não comprovou o efetivo prejuízo, para caracterizar o cerceamento de defesa em razão do desmembramento, pois o cerceamento de defesa é um fato e, em decorrência, quem o alega deve demonstrar o efetivo dano sofrido no exercício do direito de defender-se, não admitindo sua presunção.”*

Assim, se os nomes dos envolvidos ou os diversos fatos constam dos autos desde a representação ou a denúncia ou se surgiram nas investigações prévias em fase de admissibilidade, pode a autoridade instauradora avaliar a viabilidade e, se for o caso, motivadamente, determinar a instauração de mais de um processo, emitindo então mais de uma portaria de instauração (ficando a seu critério designar a mesma comissão ou não).

Analogamente, pode a comissão, já no curso do processo, considerar que a grande quantidade de acusados e/ou a diversidade de fatos constantes dos autos desde a instauração ou a que se chegou no curso do inquérito administrativo, ainda que guardem qualquer forma de conexão ou de liame, dificulta(m) o apuratório, seja por obrigar(em) a postergação de sua conclusão, seja por prejudicar(em) o direito de defesa de algum acusado, e, entendendo não haver perda para a qualidade dos trabalhos de apuração, solicitar o desmembramento à autoridade instauradora. Em tais casos, deve ser emitida portaria de instauração para o processo desmembrado, que poderá ser conduzido pela mesma comissão, se o colegiado apenas solicitou o desmembramento em razão dos fatos que já constavam dos autos iniciais (reiterando-se que deve ser conduzido por outro trio, caso o colegiado tenha efetivamente figurado como representante).

De forma geral, aqui se cogitando de desmembramento de um processo original em decorrência de multiplicidade fática ou de autores que já constavam dos autos desde antes da instauração ou que foram abarcados ao apuratório pela comissão em razão de conexão material, probatória ou intersubjetiva ou por habitualidade ou ainda de continência (que inclui a continuidade delitiva) em relação aos fatos originários, a rigor, não se cogita de emissão de juízo de admissibilidade específico e o cômputo prescricional segue agregado para todo o conjunto.

Como consequência do desmembramento, pode ser necessário desentranhar documentos originais do processo inicial para instruir o(s) novo(s) processo(s) desmembrado(s), lavrando-se o devido termo, sem repaginação de folhas. E, tendo sido retirados elementos originais do processo originário, recomenda-se, além da autuação do termo de desentranhamento, reconstituí-lo com cópias autenticadas do que foi desentranhado.

Especificamente nos processos digitais, formalizados no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) e que possuem suporte documental em meio digital, o termo de desentranhamento é gerado automaticamente pelo sistema (mediante registro da motivação da exclusão de peças) e também não há que se falar em renumeração de folhas, pois os documentos, depois de juntados em definitivo, recebem numeração permanente e, mesmo após sua exclusão, permanecem disponíveis e acessíveis a partir da funcionalidade de pesquisa a documentos.

#### 4.2.4 - Comissão de Sindicância ou de Inquérito

A comissão designada pela autoridade instauradora é o foro legalmente competente para proceder ao apuratório, conduzindo a segunda fase do processo disciplinar (verifica-se certa impropriedade da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ao estabelecer, no *caput* do art. 149, que a comissão conduz o processo, visto que nem sequer atua na primeira e na terceira fases).

No caso específico de processo administrativo disciplinar (PAD), a comissão de inquérito (expressão histórica e adotada na Lei nº 8.112, de 1990, no § 2º do mesmo art. 149, sem prejuízo de também se chamar de comissão de processo administrativo disciplinar - CPAD, conforme em geral denomina o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU) necessariamente deve compor-se de três servidores estáveis (o que pressupõe ocupantes de cargos de provimento efetivo), sendo um presidente e dois vogais (ou membros). No caso de sindicância disciplinar, o ideal é que a comissão também componha-se de três servidores estáveis, em perfeita analogia com o PAD, não obstante poder ter apenas dois integrantes (um presidente e um vogal), conforme já abordado em 3.4.2. Em ambos os casos, a indicação do presidente da comissão deve constar da portaria, por escolha da autoridade instauradora. Diante da existência de dois ritos, pode-se empregar o gênero “comissão disciplinar” (ou “comissão processante” ou simplesmente de forma mais genérica “comissão”), desdobrado nas espécies comissão de inquérito e comissão de sindicância disciplinar (cabe a especificação, para diferenciar das comissões de sindicância investigativa e patrimonial). Salvo a possibilidade de um integrante a menos na segunda espécie, a diferença os dois colegiados resume-se basicamente à mera terminologia.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observando o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*§ 2º Não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.*

*“Recomenda-se, no caso de processo de ‘sindicância’ instaurado ‘para o fim punitivo’, isto é, que não tenha caráter de mera verificação sobre fatos e autoria, que se adote a regra geral do processo disciplinar - servidores estáveis, cujo presidente seja ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível ou que tenha escolaridade igual ou superior a do indiciado.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 108, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

#### 4.2.4.1 - Estabilidade

Não obstante o aduzido em 3.2.4.2.1, quando se apresentou que, doutrinariamente, o conceito de estabilidade associa-se a um vínculo estatutário entre o servidor e o serviço público e não apenas com o cargo efetivo que ora ocupa, faz-se aqui necessário analisar o reflexo deste instituto jurídico no que diz respeito a figurar como requisito para que um servidor integre comissão de inquérito ou de sindicância.

A melhor inteligência do comando inserido no *caput* do art. 149 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ao exigir a estabilidade como requisito para integrar comissões, é no sentido de que o diploma legal quer assegurar a este servidor absolutas independência, segurança, imparcialidade e isenção para atuar nos trabalhos apuratórios, sem risco de sofrer qualquer tipo de ingerência ou pressão por parte de quem quer que seja e, destacadamente, por parte de autoridade superior a quem ainda possa estar submetido nas avaliações de estágio probatório.

Embora se reconheça que os institutos da estabilidade e do estágio probatório, a despeito de guardarem intrínseca correlação, não se confundem, não há como negar que um servidor, mesmo estável no serviço público federal em razão de ter cumprido requisitos para tal em cargo anteriormente ocupado mas ainda em cumprimento de estágio probatório no cargo que ocupa ao tempo da designação para integrar comissão disciplinar, possa vir a sofrer alguma espécie de perturbação ou algum grau de mitigação na independência, segurança, imparcialidade e isenção que a Lei exige do integrante e quer tutelar a bem da qualidade dos trabalhos. Conforme também entende a doutrina, ainda que em menor grau, mesmo este servidor já detentor do vínculo estatutário de estabilidade com o serviço público federal pode sofrer represálias ou acometer-se de inseguranças indesejáveis na sua atuação como integrante de comissão em razão do risco de ser reprovado no estágio probatório do cargo efetivo atual e de ser reconduzido ao cargo efetivo anterior, em confronto inequívoco com a vontade da Lei e com os princípios reitores do processo disciplinar.

*“(...) quando o art. 149 do Estatuto estabelece que o PAD será conduzido por comissão com três servidores estáveis, visa a assegurar integral independência desses servidores, para evitar que sofram ingerência indevida. Trata-se de uma garantia do investigado similar à garantia do cidadão no tocante às prerrogativas dos membros da Magistratura e do Ministério Público. Por isso, a simples estabilidade no serviço público não asseguraria ao servidor essa independência, uma vez que o atual cargo é fruto da vontade do servidor que se submeteu a um novo concurso público e, portanto, para ele é de considerável importância (...).”, Luciano Rosa Vicente, “A Controvérsia sobre a Estabilidade dos Membros de Comissões Disciplinares na Esfera Federal Brasileira”, Revista Fórum Administrativo, nº 193, pgs. 57 a 66, Editora Fórum, março de 2017*

*“Toda ameaça a bem valioso, o atual cargo pode ser assim considerado, seria suficiente para intimidar e causar temor, implicando no comprometimento da imparcialidade no desempenho das funções da comissão processante. Portanto, para os defensores dessa linha, os membros da comissão processante devem ser estáveis no atual cargo que ocupam, e não apenas no serviço público”, Luciano Rosa Vicente. “A Estabilidade Prescrita pela Lei 8.112/90 para os Membros de Comissão de Inquérito em Procedimentos Disciplinares é no Cargo ou no Serviço Público?”, Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, nº 23, pgs. 61 a 80, Revista dos Tribunais, março e abril de 2016*

Assim, em consonância com a interpretação que vem sendo adotada pela jurisprudência, não deve a autoridade instauradora submeter a risco de declaração de nulidade todos os trabalhos, desde a portaria inaugural, designando servidor ainda em cumprimento de estágio probatório no cargo efetivo que ocupa ao tempo da designação, ainda que este já

possua a estabilidade no serviço público federal em decorrência de cargo efetivo anterior, de qualquer Poder (Executivo, Legislativo ou Judiciário federais). A autoridade instauradora deve se acautelar e designar apenas servidores que já contem com mais de três anos de efetivo exercício no cargo efetivo ocupado ao tempo da designação.

*STJ, Mandado de Segurança nº 16.557: “Ementa: Administrativo. Processo administrativo disciplinar. Membros da comissão. Art. 149 da Lei 8.112/1990. Cotejo da estabilidade com o estágio probatório. Imparcialidade. 1. Trata-se de Mandado de Segurança contra ato de demissão, por meio de Processo Administrativo disciplinar, no qual figurou, como membro da Comissão, servidor que havia conquistado estabilidade em cargo anterior (técnico do INSS); porém, aprovado em ulterior concurso (analista da CGU), encontrava-se ainda em estágio probatório. 2. A ratio da imposição do art. 149 da Lei 8.112/1990 é blindar, ex lege, os membros da Comissão contra pressão capaz de alterar o equilíbrio na tomada de decisões, influenciando de forma espúria sobre a imparcialidade. 3. No caso concreto, o membro da Comissão Processante, quando de sua nomeação, ainda estava em estágio probatório, sujeito a avaliações e, inclusive, à exoneração. 4. A interpretação do art. 149 da Lei 8.112/1990, atrelada à garantia de imparcialidade em processos administrativos, recomenda seja acolhida a pretensão da impetrante. 5. Segurança concedida para anular o PAD.”*

É de se destacar ainda que, a rigor, os servidores que ingressaram no serviço público federal sem concurso público no período entre 06/10/83 e 05/10/88 (ou seja, que não possuíam cinco anos de exercício na promulgação da Constituição Federal - CF) não eram e não são estáveis, nos termos do art. 33 da Emenda Constitucional (EC) nº 19, de 4 de junho de 1998, não se recomendando que integrem comissões disciplinares.

*EC nº 19, de 1998 - Art. 33. Consideram-se servidores não estáveis, para os fins do art. 169, § 3º, II da Constituição Federal, aqueles admitidos na administração direta, autárquica e fundacional sem concurso público de provas ou de provas e títulos após o dia 5 de outubro de 1983.*

#### **4.2.4.2 - Presidente: Requisitos, Atribuições e Voto Igualitário**

Ressalte-se que, além da exigência da estabilidade, apenas para o presidente da comissão há o requisito legal de, alternativamente, ter cargo de nível igual ou superior ao do acusado ou ter escolaridade de grau igual ou superior ao do acusado (impropriamente, o *caput* do art. 149 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, menciona “indiciado”). Desta forma, pode um servidor ocupante de cargo efetivo de nível intermediário presidir comissão em que o acusado seja servidor detentor de cargo efetivo de nível superior, desde que também tenha grau de escolaridade igual ou superior.

No caso específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), portanto, não há impedimento legal para que servidor ocupante do cargo efetivo de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil (ATRFB) presida comissão em que o acusado seja detentor do cargo efetivo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB), já que ambos cargos são de nível superior, e nem mesmo para que servidor ocupante de cargo administrativo de nível médio o faça em face de acusado ocupante de cargos de AFRFB ou de ATRFB, mas, neste caso, desde que o presidente grau de escolaridade no mínimo igual ao acusado. Todavia, se não por impedimento legal mas sim em função de critérios extralegais de oportunidade e conveniência, quando o processo cuida de apurar irregularidade associada à atribuição legal concorrente dos dois cargos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), recomenda-se que a presidência da comissão recaia sobre servidor igualmente competente para o ato, ou seja, ocupante de um dos dois cargos e, mais especificamente, se o ato é competência exclusiva de AFRFB, convém que o presidente também seja ocupante do mesmo cargo.

Quanto ao grau (ou nível) de escolaridade, no País, existem apenas três: ensino fundamental, ensino médio e educação superior, conforme o art. 21 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (a Lei de Diretrizes e Bases da Educação). Neste rumo, com amparo doutrinário, aduz-se que títulos acadêmicos (tais como mestrado ou doutorado ou pós-graduação *lato sensu*) não estão acima do grau superior, sendo nele enquadrados sem diferenciação.

*“No tocante ao nível de escolaridade que a lei, agora, passa a exigir como requisito alternativo para o servidor presidir comissão de processo disciplinar, há de ser entendido o alcançado pela conclusão de cursos regulares (1º, 2º e 3º graus, ou seja, fundamental, médio e superior), não sendo levado em consideração, portanto, os cursos de aperfeiçoamento, os de extensão universitária, como mestrado, doutorado ou os de especialização, que apenas qualificam, aprimoram e enriquecem o conhecimento, sem, todavia, elevar ou interferir no nível de escolaridade.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 108, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

De forma geral, os cargos são somente classificados em três níveis, respectivamente associados aos graus de instrução: auxiliar (que requer ensino fundamental), intermediário (que requer ensino médio) e superior (que requer ensino superior). Assim, o posicionamento do servidor nos padrões e classes de sua carreira não se reflete na comparação do nível do cargo. Pode, por exemplo, um servidor detentor de cargo de nível superior e posicionado no padrão inicial da primeira classe presidir comissão em que o acusado seja detentor também de cargo de nível superior e posicionado no mais alto padrão da última classe. Tampouco a complexidade das atribuições do cargo se reflete nesta condição legal.

Embora haja atos que sejam de atribuição do presidente, nas deliberações e nas manifestações de convicção, os votos dos três integrantes têm o mesmo valor. Frise-se: não há relação de hierarquia dentro da comissão, mas apenas distribuição não rigorosa de atribuições e uma reserva de competência para a execução de determinados atos ao presidente (e, mesmo assim, em regra, os atos da comissão são previamente deliberados em conjunto pelo trio, podendo apenas a sua posterior operacionalização ser atribuída especificamente ao presidente).

De forma expressa, a Lei nº 8.112, de 1990, reserva ao presidente da comissão designar o secretário (no § 1º do art. 149), denegar os pedidos impertinentes da defesa (no § 1º do art. 156), intimar as testemunhas (no *caput* do art. 157) e citar o indiciado para apresentar defesa (no § 1º do art. 161) - mas sempre respaldado por deliberação colegiada prévia. Não obstante, a praxe - ou seja, mero costume sem rigor - é de caber ao presidente representar a comissão para pessoas estranhas ao processo, receber procuradores dos acusados, dirigir as reuniões e os atos de coleta de prova e emitir mandados, despachos e decisões interlocutórias em geral.

#### **4.2.4.3 - Hierarquia Entre Cargos e Aspectos Extralegais da Composição e da Instalação da Comissão**

Segundo entendimento já esposado pela Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GQ-35, não há relação de hierarquia entre servidores ocupantes apenas de cargos de provimento efetivo. A interpretação do órgão de assessoramento jurídico é de que, na Administração Pública federal, o poder hierárquico está associado aos cargos de provimento em comissão ou às funções de confiança, responsáveis pela direção e chefia. Assim, por exemplo, não há subordinação funcional entre um ocupante de cargo efetivo de nível superior e um ocupante de cargo efetivo de nível intermediário, ainda que na mesma carreira, tão somente em função da diferença de nível dos dois cargos, se nenhum dos servidores ocupa cargo em comissão ou função de confiança. Por outro lado, haveria a

vinculação hierárquica entre estes dois servidores se um deles, além de deter um cargo efetivo, concomitantemente ocupasse também um cargo em comissão ou função de confiança, de chefia, por exemplo (mesmo, por mera argumentação, se este fosse o servidor ocupante do cargo efetivo de nível intermediário). Da mesma forma, haveria subordinação funcional destes dois servidores ocupantes apenas de cargo efetivo em relação a um terceiro servidor detentor apenas de cargo em comissão, sem cargo efetivo.

*Parecer AGU nº GQ-35, vinculante: “Ementa: (...) A nulidade processual não se configura se, no ato de designação da comissão de inquérito, forem omitidas as faltas a serem apuradas, bem assim quando o colegiado processante é integrado por servidor de nível funcional inferior ao dos envolvidos. (...)*

*17. A c.i. é integrada por três servidores estáveis, dela não participando cônjuge, companheiro ou parente do provável responsável pela prática das infrações disciplinares, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau. São exigências insertas na Lei nº 8.112, de 1990, art. 149, a qual não autoriza qualquer resultado interpretativo que conduza à nulidade do processo disciplinar na hipótese de compor-se a comissão sem observar o princípio da hierarquia que se assere existente nos quadros funcionais da administração federal.*

*18. A organização administrativa da União e de suas autarquias e fundações públicas, no aspecto funcional, consiste em quadros compreendidos por cargos efetivos, cargos de natureza especial, cargos em comissão e funções de confiança (cfr. os arts. 2º e 3º da Lei nº 5.645, de 1970, e 3º da Lei nº 8.112, de 1990). A responsabilidade pela direção e chefia incumbe aos titulares dos cargos e funções de confiança, em relação aos quais se aglutinam o poder de mando e o dever de promover a apuração de irregularidades, integrando sistema de controle da legalidade dos atos praticados pelos agentes do Estado, sem estabelecer hierarquização entre as categorias de servidores efetivos. O posicionamento hierárquico deflui da organização estrutural e funcional dos órgãos administrativos a que correspondem feixes de atribuições de cargos ou funções providos em confiança, em decorrência da natureza dos seus encargos. Inexiste subordinação funcional entre os ocupantes de cargos efetivos. (...)*

*20. Mesmo que se procedesse à composição de comissão processante com a designação de servidor subordinado administrativamente a dirigente possivelmente envolvido nos fatos objeto do processo disciplinar, o que se não recomenda, a nulidade não resultaria necessariamente desse fato, mas haveria de exsurgir do contexto do apuratório. De qualquer sorte, em princípio, efetua-se o afastamento preventivo de titulares de cargos e funções de confiança a quem se atribua a prática de ilícito administrativo, até mesmo com o objetivo de preservar a apuração imparcial das irregularidades.*

Exemplificando com as relações internas da comissão, não há ilegalidade, uma vez satisfeito um dos critérios alternativos em relação ao acusado, se o presidente for ocupante de cargo efetivo de nível intermediário e um dos vogais ocupar cargo efetivo de nível superior. Também nada impede que a comissão seja integrada por servidores que, na sua atividade cotidiana, têm relação de subordinação funcional entre si e seja presidida por um dos subordinados, figurando o chefe como vogal (e se, ao contrário, o chefe for o presidente, não repercutirá nos trabalhos da comissão a subordinação hierárquica que lhe devem os vogais na atividade cotidiana).

Evidentemente, até pode-se discutir a conveniência destas situações exemplificadas acima, para força de argumentação, mas não a legalidade. A Lei apenas exige a estabilidade para os três integrantes detentores de cargo efetivo e estabelece critério de nível do cargo efetivo ou de grau de escolaridade do presidente em relação ao acusado. Tendo assim se expressado o legislador em termos de requisitos legais, não cabe ao aplicador da lei criar restrições que a norma não previu, tais como requisitos de nível de cargo ou grau de escolaridade dos vogais em relação ao presidente ou ao acusado e de experiência de qualquer dos integrantes na matéria técnica de que cuida o processo. Obviamente, se a autoridade

instauradora dispuser de servidor(es) experiente(s) na matéria e designá-lo(s) para compor(em) o colegiado, buscando qualidades pessoais, estará atuando à vista da eficiência, mas isto não se confunde com requisito essencial.

Assim, como mera recomendação, não exigida em lei, em busca de solução otimizada, mas a ser contraposta a todo instante pelas carências de pessoal na Administração Pública federal, o ideal seria a comissão contar com pelo menos um servidor de formação jurídica e já experiente na matéria processual disciplinar (preferencialmente o presidente) e com pelo menos um servidor conhecedor da matéria técnica de que especificamente trata o apuratório, conforme também já opinou a AGU, por meio do seu Parecer AGU nº GQ-12:

*Parecer AGU nº GQ-12, vinculante: “18. Integram a c.i. três servidores estáveis, dela não podendo participar cônjuge, companheiro ou parente do provável responsável pela prática das infrações disciplinares, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau. Essas exigências explicitadas no art. 149 da Lei nº 8.112 são suscetíveis de ampliação, a fim de serem abrangidos outros requisitos, em salvaguarda da agilidade, circunspeção e eficácia dos trabalhos, bem assim dos direitos dos servidores envolvidos nos fatos. São os cuidados recomendados no sentido de que sejam as comissões constituídas de servidores com nível de conhecimento razoável do assunto inerente às faltas disciplinares e, preferencialmente, de um Bacharel em Direito, face às implicações de ordem jurídica originárias do apuratório.*  
*19. São meras qualidades pessoais que devem possuir os servidores a serem designados para compor a comissão, prescindindo de autorização de lei, nesse sentido.”*

Também como recomendação extralegal, diferentemente do que se defendeu para integrantes de sindicância investigativa (e também de equipe de investigação disciplinar), na hipótese de se instaurar processo administrativo disciplinar (PAD) em decorrência de sindicância disciplinar, uma vez que os atos foram realizados sob manto de ampla defesa e contraditório (não se podendo afirmar que a convicção constante do relatório da sindicância disciplinar tenha sido formada de maneira inquisitorial e unilateral), é possível que membro desta comissão de sindicância disciplinar faça parte da comissão de inquérito do PAD decorrente.

Tal hipótese se configurará, e até se tornará recomendável, à vista do princípio da eficiência, quando a comissão de sindicância disciplinar tão somente solicitar à autoridade instauradora, à luz de suas preliminares apurações, a extensão de seus poderes apuratórios, sem manifestar de forma expressa uma prévia convicção de mérito acerca de suposta responsabilização funcional, conforme já aduzido em **3.4.3**.

Todavia, também na sindicância disciplinar restará desaconselhável a manutenção dos membros quando a respectiva comissão relatar à autoridade instauradora, manifestando convicção de cometimento de irregularidade por parte do servidor acusado, enquadrando-a e justificando, à vista da vinculação existente no regime disciplinar e da limitação punitiva da sindicância disciplinar, a conversão em PAD. Neste caso, diferentemente da hipótese do parágrafo anterior, não se pode crer na perfeita isenção destes integrantes, sendo aconselhável a designação de novos nomes.

Acrescente-se ainda que também não há vedação para que a autoridade instauradora substitua integrante(s) da comissão no curso do inquérito administrativo, podendo tanto somente alterar, dentre aqueles servidores que já compunham, a condição de presidente e de vogal, sem trazer nenhum nome novo para o colegiado, bem como pode excluir algum(ns) integrante(s) e incluir novo(s), seja na mesma posição ocupada por quem sai, seja em outra posição, importando ainda em remanejamento interno na composição do trio, conforme reitera a jurisprudência. Em todos estes casos, se o ato se resumir à substituição (não coincidindo com portaria de prorrogação ou de designação de nova comissão), deve a autoridade emitir portaria específica, descrevendo as alterações processadas, submeter à publicação para

posterior autuação no processo. Caso a substituição de membro(s) coincida com prorrogação ou designação de nova comissão, sintetizam-se os dois fatos em uma única portaria, estabelecendo a nova composição.

*STJ, Mandado de Segurança nº 14.827: “Ementa: 2. Não há, no art. 149 da Lei nº 8.112/1990, nem em qualquer outro dispositivo dessa lei, vedação à substituição dos membros da comissão processante, providência que poderá ser levada a efeito desde que os novos integrantes preencham os requisitos legalmente estabelecidos.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 8.213: “Ementa: 2. A alteração no comando dos trabalhos da comissão processante não importou em qualquer irregularidade, porquanto, a teor do art. 149 da Lei nº 8.112/90, o colegiado permanecia composto por servidores estáveis, cujo presidente ocupava cargo de nível igual ou superior ao impetrante.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 17.474: “Ementa: 11. A simples ocorrência de alterações na composição da Comissão Processante durante o curso do PAD não é causa de nulidade, sendo fenômeno plenamente justificável diante das alterações que ocorrem no serviço público ao longo do tempo, onde servidores se aposentam, se exoneram e se transferem de localidades.”*

Seja de uma forma, seja de outra, conforme já aduzido em **2.1.4**, nos termos exigidos pelos arts. 2º e 3º da Portaria Coger-MF nº 17, de 30 de janeiro de 2014, alterações na comissão devem ser informadas pelo Escritório de Corregedoria (Escor), ou pela Corregedoria (Coger), nas hipóteses excepcionais em que o Corregedor figura como autoridade instauradora, na base de dados externa, do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU).

Ainda na linha das recomendações não previstas em lei, em busca do ideal da solução otimizada, dificultadas pelas carências de recursos na Administração Pública, convém que a autoridade instauradora disponibilize para a comissão acomodações condizentes com o trabalho a se realizar. Uma vez publicada a portaria e entregues os autos à comissão, tão somente a ela cabe a guarda do processo, em defesa de sua autonomia e independência e também do caráter sigiloso da instância disciplinar. Para isto, a comissão deve ter uma sala privativa, dotada de porta com fechadura e tranca seguras, divisórias opacas até o teto, armários com trancas para guardar o processo, mesas e cadeiras para a realização de oitivas e interrogatórios e microcomputadores com conexão em rede, além de acesso máquinas xerográfica e digitalizadora e, se possível, sala específica para realização de audiências. **Ainda que com o advento do processo digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), se abstraia de mencionar a entrega e a guarda física dos autos (visto que passam a operar os conceitos de responsável e de habilitado no processo), não se afasta a pertinência acerca das condizentes acomodações infraestruturadas para a atividade correcional.**

Neste rumo, a CGU, como órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SisCor-PEF), disciplinou as seguintes providências a cargo dos órgãos e unidades em que transcorrem os processos, nas alíneas “a” e “b” do inciso IV do art. 31 da Portaria CGU nº 335, de 30 de maio de 2005:

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 31. Para implementação do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, os órgãos e titulares das respectivas unidades deverão adotar as seguintes providências:*

*IV - os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal:*

- a) prover espaço físico adequado à prática das atividades de correição;*
- b) oferecer suporte administrativo necessário à instalação e ao funcionamento da unidade de correição integrante do Sistema relacionada à sua área de competência.*

## 4.2.5 - Designação dos Integrantes da Comissão

Em complemento às determinações legais e às recomendações extralegais de caráter geral acerca da composição da comissão, no presente tópico, se abordará com detalhes a questão específica do critério de designação dos integrantes do colegiado em razão de sua unidade de lotação - se integrantes do próprio sistema correcional ou não.

### 4.2.5.1 - O Emprego de Integrantes e da Infraestrutura do Próprio Sistema Correcional

A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ao abordar no seu art. 149 e no *caput* do seu art. 150 a comissão de inquérito e a comissão de sindicância disciplinar, não menciona a lotação dos integrantes do colegiado, não vedando e tampouco exigindo que eles sejam lotados no órgão ou unidade de lotação do servidor representado ou denunciado ou de ocorrência do fato, bem como também é silente quanto ao local de instalação e de transcurso dos trabalhos. Assim, e com apoio jurisprudencial, se o legislador não previu, não cabe à autoridade administrativa, mera aplicadora da lei, acrescentar restrição ao texto legal, sendo certo que, à luz exclusivamente da leitura generalista daquele Estatuto - voltado para toda a Administração Pública federal e editado a um tempo em que não era regra os órgãos públicos federais possuírem unidades de correição e quando o exercício do poder disciplinar se inseria em via hierárquica -, aceita-se, em busca do que seria indicador de eficiência e de economicidade sob aqueles moldes, que os servidores designados para integrar comissões pudessem (e até ainda possam) ter aquelas lotações, agregando aos trabalhos o conhecimento da praxe administrativa local, e que o apuratório transcorresse (ou até ainda transcorra) nos citados órgãos ou unidades, na presunção de que, neles, pudessem (e, de fato, podem) ser encontrados com maior facilidade os elementos probatórios necessários ao esclarecimento do fato.

*STJ, Mandado de Segurança nº 14.827: “Ementa: 3. Não contém a Lei nº 8.112/1990 proibição de que a comissão disciplinar seja composta por servidores lotados em unidade da federação diversa daquela em que atuava o servidor investigado.”*

Não obstante, na comparação com os demais órgãos públicos federais sobre quais se aplica o comando do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, que ordena o estabelecimento e a capilarização do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SisCor-PEF), eis que destacadamente a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) conta regimentalmente com uma estrutura correcional especializada e possuidora de quadro funcional próprio. Daí, neste contexto específico, a leitura imediata do *caput* do art. 149 da Lei nº 8.112, de 1990, de que qualquer servidor estável pode integrar comissões disciplinares, merece a devida adequação, dentro dos termos legais.

Conforme aduzido em **4.2.1**, na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), por força do inciso I do art. 285 e do inciso I do art. 287, ambos do seu Regimento Interno, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, e do art. 1º e do *caput* do art. 3º, ambos da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da RFB, a regra da competência instauradora recai *a priori* sobre o Chefe do Escritório de Corregedoria (Escor) da jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do representado ou denunciado ao tempo da instauração e, secundariamente, em hipóteses restritas, sobre o Corregedor.

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 285. Ao Corregedor incumbe, sem prejuízo das atribuições do Secretário da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

*I - instaurar ou avocar a instauração de procedimentos correcionais; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 11 de dezembro de 2014)*

*Art. 287. Ao Chefe de Escor incumbe, no âmbito de sua competência:*

*I - instaurar e determinar a realização de procedimentos correccionais relativos aos atos e fatos praticados por servidores lotados ou em exercício nas Unidades Descentralizadas e nas Unidades Centrais localizadas na respectiva RF; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 1º A apuração de irregularidade de que trata o art. 143 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), será feita mediante sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar, assegurados ao acusado o contraditório e a ampla defesa.*

*Art. 3º Ressalvado o disposto no artigo seguinte, a decisão quanto à instauração de sindicância disciplinar e de processo administrativo disciplinar compete ao Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor) que jurisdicione a unidade de lotação ou exercício do servidor no momento da decisão.*

Sendo assim, e contando com corpo técnico qualificado, capacitado e especializado na matéria, a praxe é de os Chefes de Escor (ou o Corregedor) precipuamente lançarem mão de seus próprios servidores, lotados no Escor (ou na Corregedoria - Coger), para comporem as comissões, não obstante inexistência de expressa determinação normativa neste sentido. E, em consequência, também como reflexo da melhor organização, infraestrutura e logística de que dispõem as unidades do sistema correccional para os trabalhos específicos de sua alçada, e também visando à otimização do controle gerencial, a regra é de as comissões se instalarem no próprio Escor (ou na Coger), independentemente da unidade de lotação ou de exercício do acusado e do local em que o ato supostamente ilícito foi cometido (os quais, em geral, coincidem). Daí, além da atenção à qualificação pessoal dos integrantes capacitados na matéria, também em termos de localização física, o mais comum é se instalar a comissão no próprio Escor (ou na Coger) para apurar fatos ocorridos não só em unidades do mesmo município mas também para apurar fatos ocorridos em localidades distintas do município em que se situa aquela unidade correccional (mediante a viabilização operacional, com o devido planejamento dos trabalhos e sobretudo dos deslocamentos, em vista da redução de custos). Somente de forma muito excepcional, diante das peculiaridades do caso, pode ainda ocorrer de a comissão composta por servidores do sistema correccional se instalar na própria unidade de lotação ou de exercício do acusado ou de ocorrência do fato.

Mencione-se também a possibilidade - embora não seja a regra - de, em situações peculiares em termos de operacionalidade ou de limitação de pessoal disponível, o Chefe de Escor designar comissão parcial ou até mesmo totalmente composta por servidores lotados em outras unidades do sistema correccional. Não há ilegalidade em o Chefe de Escor compor o colegiado com dois servidores lotados em seu próprio Escor e com um servidor lotado em qualquer outra unidade do sistema correccional, bem como com um servidor lotado em seu próprio Escor e com dois servidores lotados em outra ou em duas outras unidades do sistema correccional e até mesmo com três servidores lotados em outra ou em outras duas ou três unidades do sistema correccional.

A configuração mais extremada, somente justificável em contexto operacional muito peculiar de escassez de pessoal disponível, em que o Chefe de um Escor designa comissão composta por três servidores lotados em diferentes unidades do sistema correccional e situadas em distintas Regiões Fiscais (RF), além de não afrontar a Lei, viabiliza-se diante do atual estágio tecnológico e já refletido e reconhecido pelo ordenamento legal e infralegal.

Com o atual estágio tecnológico para transmissão de sinais de áudio e vídeo em tempo real, o ordenamento, por meio do § 3º do art. 236 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) e da Instrução Normativa CGU nº 12, de 1º de novembro de 2011, já desde seus arts. 1º e 2º, positivou o emprego de tais recursos em processo, tanto para reuniões deliberativas quanto para feitura de atos de instrução, desde provas orais até diligências em sentido amplo, onde for cabível e viável fazê-lo. Este estágio tecnológico e normativo viabiliza então a construção acima, que não afronta o texto da Lei. **No mesmo**

sentido também aponta a adoção do processo digital e o emprego do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) pelo sistema correcional, por meio do qual o acesso aos autos e a participação processual se viabilizam de forma virtual.

*CPC - Art. 236.*

*§ 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.*

*Instrução Normativa CGU nº 12, de 2011 - Art. 1º O Sistema de Correição do Poder Executivo Federal - SisCor-PEF, visando instrumentalizar a realização de atos processuais a distância, poderá promover a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa, na forma disciplinada nesta Instrução Normativa.*

*Parágrafo único. Nos termos dos artigos 153 e 155 da Lei 8.112/90, os meios e recursos admitidos em direito e previstos no caput serão utilizados no intuito de garantir a adequada produção de provas, de modo a permitir a busca da verdade real dos fatos, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.*

*Art. 2º Poderão ser realizadas audiências e reuniões por meio de teletransmissão de sons e imagens ao vivo e em tempo real, destinadas a garantir a adequada produção da prova, sem prejuízo de seu caráter reservado, nos procedimentos de natureza disciplinar ou investigativa.*

Mas, de outro lado, é de se reconhecer que, desde a delegação de competência para que o Corregedor transfira competências correcionais, positivada na Portaria RFB nº 268, de 6 de março de 2012, em seu art. 7º C, tornou-se ainda mais residual a possibilidade de um Chefe de Escor designar comissão composta por servidores lotados em outra unidade do sistema correcional.

*Portaria RFB nº 268, de 2012 - Art. 7º C. Delegar competência ao Corregedor para, no âmbito da Corregedoria, transferir competências entre unidades e subunidades, e atribuições entre dirigentes, bem como estabelecer jurisdição de forma concorrente em todo território nacional. (Incluído pela Portaria RFB nº 1.360, de 16 de julho de 2014)*

Obviamente, o posicionamento e a praxe acima descritos, de a designação de integrantes de comissão recair, precipuamente, sobre servidores lotados no sistema correcional e de o colegiado se instalar nas próprias dependências do Escor (ou da Coger), em nada afrontam a Lei e a normatização interna. Ao contrário, além de se alinhar ao ordenamento vigente, esta rotina administrativa concilia-se perfeitamente com o princípio constitucional da eficiência, ao suprir as tarefas disciplinares com a maior organização logística e de infraestrutura das instalações, mencionadas em **4.2.4.3**, e com a melhor qualificação técnica do corpo treinado, capacitado e habilitado para os trabalhos disciplinares, com plena capacidade de atender à vontade legal de conceder dedicação integral à matéria e distante de eventuais pessoalidades do caso concreto - pois se pode presumir maior especialização e isenção da parte de servidores lotados no sistema correcional para conduzirem apurações de supostos ilícitos disciplinares cometidos nas unidades -, ao mesmo tempo em que supre o menor custo tanto pessoal quanto material, não prejudicando a continuidade e a normalidade do desempenho das atividades-fim do órgão, sobretudo na unidade de lotação (ou de exercício) do acusado e de ocorrência do fato.

A já aludida ausência de dispositivo em norma interna que expressamente obrigue a priorização, por parte do Chefe de Escor (ou do Corregedor), de empregar servidores da própria unidade correcional, para comporem as comissões por ele mesmo designada, decorre da desnecessidade de tal mandamento redundante, pois, decerto, a autoridade que dispõe de competência para instaurar processos disciplinares obviamente dispõe do poder de fazê-lo com seu próprio corpo funcional subordinado e, extreme de dúvidas, embute ainda a

competência para suprir-lhe a instalação dos trabalhos em suas próprias e adequadas dependências.

Não obstante, é certo que o Regimento Interno da RFB e a Portaria Coger nº 14, de 2014 (e, extensivamente, a Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Fazenda - MF), estabelecem duas diferentes competências para a autoridade instauradora na RFB. O Chefe de Escor (ou o Corregedor, excepcionalmente) dispõe de uma dupla possibilidade de competências: não só esta que se aborda no presente tópico, para instaurar os processos disciplinares e que, obviamente, engloba a designação de servidores de sua própria alçada hierárquica para desempenhar o múnus apuratório, em hipótese tida como regra geral; mas também a competência para, de acordo com sua discricionariedade, quando se demonstrar oportuno e conveniente, em determinados casos específicos e a seu critério, convocar servidores externos ao sistema correcional para integrarem as comissões que conduzirão aqueles processos, em hipótese tida como excepcional e que se detalhará a seguir.

#### **4.2.5.2 - A Competência da Autoridade Instauradora para Designar Servidores Estranhos ao Sistema Correcional e a Precedência da Matéria Disciplinar**

Além da óbvia competência para designar servidores de sua própria subordinação hierárquica, lotados no sistema correcional, a autoridade instauradora na Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB (precipualemente, o Chefe de Escritório de Corregedoria - Escor e, residualmente, o Corregedor) tem competência regimental para convocar servidores lotados em outras unidades, locais (Delegacias, Inspetorias, Alfândegas ou Agências da Receita Federal do Brasil - DRF, IRF, ALF e ARF) ou regionais (Superintendências Regionais da Receita Federal do Brasil - SRRF) ou até mesmo centrais, para integrarem comissões disciplinares.

Diante das duas ações verbais, de “instaurar” processos e de “convocar” servidores (respectivamente, no inciso I do art. 285 e no inciso I do art. 287, em contraposição ao inciso IV do art. 285 e ao inciso IV do art. 287, todos do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 15 de maio de 2012), ratifica-se a interpretação de que o ordenamento estabelece distintas linhas de competências concorrentes a cargo da autoridade instauradora, reservando o segundo termo para a ação referente a servidores estranhos ao sistema correcional, já que não se cogitaria da necessidade de a autoridade convocar quem já está sob sua subordinação hierárquica. Portanto, é certo afirmar que, além da inequívoca competência reflexa da hierarquia para designar seus próprios subordinados para o desempenho de tarefas de natureza correcional, apriorística e completamente incluída nas competências estabelecidas no inciso I do art. 265 e no inciso I do art. 267, o Regimento Interno da RFB estabelece em termos gerais a competência da autoridade instauradora para excepcionalmente convocar servidores estranhos à corregedoria a fim de integrarem comissões disciplinares (e também equipes investigativas).

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 285. Ao Corregedor incumbe, sem prejuízo das atribuições do Secretário da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

*IV - convocar servidor para integrar comissões de sindicância ou de inquérito, ou para integrar equipes de investigação disciplinar; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 11 de dezembro de 2014)*

*Art. 287. Aos Chefes dos Escor incumbe:*

*IV - convocar servidor para integrar comissões de sindicância ou de inquérito, ou para integrar equipes de auditoria e de investigação disciplinar.*

Portanto, é certo que, regimentalmente, tanto o Corregedor quanto o Chefe de Escor dispõem de competência para convocar servidores em todo âmbito da RFB (importa destacar

que a norma interna não delimita a competência convocatória do Chefe de Escor à respectiva Região Fiscal - RF). No entanto, o Regimento Interno da RFB não confere natureza irrecusável a estas competências; a visão regimental, macro e harmônica de todo o órgão, sem positivar o caráter irrecusável da convocação, sinaliza que tais competências podem ser empregadas de forma amigável e negociada em acordo com a unidade de lotação ou de exercício (se diferente) do servidor convocado.

Avançando-se na leitura sistemática do ordenamento, verifica-se que a questão da convocação de servidores, genericamente tratada no Regimento Interno da RFB, ganhou disciplinamento mais detalhado com a edição da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, igualmente de lavra ministerial, mas de foco exclusivamente correcional e que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Fazenda (MF). A citada Portaria MF, primeiramente em seu art. 10, apenas ratifica as competências convocatórias, em favor exclusivamente do Corregedor-Geral do MF e do Corregedor, dentro das respectivas jurisdições; e, em seguida, no *caput* do seu art. 11, confere a estas convocações o caráter irrecusável e estabelece um certo grau de instrumentalização para o tema.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 10. O Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda poderá convocar servidores em exercício nos órgãos do Ministério para atuarem em procedimentos correccionais.*

*Parágrafo único. O Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil poderá convocar servidores em exercício nas unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil para atuarem em procedimentos correccionais.*

*Art. 11. As convocações referidas no art. 10 são irrecusáveis e não dependem de prévia autorização do titular do órgão a que estiver subordinado o servidor, devendo ser previamente comunicadas ao titular da unidade do respectivo órgão.*

Neste aspecto é que releva a edição da Portaria Coger-MF nº 492, de 2013, pois, no âmbito da RFB, conferiu a natureza irrecusável apenas para as convocações realizadas pelo Corregedor (ou seja, quando o próprio atua como autoridade instauradora (seja do rito contraditório, seja do rito investigativo). Ademais, apesar não ter condicionado as convocações do Corregedor à prévia anuência do titular da unidade, estabeleceu que suas convocações devem ser previamente comunicadas àquela autoridade, sem, todavia, conceder a esta a prerrogativa de recusá-las. Ademais, a doutrina é consonante quanto à inviabilidade de o servidor convocado recusar-se a cumprir a determinação superior de integrar comissão, a menos que se enquadre nas hipóteses legais de impedimento ou de suspeição.

*“O exercício da função dos componentes da comissão de processo, como não poderia deixar de ser, constitui encargo de natureza obrigatória, o que significa dizer que o servidor, uma vez escolhido para tal composição, não poderá escusar-se ao cumprimento desse ‘munus publico’, a menos que argua razões de foro íntimo, o que é justificável, pois, nesses casos de suspeição, se expõe a risco a validade do processo.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 199, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“Participar de comissão disciplinar constitui encargo no sentido de obrigação funcional que não comporta escusa, ante o caráter de múnus público, salvo razões justificadas de foro íntimo que coloquem o servidor na condição de suspeito.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 109, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“(…) existe a hipótese de algum membro da Comissão buscar se eximir do encargo, pretendendo se declarar suspeito, ou alegar a existência de outros interesses de serviço que não podem ser postergados.*

*Nas duas situações, tanto a doutrina quanto a orientação administrativa brasileiras são no sentido de se recusar uma e outra, por se entender ser encargo obrigatório o servidor fazer parte de comissão de inquérito.” Antônio*

*Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 108, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Ainda na linha da excepcionalidade do afastamento do cumprimento deste dever funcional de integrar comissão, tem-se que até mesmo a alegação de necessidade de serviço para que um servidor tenha a convocação relaxada somente é conhecida se apresentada formalmente e ao amparo de fundamentação, pelo titular da sua unidade de lotação, não bastando, portanto, seu questionamento por parte do próprio convocado e nem por sua chefia imediata. Ademais, deve o titular da unidade oferecer, ao Corregedor, indicação de outro servidor com a mesma qualificação técnica daquele originalmente requisitado, cabendo a apreciação desta substituição àquela autoridade instauradora requisitante, conforme o § 1º do art. 11 da Portaria MF nº 492, de 2013.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 11.*

*§ 1º O titular da unidade do órgão a que se subordina o servidor convocado poderá, fundamentadamente, alegar necessidade de serviço, oferecendo indicação de outro servidor com a mesma qualificação técnica do substituído, cuja apreciação conclusiva caberá ao Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda ou ao Corregedor da Secretaria Receita Federal do Brasil, conforme o caso.*

Destaque-se que a Portaria MF nº 492, de 2013, atribuiu competência convocatória irrecusável, no âmbito da RFB, apenas ao Corregedor, não tendo contemplado os Chefes de Escor, mas não vedou a delegação de tal competência. Assim, por meio da Portaria Coger nº 23, de 6 de maio de 2014, em seu art. 1º, o Corregedor delegou, exatamente nos mesmos termos, a competência convocatória aos Chefes de Escor. Esta competência delegada também possui caráter irrecusável, independe de prévia autorização do titular da unidade a que se subordina o servidor, não obstante dever ser antecipadamente comunicada, conforme estabelece o *caput* do art. 2º da norma. E, no caso de haver fundamentada alegação de necessidade de serviço com o fim de afastar a convocação, o parágrafo único do mesmo dispositivo delimita que cabe somente ao Corregedor (mesmo que a convocação tenha sido do Chefe Escor) poder solucionar, mediante a apresentação de outro servidor de idêntico perfil profissional, conforme o parágrafo único do art. 2º da norma.

*Portaria Coger nº 23, de 2014 - Art. 1º Delegar aos Chefes de Escritório da Corregedoria a competência para convocar servidores em exercício nas unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil para atuarem em procedimentos correccionais.*

*Parágrafo único. A competência de que trata este artigo não poderá ser subdelegada.*

*Art. 2º A convocação de que trata o artigo anterior é irrecusável, independe de prévia autorização da autoridade a que estiver subordinado o servidor e será previamente comunicada ao titular da respectiva unidade.*

*Parágrafo único. O titular da unidade a que se subordina o servidor convocado poderá, fundamentadamente, alegar necessidade de serviço, oferecendo indicação de outro servidor com a mesma qualificação técnica do substituído, cuja apreciação conclusiva caberá ao Corregedor.*

É importante ressaltar que o fato de a Portaria MF nº 492, de 2013, ter atribuído competência convocatória irrecusável, no âmbito da RFB, apenas ao Corregedor em nada conflitua com a competência regimental para que este e para que até mesmo o Chefe de Escor realizem convocações de forma amigável e negociável com o titular da unidade de origem do servidor convocado. A Portaria MF e o Regimento Interno da RFB se harmonizam neste tema, não cabendo se cogitar de que aquela tenha revogado tacitamente os respectivos dispositivos regimentais.

Apesar deste maior detalhamento do disciplinamento da convocação na norma ministerial mais específica, não se deve atribuir precedência a esta forma de compor comissões disciplinares (e também equipes investigativas) em detrimento do emprego de

pessoal próprio do sistema correcional. Na ausência de expressa determinação normativa acerca da priorização de critério na designação de servidores para comporem comissões (e equipes), defende-se, principiologicamente, que, nos tempos atuais, com o crescente grau de organização, de elaboração e de capacitação do sistema correcional da RFB, a preferência deve ser dada ao emprego da própria força de trabalho dos servidores lotados no Escor (ou na Coger), nos termos já mencionados em **4.2.5.1**, sobretudo para as apurações de maior relevância ou complexidade.

Não obstante a possibilidade de emprego de carácter irrecusável nas convocações, quando residualmente se mostrar necessário compor comissão com quadros externos ao sistema correcional, nada impede que haja um prévio acerto entre as autoridades envolvidas, evitando o desgaste de a autoridade instauradora designar alguém para compor comissão à margem do conhecimento deste próprio servidor e do titular de sua unidade. Em outras palavras, no caso de convocação da lavra do Corregedor ou do Chefe de Escor, que dispõem de poder irrecusável, é até recomendável que a autoridade instauradora, primeiramente, entre em contato com a autoridade titular da unidade da qual se entende necessário ter servidor(es) convocado(s), com o fim de informar o perfil desejado do(s) integrante(s), a fim de que possa receber a indicação do(s) nome(s) que designará, atendendo da melhor maneira tanto o aspecto técnico-correcional quanto também preservando a continuidade das tarefas cotidianas da unidade local, regional ou central.

Dito isto, eventuais manifestações de inconformismo por parte do servidor convocado (e até mesmo de seus superiores hierárquicos imediatos), seja alegando sua incapacidade técnica, inaptidão, desconforto, constrangimento ou até mesmo suposto desvio de função, não possuem relevância, por si sós, de eximi-lo do cumprimento do dever funcional e de afastar a convocação. Isto porque, de forma geral, além de a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no *caput* do seu art. 149, estabelecer que qualquer servidor estável, ocupante de qualquer cargo submetido àquele Estatuto, é capaz e competente para integrar comissões disciplinares, tem-se ainda que, especificamente no âmbito da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), independentemente de lotação no sistema correcional ou em qualquer outra unidade do órgão, a atuação em comissões faz parte das atribuições legais de ocupantes de cargos de Auditor-Fiscal e de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil (ATRFB e ATRFB), segundo o inciso V do art. 5º do Decreto nº 6.641, de 10 de novembro de 2008, que regulamenta as atribuições legais dos cargos. Conforme se descreverá em **4.2.6**, apenas as pertinentes alegações de impedimento ou de suspeição, nos termos legais, têm o condão de afastar a regular designação de servidor para compor comissão.

*Decreto nº 6.641, de 2008 - Art. 5º Os ocupantes dos cargos efetivos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil, em carácter geral e concorrente, poderão ainda exercer atribuições inespecíficas da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil, desde que inerentes às competências da Secretaria da Receita Federal do Brasil, em especial:*

*V - integrar comissão de processo administrativo disciplinar.*

Ressalte-se apenas que, se, muito excepcionalmente, for necessário designar servidor de outro órgão público, além dos limites da RFB, convém que a autoridade instauradora proceda à prévia solicitação ao titular daquele órgão, conforme também compreende a jurisprudência.

*STF, Mandado de Segurança nº 25.105: “Ementa: Entende-se que, para os efeitos do art. 143 da Lei 8.112/1990, insere-se na competência da autoridade responsável pela instauração do processo a indicação de integrantes da comissão disciplinar, ainda que um deles integre o quadro de um outro órgão da administração federal, desde que essa indicação tenha tido a anuência do órgão de origem do servidor.”*

O que importa aqui destacar é que, se assim considerar necessário, a autoridade

instauradora tem amparo legal e competência para convocar servidores estranhos à estrutura do Escor (ou da Coger). Nesta hipótese excepcional, recomenda-se que primeiramente se faça valer da competência genérica regimental de convocar de forma amigável e negociada com o titular da unidade de origem do servidor convocado, reservando para um patamar ainda mais restritivo e residual o emprego da competência convocatória irrecusável. Ainda nesta hipótese incomum de se convocar servidor externo, o Chefe de Escor (ou o Corregedor) pode designar servidores lotados tanto na própria unidade de lotação ou de exercício do acusado ou na unidade de ocorrência do fato (se diferentes) quanto em outras unidades porventura existentes na mesma localidade (município) da unidade apontada no critério anterior ou até mesmo em quaisquer outras unidades de qualquer localidade ou RF e podem ainda designar a comissão integralmente constituída de servidores convocados como também podem compô-la com parte de servidores estranhos ao quadro correcional e com parte de servidores deste sistema (o presidente, sobretudo, para agregar experiência na matéria disciplinar). Ademais, qualquer que seja a composição (integral ou parcialmente de servidores estranhos ao sistema correcional), pode o colegiado se instalar na própria unidade local, regional ou central ou até mesmo, mais excepcionalmente, se instalar em dependências do Escor (ou da Coger).

Não havendo regramento em tais termos, nem vedando tal prática, nem estabelecendo algum disciplinamento em seu emprego, o uso da prerrogativa, por parte dos Chefes de Escor (e do Corregedor), para convocar servidor(es) estranho(s) ao sistema correcional subordina-se tão somente a seus critérios de oportunidade e conveniência - obviamente, sopesados por avaliações operacionais de custo e de qualidade - tanto no que diz respeito a em que casos aplicá-la quanto no que se refere à origem do(s) convocado(s) e ao local de instalação do colegiado. No emprego de tal excepcional prerrogativa, é de se ponderar que, ao se convocar servidor(es) lotado(s) na unidade de lotação ou de exercício do acusado ou de ocorrência do fato, prioriza-se o aspecto pragmático e operacional de facilitar o esclarecimento e o entendimento acerca do ocorrido com o presumível conhecimento do contexto, das condicionantes e das praxes administrativas locais por parte destes convocados; por outro lado, ao se convocar servidor(es) de unidades alheias ao local de exercício das atribuições legais por parte do acusado e ao local de ocorrência dos fatos supre-se maior grau de isenção e de distanciamento, conforme prevê a doutrina.

*“(...) três (3) servidores estáveis, preferencialmente lotados na própria repartição; ‘a designação de funcionário de outra repartição dependeria de medidas que importassem no apartamento do serviço (...)’. Nada impede, porém, que tal providência possa ser tomada, quando ocorrerem situações que exijam especial cautela na apuração dos eventos; um dos casos seria o de um processo disciplinar contra dirigente maior de um órgão ou entidade, ou ex-dirigente, sendo inadequado compor a Comissão com seus subordinados ou ex-subordinados (...)” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 105, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Na hipótese de se lançar mão da prerrogativa de convocação de servidor estranho aos quadros do sistema correcional, este ficará subordinado à autoridade instauradora que o convocou e, *a priori*, dedicará tempo integral de sua jornada de trabalho à matéria correcional, conforme melhor se exporá em **4.3.10.2.1**. Ainda neste mesmo tópico ratifica-se que, da mesma forma como obviamente ocorre com os servidores do quadro próprio dos Escor e da Coger, por força desta condição de subordinação temporária, compete à autoridade instauradora, enquanto perdurar a convocação, aplicar ao servidor convocado a legislação de pessoal e proceder aos registros das ocorrências funcionais e às avaliações de desempenho, conforme o § 2º do art. 11 e o *caput* do art. 12, ambos da Portaria MF nº 492, de 2013, e o art. 3º da Portaria Coger nº 23, de 2014. Acrescente-se ainda que, nos termos do art. 9º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Pasta, cabe ao Corregedor, quando necessário, decidir acerca dos deslocamentos, diárias e passagens do servidor convocado, que tenham sido provocados pelo presidente da comissão e propostos pelo Chefe do Escor.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 11.*

*§ 2º O controle e o respectivo registro das ocorrências funcionais do período de convocação serão de responsabilidade da autoridade que a efetivar.*

*Art. 12. O servidor convocado para participar de procedimentos correccionais dedicará, sempre que necessário, tempo integral aos seus trabalhos, sendo dispensado do ponto até a conclusão do relatório previsto no art. 165 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 9º O presidente de comissão de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes de comissão, bem como solicitar prorrogação do prazo da comissão, quando necessário.*

*Portaria Coger nº 23, de 2014 - Art. 3º Uma vez convocado, o servidor ficará diretamente subordinado à autoridade que o convocou, durante o período de sua convocação, incumbindo à referida autoridade a aplicação da legislação de pessoal, a avaliação de desempenho e a decisão sobre a participação em eventos de capacitação e desenvolvimento.*

Por fim, convém abordar que, ainda que, nos dias atuais, diante do grau de especialização do sistema correccional, seja pouco comum o emprego da competência de convocar servidores estranhos aos quadros dos Escor e da Coger para comporem comissões, nas raras situações em que tal convocação se demonstra necessária, pode a autoridade instauradora se deparar não só com as já mencionadas alegações de inconformismo do próprio servidor mas também com negativas por parte de sua chefia imediata ou de outros superiores hierárquicos, em que pode se incluir até mesmo o titular da unidade. E, neste rumo, duas justificativas são mais frequentemente apresentadas para tentar demover a convocação de servidor: de que a unidade padece de excesso de competências regimentais e de escassez de pessoal e de que o emprego de mão de obra local causa constrangimento interno na unidade.

Em tais situações, a manutenção da convocação ampara-se na interpretação, extraída da leitura sistemática do ordenamento interno vigente, de que a Administração dotou a matéria disciplinar de relevância e até de precedência em relação às matérias fins. Assim, reitera-se o já exposto de que, refletindo o mandamento insculpido já desde a base legal, no § 1º do art. 152 da Lei nº 8.112, de 1990 (“*Sempre que necessário, a comissão dedicará tempo integral aos seus trabalhos, ficando seus membros dispensados do ponto, até a entrega do relatório final.*”), a Portaria Coger-MF nº 492, de 2013, no *caput* e no § 1º do seu art. 11, e a Portaria Coger nº 23, de 2014, em seus arts. 1º e 2º, estabelecem, além disto, que a convocação de servidor, por parte do Corregedor ou do Chefe de Escor, para compor comissão, é irrecusável, independendo da comunicação ao titular da unidade local ou regional, e que a alegação de necessidade de serviço somente poderá ser aceita pelo Corregedor.

É de se destacar, portanto, que, nesta hipótese pouco usual de emprego de força de trabalho externa ao Escor (ou à Coger) na composição de comissões, mesmo quando a autoridade da unidade requisitada alega impossibilidade ou inadequação de serem designados servidores de seu quadro, a leitura a ser dada às frequentes justificativas de excesso de competências regimentais ou carência de pessoal ou ainda de constrangimento interno com a matéria sempre passa pelo enfoque disciplinar, a cargo da autoridade instauradora, não sendo determinada pelo enfoque gerencial da unidade local ou regional.

Sem prejuízo do poder discricionário concedido ao Chefe de Escor (ou ao Corregedor) para, motivadamente, lançar mão de suas prerrogativas de designar servidor de sua própria linha hierárquica (ou seja, lotado no Escor ou na Coger) ou de convocar servidor de qualquer outra unidade ou localidade para compor comissão seja de onde for, o acatamento daquele tipo de pedido da autoridade local, regional ou central deve decorrer do interesse da matéria correccional propriamente dita, à vista de parâmetros como independência e qualidade do trabalho disciplinar, recebendo tratamento de excepcionalidade, com a clara teleologia de

inibir relutância por parte de titular de unidade a que se subordina o servidor convocado.

Na leitura de que a expressão “necessidade de serviço”, contida no dispositivo de exceção do § 1º do art. 11 da Portaria Coger-MF nº 492, de 2013, e no parágrafo único do art. 2º da Portaria Coger nº 23, de 2014, contempla, como gênero, as espécies das justificativas de excesso de competências regimentais ou de carência de pessoal, frequentemente empregadas para relutar contra convocação de servidor feita pelo Corregedor, tem-se inequívoco amparo para a desconsideração de tais alegações quando apresentadas informalmente ou como mero reflexo generalizado das limitações operacionais que indistintamente campeiam em grande parte das unidades. Menos ainda se cogita de conceder relevância à outra alegação que sequer recebeu na normatização qualquer hipótese de acatamento, qual seja, de que a matéria disciplinar provoca refração dentro da unidade, uma vez que o desconforto é inerente à presente espécie processual e decorre, de forma natural e inafastável, do fato de servidores da unidade apurarem notícias objeto de representação ou de denúncia contra um ou mais colegas e de outros deporem como testemunhas em tais apurações. Se tais alegações justificassem de plano a não indicação de pessoal da unidade local, regional ou mesmo central, seria bastante provável que a convocação prevista no parágrafo único do art. 10 da Portaria Coger-MF nº 492, de 2013, e no *caput* do art. 1º da Portaria Coger nº 23, de 2014, restaria praticamente inaplicável.

#### 4.2.6 - Impedimento e Suspeição dos Integrantes da Comissão

Diante da isenção que se requer para integrar comissão e apurar fatos com possível repercussão disciplinar, deve a autoridade instauradora atentar para vinculações pessoais porventura existentes entre os membros do colegiado e o acusado e, por vezes, também o representante ou denunciante. Embora a primeira fase do processo disciplinar seja pontual e a cargo apenas da autoridade instauradora, não comportando contraditório, inclui-se no direito à ampla defesa, válido em todo o curso do processo, a possibilidade de se questionar a designação dos integrantes da comissão. E tal possibilidade se expressa por meio de dois institutos: o impedimento e a suspeição. Não obstante, existem peculiaridades entre estes dois conceitos jurídicos, que merecem tratamentos distintos.

O impedimento deriva de uma situação objetiva e gera presunção absoluta de incapacidade. Uma vez configurada uma das hipóteses de impedimento, não há possibilidade de refutação pelo próprio impedido ou pela autoridade a que se destina a alegação. Daí, o integrante da comissão (independentemente de ser lotado no Escritório de Corregedoria (Escor) ou na Corregedoria (Coger) ou de ser convocado de unidade estranha ao sistema correcional) fica proibido de atuar no processo, devendo obrigatoriamente comunicar o fato à autoridade instauradora. A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, elenca apenas duas hipóteses de impedimento para o integrante de comissão:

- a primeira, referente a ele próprio, por não ser estável, no *caput* do art. 149;
- e a segunda, referente ao acusado, por ser seu cônjuge, parente ou afim de até terceiro grau, no § 2º do art. 149.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observando o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*§ 2º Não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.*

E como as hipóteses de impedimento elencadas no art. 18 da Lei nº 9.784, de 29 de

janeiro de 1999, não afrontam as hipóteses da Lei nº 8.112, de 1990, podem ser consideradas, em caráter subsidiário, também para o integrante da comissão:

- ter interesse direto ou indireto na matéria;
- ter atuado ou vir a atuar como representante, testemunha, perito, procurador ou defensor no processo em questão ou se o fizeram ou o farão seu cônjuge, parentes ou afins de até terceiro grau (destacando-se que, na Lei Geral do Processo Administrativo, que não é disciplinar, o termo “representante” tem o significado de “procurador” e não de “servidor denunciante”);
- e estar litigando judicial ou administrativamente com o acusado ou com o cônjuge ou companheiro do acusado, desde antes da instauração do processo disciplinar.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:*

*I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;*

*II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;*

*III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.*

*Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato a autoridade competente, abstendo-se de atuar.*

*Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.*

Enquanto os incisos I e III, por razões distintas (o primeiro, por conter indesejável parcela de subjetividade e por não apresentar contornos definidos em hipótese de impedimento; e o terceiro, por ser de cristalina e inequívoca objetividade), não merecem aprofundamento, faz-se necessário abordar o inciso II do art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999, de forma mais detalhada, cautelosa e abrangente.

De imediato, é de se recomendar uma leitura mais extensiva do comando proibitivo, adotando postura conservadora na designação de integrantes da comissão (já que a designação de servidor impedido poderá acarretar alegação de nulidade). Embora, literalmente, a aplicação do inciso II do art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999, como estabelecedor de impedimento à participação de um servidor como integrante de comissão disciplinar, apenas não tolerasse a contaminação desta atuação com participação também como perito, testemunha ou representante (no sentido de procurador), também é de se considerar abarcado neste dispositivo limitador o representante, no sentido estrito da matéria correcional, qual seja, de denunciante. Divorcia-se do bom senso designar para integrar o trio condutor dos trabalhos justamente aquele que deu causa à notícia inicial, formulando a representação admitida em fase de admissibilidade. Na esteira, adotando-se conservadoramente um sentido ainda mais amplo para o conceito de representante (no sentido correcional do termo, de denunciante), também já foram mencionadas ao longo deste texto outras situações não recomendadoras da designação de determinado servidor. Em **2.5.3.2**, já se mencionou a impropriedade de se designar para integrar comissão o servidor integrante de comissão de sindicâncias investigativa ou patrimonial ou condutor de investigações preliminar ou patrimonial e que, em consequência de tais atuações, culminou em instruir fortemente a decisão da autoridade instauradora para instaurar a instância disciplinar. Em síntese, na já mencionada passagem do presente texto, defendeu-se a inadequação de vir a integrar o colegiado disciplinar o servidor que tenha angariado determinada convicção e tenha emitido algum grau de juízo de valor, além dos estritos indícios iniciais, ainda que preliminar, em rito meramente investigativo, unilateralmente, contrária ao representado ou denunciado e sem a participação dialética e contraditória deste. Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos e também manifestação jurisprudencial neste sentido.

*Orientação Coger nº 12*

*Servidor que tenha atuado na sede investigativa não pode instaurar o procedimento disciplinar subsequente, prorrogar o prazo ou designar ou reconduzir nova comissão processante e integrar a comissão.*

*TRF da 1ª Região, Apelação em Mandado de Segurança n.º 2005.34.00.004511-5: “Ementa: 2. A documentação colacionada aos autos realmente confirma a participação dos membros da comissão processante do processo administrativo disciplinar na fase policial da “Operação Zaquie”. Não obstante, da leitura atenta da Ata de Reunião da Comissão verifica-se que os membros da comissão não participaram de procedimentos investigatórios, resumindo-se sua atuação à identificação de documentos apreendidos pela Polícia Federal. Ademais, os membros da comissão processante não tiveram qualquer envolvimento com fatos imputados especificamente ao impetrante, motivo pelo qual não há falar em comprometimento da imparcialidade. 3. Por outro lado, conforme entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, a suposta participação de servidores componentes da comissão instituída no processo administrativo em refiscalizações de empresas, busca e apreensão e, ainda, em depoimentos prestados na justiça federal, não influem no aspecto da imparcialidade, não havendo falar-se em impedimento ou suspeição [STJ, MS 200602738890, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), Terceira Seção, DJ data:14/11/2007 pg: 00399].”*

Por outro lado, já se aduziu em **3.4.3** a viabilidade de, em princípio, desde que não manifestem convicção desprovida de isenção, poderem ser designados para a comissão de inquérito os mesmos integrantes condutores de sindicância disciplinar, que, após a regular dialética contraditória com o acusado, tenham achado por bem solicitar extensão dos poderes apuratórios à autoridade instauradora, conforme aceita a jurisprudência.

*TRF da 3ª Região, Apelação em Mandado de Segurança n.º 0002197-19.1998.4.03.6000: “Ementa: 2. A alegação de suspeição ou impedimento dos membros da comissão processante, por terem atuado em sindicância anterior, é obliterada se não comprovada a ocorrência das hipóteses previstas no § 2º do art. 149 e art. 150 da Lei n. 8.112/90, bem como no art. 18 e seguintes da Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (STJ, MS n. 13986, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 09.12.09, REsp n. 585156, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 02.10.08).*

*TRF da 5ª Região, Apelação Cível nº 385.720: “Ementa: 1. Alega o apelante que os membros da comissão processante do procedimento administrativo disciplinar seriam impedidos de exercer tal atribuição, ex vi do art. 18 da Lei 9.784, de 1999, motivo pelo qual o processo padeceria de nulidade. 2. O fato de os servidores integrantes da comissão processante do processo administrativo disciplinar terem atuado na sindicância que o antecedeu não os torna suspeitos ou impedidos, por não incidirem em nenhuma das hipóteses legalmente previstas de suspeição ou impedimento (art. 18 e 20 da Lei nº 9.437/1999 e art. 149, parágrafo 2º, da Lei nº 8.112/1990).”*

Neste mesmo rumo, embora não se demonstre conveniente, não se verifica, a rigor, vedação para que a autoridade instauradora designe como integrante de comissão disciplinar o servidor do grupo de assessoramento que apenas tenha relatado a fase prévia de admissibilidade e tenha proposto a instauração do procedimento disciplinar, decorrente de representação ou denúncia formulada por outra pessoa. Embora seja uma situação que se recomende evitar (para afastar de plano uma superável alegação de nulidade), esta participação como mero parecerista não se confunde com a de um investigador inquisitorial ou de um integrante de comissão investigativa, ainda podendo se coadunar com a isenta participação na posterior comissão disciplinar. A condição de parecerista em fase de admissibilidade é distinta da posição de um representante - este sim impedido de compor a comissão. Se este parecerista, tão somente com base em análises jurídicas, apenas tiver

relatado os fatos constantes da notícia inicial e tiver proposto instauração, sem ter emitido um juízo de valor que extrapole os meros indícios inicialmente coletados, não há impedimento em sua atuação na comissão (embora não recomendável, se outra solução for viável para a autoridade instauradora). O impedimento advém quando este servidor do grupo de assessoramento se confunde com o representante ou denunciante, ou seja, quando ele, diferentemente do fluxograma proposto em 2.5.3.1, além de assinar a peça final propositiva da instauração, antes disto, realizou diligências, investigou e angariou uma convicção pessoal a ponto de, na inexistência ou na incipiência de uma representação ou denúncia inicial, restou como um representante ou denunciante de fato.

Ademais, ainda sobre o mesmo inciso II do art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999, cabe esclarecer que a hipótese de impedimento, nos estritos termos legais, se limita à atuação de um agente (ou de seus parentes) no mesmo processo sob mais de uma função, conforme atestam a jurisprudência e a doutrina. Ou seja, a primeira leitura que se extrai do dispositivo legal é de que o impedimento não se aplica à hipótese de um agente (ou seus parentes) ter atuado em outro processo administrativo e menos ainda em processo judicial em que figura(ou) o mesmo servidor interessado (acusado). Em princípio, pode integrar a comissão disciplinar quem já atuou em outro processo administrativo ou judicial em que figura(ou) o mesmo servidor acusado.

Mais especificamente, segundo a manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 16, de 11 de setembro de 2017, sequer se cogita de impedimento ou de suspeição em razão de um servidor atuar em procedimento investigativo envolvendo um mesmo investigado em face do qual já tenha composto ou ainda componha comissão disciplinar em razão de fato distinto.

*Enunciado CGU/CCC nº 16, de 2017: “Imparcialidade de membro de comissão de procedimento correicional. A atuação de membro da comissão em outro procedimento correicional, em curso ou encerrado, a respeito de fato distinto envolvendo o mesmo acusado ou investigado, por si só, não compromete sua imparcialidade.”*

Todavia, nada impede que, à vista de peculiaridades de eventual caso concreto, em que a participação em outros autos tenha se marcado por fortes manifestações a favor ou contra o servidor acusado no processo em questão, possa se configurar uma contaminação na isenção do agente. Isto mais claramente pode acontecer com quem atuou a favor de determinado servidor como representante (no sentido procurador) à vista de uma posterior atuação em comissão designada em outro processo em que o mesmo servidor figura como acusado. Excepcionalmente, também pode ocorrer conflito entre uma primeira atuação como testemunha ou perito em determinado processo e uma posterior atuação em outro processo, ambos administrativos, de interesse do mesmo servidor, que mantenha alguma relação de pertinência ou de proximidade fática (fruto de desmembramento, por exemplo) com o primeiro processo.

*Mandado de Segurança nº 12.684: “Ementa: 9. Não está impedido de funcionar no processo administrativo o servidor que tenha participado, ou venha participar, de outro processo, na condição de testemunha, salvo quando o depoimento prestado carrega opinião ou prejulgamento sobre a conduta do indiciado, o que não ocorreu no caso concreto.”*

*“A Lei quer impedir que o agente funcione no processo assumindo mais de uma função, possibilitando a ocorrência de constrangimento em virtude de eventuais posições geradoras de manifestação de vontade antagônicas. De fato, se o indivíduo está em posições jurídicas diversas, não terá como evitar o desconforto de admitir duas soluções para a mesma questão. É isso que o legislador quer impedir.*

*A participação impeditiva pode dar-se quando o agente é perito; a razão é*

*óbvia: o perito exerce função eminentemente técnica e, portanto, deve situa-se distante de qualquer interesse. Assim, não é compatível que seja perito técnico e ao mesmo tempo encarregado de decidir a matéria do processo. O mesmo se dá quando desempenha o papel de testemunha: como a esta cabe relatar fatos de forma verídica, deve também estar longe das partes, e tal posição se incompatibiliza com a de autoridade incumbida do processo. Como representante, a incompatibilidade é indiscutível: a qualidade de representante implica, como é natural, a defesa dos interesses do representado. Se assim é, nenhuma isenção terá o agente da Administração se estiver ligado por vínculo de representação com o interessado.” José dos Santos Carvalho Filho, “Processo Administrativo Federal”, pg. 133, Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2005*

Nesta linha, é de se informar que a normatização infralegal, consubstanciada no parágrafo único do art. 21 da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, inseriu uma hipótese de impedimento que a, rigor, não se alinha aos limites do art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999, ao estabelecer como impedido o servidor que atue como perito ou como auxiliar do Poder Judiciário ou do Ministério Público em processo judicial referente aos mesmos fatos objeto de apuração disciplinar conduzida por comissão integrada por aquele agente.

Conforme se reiterará em **4.4.9.2**, de imediato, pode ocorrer (sobretudo em hipótese de transcurso simultâneo de instâncias administrativa e criminal, por exemplo) de o Poder Judiciário ou o Ministério Público ou qualquer outro órgão necessitar que algum servidor atue na instância judicial como perito ou auxiliar, em função de seus conhecimentos técnicos específicos. Caso, em primeiro momento, esta requisição seja apresentada diretamente ao próprio servidor que atua em atividades correcionais, de acordo com o *caput* do art. 21 da Portaria MF nº 492, de 2013, este deve comunicar o fato para a autoridade instauradora e para seu chefe imediato (caso estas autoridades sejam distintas, como na hipótese de servidor convocado), ainda que não integre comissão ou que a comissão por ele integrada conduza apurações sobre fatos distintos dos que originaram a designação como perito ou auxiliar. No foco mais específico do presente interesse, caso a requisição recaia sobre integrante de comissão que conduza apurações sobre os mesmos fatos que justificaram a designação como perito ou auxiliar, ao ter tomado conhecimento da demanda externa, seja por intermédio do próprio integrante requisitado, seja por ter recebido diretamente a requisição do Poder Judiciário ou do Ministério Público, cabe primeiramente à autoridade instauradora provocar a instância fiscal, com o fim de obter indicação de outro servidor estranho ao processo disciplinar a ser ofertado ao órgão requisitante para desempenhar a tarefa. Isto porque o parágrafo único do mesmo dispositivo normativo determina, como hipótese de impedimento, que o servidor seja imediatamente afastado da comissão que porventura integre e que conduza apurações acerca do mesmo fato objeto de sua designação como perito ou auxiliar, como se operasse a presunção de que a atuação como perito ou auxiliar contamina a isenção para continuar na comissão.

O comando encartado no parágrafo único do art. 21 da Portaria MF nº 492, de 2013, termina por esclarecer a motivação preventiva do *caput* daquele dispositivo, uma vez que, já sabendo previamente da designação de qualquer servidor como perito ou auxiliar, a autoridade instauradora já não o inclui em comissões. Obviamente, o dispositivo é válido e vigora no ordenamento interno, mas obriga-se a reconhecer que extrapola os limites do impedimento estabelecido no art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999, porque o texto legal restringe a crítica inafastável à isenção à hipótese de o servidor acumular mais de uma atuação no mesmo processo, mas não para processos distintos, como é o caso da hipótese regulamentada pela Portaria MF, já que a atuação em procedimento no âmbito do Ministério Público ou em processo no âmbito do Poder Judiciário passou a também impor vedação intransponível para atuação em outro feito, na instância disciplinar.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 21. O servidor que atue em atividades correcionais e que seja designado para atuar como perito ou auxiliar do Poder*

*Judiciário, do Ministério Público ou de qualquer outro órgão deverá comunicar tal fato à respectiva corregedoria e ao titular do órgão ou da unidade de lotação, independentemente de qualquer ato nesse sentido praticado pela autoridade que o designou.*

*Parágrafo único. O servidor que for designado para atuar como perito, nas situações previstas no caput deste artigo, será afastado imediatamente das atividades da comissão de sindicância ou de processo disciplinar que trate dos mesmos fatos objeto da perícia.*

De se acrescentar que a normatização infralegal ratifica a obrigatoriedade de o servidor convocado manifestar-se, de forma motivada, para a autoridade instauradora caso constate ser impedido de atuar na comissão para a qual foi designado - não obstante a literalidade do parágrafo único do art. 12 da Portaria MF nº 492, de 2013, mencionar a obrigação apenas para o servidor convocado (que faz supor se referir apenas aos servidores lotados em unidades estranhas ao sistema correccional), a melhor interpretação indica o caráter extensivo, de também obrigar eventuais servidores lotados na Coger ou no Escor e que se vislumbrem impedidos de atuar. Tal manifestação, por si só, não possui o condão de desde já excluir o servidor da comissão, pois carece de exame e decisão da parte da autoridade instauradora, ainda que sob viés estritamente objetivo.

*Portaria MF nº 492, de 2013. Art. 12.*

*Parágrafo único. O servidor convocado que constatar a existência de impedimento legal ou motivo de força maior que impeça sua participação no procedimento correccional deverá encaminhar exposição circunstanciada à autoridade instauradora, para fins de exame e decisão.*

Já a suspeição deriva de uma situação subjetiva e gera uma presunção relativa de incapacidade. Ao contrário do impedimento, não há obrigatoriedade de sua manifestação à autoridade instauradora. Assim, o vício fica sanado se não for arguído pelo acusado ou pelo próprio membro suspeito, conforme assenta a jurisprudência. Além disto, ainda que configurada uma das hipóteses de suspeição, há possibilidade de refutação pelo próprio suspeito ou pela autoridade instauradora, visto que as alegações de suspeição apresentadas pelo próprio membro da comissão são apreciadas pela autoridade instauradora e as apresentadas pelo acusado, representante ou denunciante são avaliadas pelo membro da comissão e remetidas à autoridade instauradora. Uma vez que a Lei nº 8.112, de 1990, não tratou de suspeição, cabe aplicação subsidiária do art. 20 da Lei nº 9.784, de 1999. Assim, pode ser apontada como principal causa de suspeição de integrante de comissão (independentemente de ser lotado no Escor ou na Coger ou de ser convocado de unidade estranha ao sistema correccional), com relação tanto ao acusado quanto ao representante ou denunciante: ter com eles, ou com seus cônjuges, parentes ou afins de até o terceiro grau, relação de amizade íntima ou de inimizade notória.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.*

*Art. 21. O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo.*

*STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.613: “Ementa: 2. Nas hipóteses de suspeição há presunção relativa de parcialidade, sujeita à preclusão. Se o interessado deixa de arguí-la na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos (art. 138, § 1º do CPC), convalida-se o vício, tendo-se por imparcial o magistrado.”*

Releva destacar que a Lei qualificou como íntima a amizade e notória a inimizade, de forma que, em regra, simples relação de coleguismo, ou sua ausência, decorrente do contato profissional cotidiano, não configura a vinculação qualificada prevista como suspeita. A amizade íntima pressupõe relacionamento além dos limites laborais, com visitas familiares,

lazer conjunto e ligação afetiva de companheirismo e preocupação pessoal. Por outro lado, a inimizade notória também requer um conflito que ultrapasse mera relação de baixa empatia ou mesmo de antipatia, de conhecimento geral pelo menos dentro do ambiente da repartição. A doutrina também tenta balizar estes conceitos subjetivos.

*“(...) Normalmente, consideramos como amizade íntima aquela que é notoriamente conhecida por todos ou por grande número de pessoas, em virtude de permanente contato, de frequência conjunta aos lugares e, enfim, de aproximação recíproca entre duas pessoas com ostensividade social. Fora daí, não há razão para suspeitar da autoridade. Fatos como eventual almoço conjunto, ou encontro em cerimônia, ou trabalho em locais próximos, não caracterizam por si amizade íntima (...).*

*(...) A notoriedade que qualifica a inimizade é aquela que estampa uma divergência por todos conhecida, podendo ser notada de forma clara e por todas as pessoas que conhecem os inimigos. Cuide-se, pois, de inimizade que tem repercussão social. (...). Mal-entendidos, divergências eventuais, posições técnicas diversas, antipatia natural, nada disso se incluirá como fundamento de suspeição. Para esta, é necessário que haja reconhecido abismo ou profundo ódio entre os indivíduos, de modo a considerar-se suspeita a atuação da autoridade.” José dos Santos Carvalho Filho, “Processo Administrativo Federal”, pgs. 138 e 139, Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2005*

Além das hipóteses expressas em *numerus clausus* nos dois textos legais acima mencionados, para vinculada manifestação de impedimento ou suspeição, informa-se a existência de entendimento jurisprudencial, que ora pode ser tomado como recomendação de situação a ser evitada, no sentido de ser impedido a integrar comissão processante servidor que esteja respondendo a processo disciplinar ou criminal ou que já tenha sido punido ou condenado naquelas instâncias.

*STF, Mandado de Segurança nº 23.343, Voto: “(...) Incensurável, a meu ver, o parecer no nobre órgão do Ministério Público Federal, ao arguir a nulidade decorrente do impedimento do servidor que presidiu a Comissão de Sindicância, enquanto respondia, ele próprio, a processo disciplinar.*

*Cita, nesse ponto, a bem lançada petição inicial, Circular da Presidência da República, de 10 de outubro de 1966, assinada pelo saudoso Professor Luiz Navarro de Brito, então Chefe do Gabinete Civil, expedindo recomendação aos dirigentes de órgãos da Administração Federal, no sentido de que não venham a ser designados, na constituição das comissões de inquérito, funcionários que estejam respondendo a inquéritos administrativos ou criminais (Circ. Nº 10-66, D.O. 17-10-66, pg. 11.989).”*

*(Nota: A mencionada Circular recomendava que “não podem integrar comissões de processo disciplinar os servidores que: a) tenham sido condenados em processo penal; b) tenham sofrido punição disciplinar; c) estejam respondendo a processos criminais; d) estejam envolvidos em processo administrativo disciplinar”.)*

Em sentido oposto, mencione-se que o fato de um servidor ter atuado em uma comissão em face de determinado acusado (e mesmo de ter proposto aplicação de pena expulsiva) não configura impedimento ou suspeição para integrar outra comissão em face do mesmo acusado. Não obstante, se possível, recomenda-se não incorrer nesta situação, com o fim de evitar o possível enfrentamento da alegação de contaminação de isenção, conforme já se manifestou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), por meio do seu Parecer PGFN/Cojed nº 1514/2010, e a jurisprudência.

*PGFN/COJED n. 1514/2010: “34. Por sua vez, o acusado (...) atacou a suposta parcialidade do Presidente da Comissão Processante, especialmente por este integrar outra Comissão contra o mesmo servidor, por motivo de suposto abandono de cargo. Não prospera essa alegação, pois ela não se enquadra em nenhuma das hipóteses de suspeição ou impedimento previstos na legislação*

*aplicável a esses casos (CPP e CPC). A alegação do indiciado tornaria impossível, analogamente, um juiz julgar um mesmo Réu por crimes distintos, pois, nesse caso, também teria que se dizer que o juiz estaria suspeito ou seria parcial.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 15.837: Voto “(...) O fato de o Sr. (...) ter participado de anterior comissão que investigou o abandono de cargo não traduz vício a ensejar a anulação do ato demissório ou do próprio processo administrativo disciplinar, pois as Leis 8.112/90 e 9.784/99 não impedem a convocação do servidor que já figurou como julgador para que faça parte de outra comissão contra o mesmo investigado (...).”*

*(Nota: Embora o julgado mencione a participação como “julgador”, a leitura na íntegra esclarece que a participação anterior havia sido como integrante de comissão.)*

*STJ, Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 154633: “Ementa: Não foi demonstrado interesse direto ou indireto de membro de Comissão Processante no deslinde do PAD. Respeitados os aspectos processuais em relação ao impedimento e suspeição, não há prejuízo na convocação de servidores que tenham integrado anteriormente uma primeira Comissão Processante cujo relatório conclusivo fora anulado por cerceamento de defesa.”*

*“STJ, Mandado de Segurança nº 18.887: “Ementa: Participação de membro de comissão disciplinar na apuração de fatos que resultaram na pena de suspensão do servidor. Ausência de impedimento daquele membro para integrar nova comissão disciplinar em processo que resultou na demissão do servidor em razão de outros fatos.”*

É de se destacar que, como a participação de agentes envolvidos de pessoalidade contra o acusado pode suscitar alegação de nulidade, repercute aqui neste tema de impedimentos e suspeições a ressalva que se apresentará em **4.12.1**, acerca da inaplicabilidade da arguição de nulidade em benefício de quem lhe tenha dado causa, nos termos expostos pelo art. 565 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal - CPP (pode-se mencionar, por exemplo, a aferição de litígios administrativo ou judicial, nos termos do inciso III do art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999).

*CPP - Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade relativa a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.*

O tema das pré-condições para servidor integrar comissão processante também já mencionado em **4.2.4.3**, onde se interpretaram as manifestações da Advocacia-Geral da União (AGU), nos seus Pareceres AGU nº GQ-12 e nº GQ-35, e em **3.4.3**, com a análise da participação de integrantes de comissão sindicância disciplinar na comissão de inquérito do processo administrativo disciplinar (PAD) consequente, sendo de se remeter a tais leituras.

Uma vez que as Leis nº 8.112, de 1990, e nº 9.784, de 1999, mencionam relações de parentesco, convém aqui expor como a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC) as define. Juridicamente, o parentesco reflete as diferentes formas de ligação entre pessoas, decorrentes de fato natural (consanguinidade) ou de fato da vida civil (casamento, união estável e adoção), conforme o art. 1.593 do CC. Daí, quanto à espécie, o parentesco pode ser:

- consanguíneo: vínculo que une pessoas descendentes umas das outras, proveniente do nascimento (exemplo: pai, mãe, irmãos, avôs, bisavôs, filhos, netos, bisnetos, tios, sobrinhos e primos);
- por afinidade: é a relação social que une uma pessoa aos parentes consanguíneos do seu cônjuge ou companheiro, no mesmo grau em que este está a eles associado, limitado aos ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge (exemplos: sogro, sogra, genro, nora e

cunhado), conforme o *caput* e o § 1º do art. 1.595 do CC;

- civil: vínculo pessoal que surge entre pais adotantes e adotado, e somente entre eles.

O parentesco entre duas pessoas é contado em graus, sobre as linhas que as unem, que podem ser reta ou colateral (ou transversal).

- parentes em linha reta: as pessoas descendem uma das outras (exemplo: bisavós, avós, pais, filhos, netos, bisnetos, da própria pessoa ou de seu cônjuge ou companheiro), conforme o art. 1.591 do CC;
- parentes em linha colateral: as pessoas não descendem uma das outras, mas possuem um tronco ancestral comum, limitadamente até o quarto grau (exemplos: irmãos, tios, sobrinhos e primos, da própria pessoa ou de seu cônjuge ou companheiro), conforme o art. 1.592 do CC.

*CC - Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.*

*Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.*

*Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.*

*Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.*

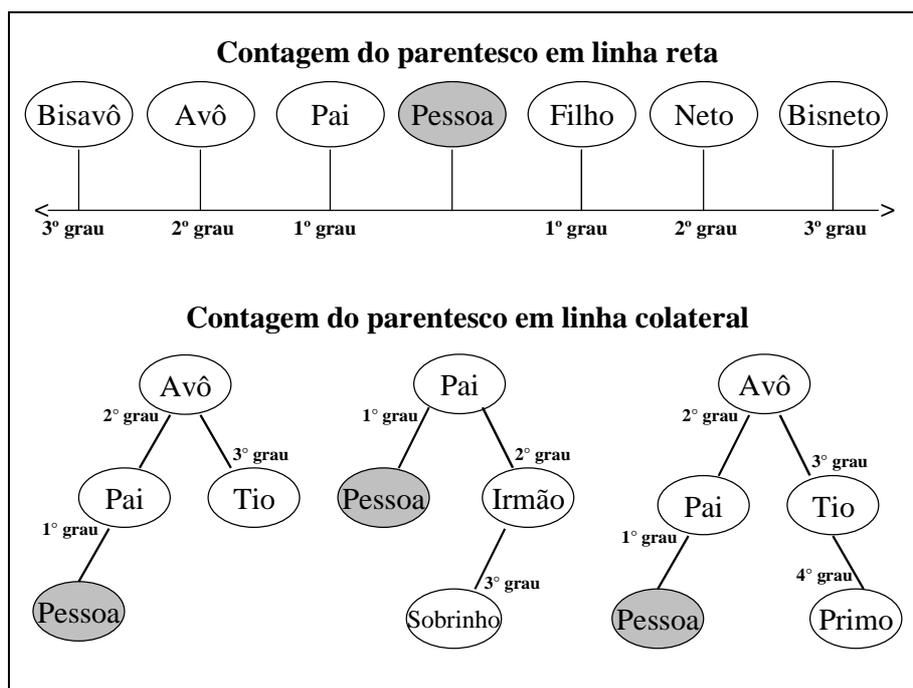
*Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.*

*§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.*

*§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.*

Nos parentes em linha reta, como o próprio nome indica, o grau de parentesco é linearmente contado pelo número de gerações que separa duas pessoas. Nos parentes em linha colateral, conta-se o grau de parentesco subindo-se até o ascendente comum às duas pessoas e depois descendo até o outro parente, conforme o art. 1.594 do CC.

A gravura a seguir esquematiza o que acima foi exposto.



O parentesco por afinidade em linha reta, como sogro, sogra, genro e nora, não se

extingue com a dissolução do casamento ou da união estável, ao contrário do parentesco por afinidade em linha colateral, como cunhado, conforme o § 2º do art. 1.595 do CC.

E os fluxogramas acima se desdobram em tantos outros para a mesma pessoa, tomados de forma absolutamente similar com os parentes consanguíneos em linha reta e em linha colateral do cônjuge ou companheiro desta pessoa em relação à qual se verifica o impedimento, trazendo à tona seus sogros e cunhados, além de bisavôs, avôs, tios e sobrinhos do cônjuge, definindo então idênticas relações impeditivas por afinidade.

O cônjuge da pessoa em relação à qual se verifica o impedimento, por óbvio, integra as relações interpessoais violadoras da imparcialidade, sendo impedido de atuar; todavia, percebe-se que o CC não o inclui como parente, uma vez que a relação é outra, não de parentesco, mas sim de união conjugal. E este tratamento, isonomicamente, é estendido ao companheiro de união estável.

Sintetizando então o que foi abordado acima, uma vez que as normas de regência para matéria disciplinar em geral reportam-se a parentesco até terceiro grau, incluem-se em tais dispositivos:

- bisavôs, avôs, pai, mãe, filhos, netos e bisnetos da própria pessoa em relação à qual se verifica o impedimento, como seus parentes consanguíneos em linha reta;
- irmãos, tios e sobrinhos desta mesma pessoa, como seus parentes consanguíneos em linha colateral (primos se excluem, por serem de quarto grau);

e os mesmos parentes em relação ao cônjuge ou companheiro:

- bisavôs, avôs, pai e mãe (sogro e sogra) do cônjuge ou companheiro da pessoa em relação à qual se verifica o impedimento, como seus parentes por afinidade em linha reta (normalmente, os descendentes do cônjuge são os mesmos já computados acima para a própria pessoa: filhos, netos e bisnetos);
- irmãos (cunhados), tios e sobrinhos do cônjuge ou companheiro desta mesma pessoa, como seus parentes por afinidade em linha colateral.

Apresentadas as hipóteses materiais de incidentes de impedimento e de suspensão dos integrantes de comissão, quanto à sua instrumentalidade, é de se dizer que, como as Leis nº 8.112, de 1990, e nº 9.784, de 1999, não abordaram o tema, a solução se reporta aos arts. 97 a 101, 105, 111 e 112 do CPP.

Se o próprio integrante da comissão, espontaneamente, demonstra, de forma objetiva, ser impedido ou se manifesta suspeito em face do acusado, apenas cabe à autoridade instauradora, diante da prova irrefutável do impedimento ou da alegação pertinente da suspeição, substituí-lo no colegiado, em analogia com o art. 97 do CPP.

Se o tema vem à tona por provocação da defesa, não se prescinde da manifestação do integrante, de forma que, mesmo se a defesa houver interposto o incidente junto à autoridade instauradora, é necessário que esta, antes de decidir, remeta a provocação ao colegiado; e aí cabem duas possibilidades. Por um lado, se o integrante da comissão acata a tese de ser impedido ou suspeito, novamente, mediante a prova irrefutável do impedimento ou a alegação pertinente da suspeição, apenas cabe à autoridade instauradora substituí-lo no colegiado, em analogia com os arts. 98 e 99 do CPP. Mas, por outro lado, se o integrante da comissão não acata a tese de ser impedido ou suspeito, deve o incidente ser protocolizado em autos apartados, a ser instruído com a peça inicial da parte e com a manifestação do integrante, e em seguida remetido à autoridade instauradora, para sua decisão de manter ou de substituir o integrante, em analogia com o *caput* do art. 100 do CPP.

Em qualquer hipótese de alegação de impedimento ou de suspensão, seja espontaneamente pelo próprio integrante da comissão, seja pela defesa, deve o incidente ser levado à decisão da autoridade instauradora, que é quem detém competência para designar e

alterar o colegiado, coletando-se manifestação circunstanciada daquele membro cuja isenção se questiona. À luz dos arts. 111 e 112 do CPP, os questionamentos de impedimento e de suspeição são incidentais e não suspendem o andamento do processo principal enquanto são analisados (a despeito de o inciso III do art. 313 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil - CPC prever a suspensão, elege-se como primeira fonte de integração a processualística penal, em razão da maior afinidade). Mas, por outro lado, uma vez decidido pela ocorrência de impedimento ou de suspeição de determinado membro do colegiado, os atos de cuja feitura ele participou são declarados nulos e devem ser refeitos.

*CPP - Art. 97. O juiz que espontaneamente afirmar suspeição deverá fazê-lo por escrito, declarando o motivo legal, e remeterá imediatamente o processo ao seu substituto, intimadas as partes.*

*Art. 98. Quando qualquer das partes pretender recusar o juiz, deverá fazê-lo em petição assinada por ela própria ou por procurador com poderes especiais, aduzindo as suas razões acompanhadas de prova documental ou do rol de testemunhas.*

*Art. 99. Se reconhecer a suspeição, o juiz sustará a marcha do processo, mandará juntar aos autos a petição do recusante com os documentos que a instruem, e por despacho se declarará suspeito, ordenando a remessa dos autos ao substituto.*

*Art. 100. Não aceitando a suspeição, o juiz mandará autuar em apartado a petição, dará sua resposta dentro em três dias, podendo instruí-la e oferecer testemunhas, e, em seguida, determinará sejam os autos da exceção remetidos, dentro em vinte e quatro horas, ao juiz ou tribunal a quem competir o julgamento.*

*Art. 101. Julgada procedente a suspeição, ficarão nulos os atos do processo principal, pagando o juiz as custas, no caso de erro inescusável; rejeitada, evidenciando-se a malícia do excipiente, a este será imposta a multa de duzentos mil-réis a dois contos de réis.*

*Art. 111. As exceções serão processadas em autos apartados e não suspenderão, em regra, o andamento da ação penal.*

*Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser argüido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.*

## **4.2.7 - Prerrogativas dos Integrantes da Comissão**

### **4.2.7.1 - Progressão Funcional e Promoção**

Os servidores designados para integrar comissão de sindicância disciplinar ou comissão inquérito, da mesma forma que aqueles que são lotados e que têm exercício na Corregedoria (Coger) ou em Escritório de Corregedoria (Escor), conforme já se expôs em **2.2.1.3**, independentemente de integrarem ou não a Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), fazem jus à avaliação máxima para fins de desenvolvimento na respectiva carreira, conforme o art. 4º do Decreto nº 2.331, de 1997, e os arts. 6º e 7º e o *caput* do art. 18, ambos do Decreto nº 84.669, de 29 de abril de 1980. Independentemente de ter havido mudanças ao longo do tempo na periodicidade e na regra de avaliação do desempenho individual para fim do desenvolvimento na carreira, o que importa aqui registrar é que a leitura conjunta dos citados dispositivos indica que o servidor integrante de comissão disciplinar e que não é lotado no sistema correcional conta com o incentivo de ter a avaliação no patamar máximo vigente. Para fim de tomar a definição legal vigente, embora o incentivo em tela se aplique a qualquer servidor integrante de comissão, independentemente da carreira

em que se situa seu cargo, traz-se à tona a conceituação adotada pela Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, voltada para a Carreira específica, cujo *caput* e § 1º do seu art. 4º definem progressão funcional como a passagem para o padrão remuneratório imediatamente superior dentro da mesma classe e promoção como a passagem do último padrão de uma classe para o primeiro padrão da classe imediatamente superior. Não obstante, para a correta compreensão do tema, tendo em vista que a norma vigente se reporta ao Decreto nº 84.669, de 1980, é necessário resgatar que esta norma empregava diferente terminologia, harmonizando-se a atual progressão funcional com que se denominava de progressão horizontal e a atual promoção com o que se denominava progressão vertical.

*Lei nº 10.593, de 2002 - Art. 4º O desenvolvimento do servidor nas carreiras de que trata esta Lei ocorrerá mediante progressão funcional e promoção.*

*§ 1º Para os fins desta Lei, progressão funcional é a passagem do servidor para o padrão de vencimento imediatamente superior dentro de uma mesma classe, e promoção, a passagem do servidor do último padrão de uma classe para o primeiro da classe imediatamente superior.*

*Decreto nº 2.331, de 1997 - Art. 4º Aplica-se o disposto no caput do art. 18 do Decreto nº 84.669, de 29 de abril de 1980, aos servidores em exercício na Corregedoria-Geral e nos seus Escritórios e aos designados para integrar comissão de processo administrativo disciplinar de que trata o art. 149 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no interstício em que ocorrer a designação.*

*Decreto nº 84.669, de 1980 - Art 6º O interstício para a progressão horizontal será de 12 (doze) meses, para os avaliados com o Conceito 1, e de 18 (dezoito) meses, para os avaliados com o Conceito 2.*

*Art. 7º Para efeito de progressão vertical, o interstício será de 12 (doze) meses.*

*Art 18. Independentemente de avaliação, será atribuído o Conceito 1 aos servidores:*

#### **4.2.8 - Prazos Legais para Conclusão do Processo Disciplinar**

Embora a instrumentalidade do processo disciplinar tenha previsão normativa em texto de lei, a saber, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cabe introduzir o tema atinente a prazo processual tomando por ponto de partida a Constituição Federal (CF), pois é certo que um mandamento constitucional, ainda que porventura cronologicamente posterior à base legal, paira acima desta e passa a servir de supedâneo para todo o disciplinamento inferior.

Isto posto, tem-se que o inciso LXXVIII do art. 5º da CF, incluído pela Emenda Constitucional (EC) nº 45, de 8 de dezembro de 2004, passou a prever, como direito e garantia fundamentais individuais, a duração razoável e a celeridade do processo, tanto em via judicial quanto administrativa. Este dispositivo constitucional recepciona a legislação infraconstitucional já existente, de forma que, ao mesmo tempo em que faz por ele irradiar o mandamento, o faz sem alterar as disposições referentes a prazo constantes da Lei nº 8.112, de 1990.

*CF - Art. 5º*

*LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela EC nº 45, de 2004)*

De fato, é imperioso que a Administração, seja por parte das autoridades instauradora e julgadora, seja sobretudo por parte da comissão, deve dedicar severa atenção à celeridade processual. Não raro, o prolongamento da duração do processo disciplinar acarreta diversos efeitos indesejáveis. A credibilidade do sistema correcional; a efetividade da eventual punição; o efeito didático-preventivo que se irradia na unidade e no órgão com a pronta atuação correcional; o grau de tolerância não só do acusado com a comissão mas até mesmo

entre os membros; a satisfação social de empregar recursos e esforços a fim de impedir a prescrição da punibilidade, de provocar de forma tempestiva a instância penal e de obter a mais célere reparação civil; e os indicadores gerenciais de eficiência e de produtividade, todos estes indicadores, enfim, dentre outros, em lista apenas exemplificativa, são igualmente atingidos e prejudicados pela demora em suprir uma resposta à provocação que deu entrada na corregedoria.

A longa demora na conclusão dos processos disciplinares acarreta ainda um grande desconforto na unidade de ocorrência dos fatos e/ou de lotação ou de exercício do acusado, pois não raro este servidor e os administradores locais ficam em situação constrangedora acerca da continuação do uso e da alocação de sua força de trabalho, agravada pelo prejuízo aos cofres públicos com a manutenção da remuneração a servidor passível de pena expulsiva. O prolongamento excessivo da fase de inquérito administrativo gera efeitos em cadeia em todo sistema correcional, desequilibrando a distribuição de mão de obra, com repercussões nas fases de admissibilidade e de julgamento. A postergação da condição de acusado acarreta a vedação da aposentadoria voluntária, da exoneração a pedido, da remoção e de outros direitos legais, o que frequentemente leva o servidor a postular judicialmente contra a demora processual, com risco de o sistema correcional ter de enfrentar provimentos judiciais.

Ainda que se reconheçam as lacunas infraestruturais e logísticas que atingem a Administração e as frequentes estratégias adotadas pelas próprias defesas para impedirem o processamento, impõe-se à autoridade instauradora otimizar seus recursos humanos e distribuir seu pessoal de acordo com o melhor perfil profissional de cada subordinado, a fim de propiciar a mais pronta distribuição das ocorrências a suas equipes de investigação ou a seu grupo de assessoramento e de possibilitar um razoável planejamento na entrega de processos disciplinares a seus trios processantes, bem como incumbe-lhe exigir e cobrar dedicação e comprometimento a todo seu pessoal subordinado - e sem perder de vista a possibilidade de provocar o Corregedor a transferir a competência para outra jurisdição. Dos integrantes de equipes investigativas exige-se que aprofundem com o grau mais exaustivo possível os trabalhos de investigação, a fim de esgotar as buscas fáticas. Aos integrantes das comissões, por sua vez, cabe prever, de forma racional e enxuta, a condução dos trabalhos, visando a conciliar a conclusão satisfatoriamente segura com o menor prazo de duração e mediante a realização de atos de instrução essenciais e indispensáveis, sempre ao amparo de ferramentas tecnológicas ao dispor e juridicamente aceitas, evitando a dispersão do foco apuratório e a divergência interna. Cabe também às comissões, que sabidamente acumulam a condução simultânea de diversos processos disciplinares, harmonizar e conciliar a necessária dedicação e dividir o tempo entre todos os feitos e distribuir tarefas entre os três integrantes, evitando priorizar um em detrimento de outro. E não é menor a responsabilidade a cargo da autoridade competente para julgar, a quem incumbe a mais célere decisão, como desenlace e concretização final de todos os esforços. E, em uma visão mais sistêmica da questão, deve a Corregedoria (Coger), por meio de suas Divisões técnicas, em conjunto com as chefias dos Escritórios de Corregedoria (Escor) exercer as suas atribuições típicas de unidade central (coordenação, supervisão, controle e acompanhamento) com vista a otimizar os trabalhos de execução, uniformizando entendimentos e padronizando procedimentos, estimulando o uso da manualização e da consulta na base de dados acerca de casos pretéritos.

No **Anexo II** consolidam-se as diversas passagens ao longo do presente texto em que se abordam ou se contrapõem aspectos atinentes à qualidade do trabalho correcional e à celeridade processual, condensando-se as iniciativas e estratégias com vistas a harmonizar estes dois parâmetros não inconciliáveis.

Não obstante tudo o que acima foi exposto, também não se perde o senso de realidade para se asseverar que, na maioria das vezes, a extrapolação de prazo decorre de estratégias e de estratagemas de postergação e de engessamento dos trabalhos apuratórios pela própria defesa, desinteressada no cristalino esclarecimento fático. É de se ponderar o ônus que se impõe de ofício sobre a Administração, para conduzir com celeridade e com eficiência o

processo com a responsabilidade crítica que recai sobre a defesa que passa a adotar a deslealdade processual como linha de atuação. Aqui se opera o princípio geral de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza, refletindo-se o comando do art. 565 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), também adotado administrativamente pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), em seu Parecer PGFN/Cojed nº 295/2017.

*CPP - Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade relativa a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.*

*Parecer PGFN/Cojed nº 295/2017: “24. Em decorrência das manobras realizadas pelo acusado, temos, então, a aplicação da teoria da ‘Venire contra Factum Proprium’ que proíbe comportamentos contraditórios. Segundo Flávio Tartuce, que milita no Direito Civil, ‘Pela máxima venire contra factum proprium non potest, determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade, decorrentes da boa-fé objetiva’.*

*25. Em termos mais claros, trata-se da proibição de se beneficiar de atos de incoerência. Ora, se foi o próprio acusado que efetuou manobras para não ser notificado do Processo Administrativo Disciplinar e de seus atos, bem como tirou sucessivas licenças que dificultaram a conclusão do processo, não cabe alegação de excesso de prazo. Desse modo, não houve transgressão ao princípio da boa-fé; se isso ocorreu, foi por parte do acusado.”*

#### **4.2.8.1 - Prazos Originários das Espécies de Processo Disciplinar e sua Forma de Contagem**

Em patamar infraconstitucional, como regra geral, extraída do art. 238 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a contagem de prazos processuais é feita em dias corridos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento, este último ocorrendo sempre em dia útil.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 238. Os prazos previstos nesta Lei serão contados em dias corridos, excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o do vencimento, ficando prorrogado, para o primeiro dia útil seguinte, o prazo vencido em dia em que não haja expediente.*

O prazo originário máximo de conclusão de sindicância disciplinar é de até trinta dias corridos, enquanto do processo administrativo disciplinar (PAD) é de até sessenta dias corridos, ambos contados da data de publicação da portaria, que se dá no boletim de serviço (ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora (que, no caso, é o Boletim de Serviço da Secretaria da Receita Federal do Brasil - BS RFB).

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 145.*

*Parágrafo único. O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior.*

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

Conforme já exposto em **4.2.2.1.1**, a autoridade instauradora deve fazer constar da portaria de instauração o prazo concedido à comissão; em regra, consigna-se o prazo máximo, de sessenta ou de trinta dias para PAD ou sindicância disciplinar, mas nada impede que, a critério da autoridade instauradora, seja concedido um prazo menor (o que, na prática, não é empregado ou sequer recomendado). Caso a portaria instauradora não expresse o prazo,

convenciona-se adotar aqueles prazos máximos que a Lei estabelece, conforme também entende a doutrina.

*“Geralmente se concede o prazo máximo previsto na lei - 60 dias para o PAD e 30 dias para a sindicância -, mas se isto não for feito considera-se que o prazo é o máximo da lei.*

*(...) nada impede que a comissão conclua os trabalhos antes do prazo fixado na Portaria.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 84, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

O *caput* do art. 152 da Lei nº 8.112, de 1990, estabelece de forma expressa que, no caso específico da contagem do prazo de conclusão de PAD, seu início se dá na data de publicação da portaria de instauração (fato estendido à sindicância disciplinar por analogia, diante do silêncio da Lei).

E, desta regra, duas interpretações em geral podem figurar como possíveis, desdobrando-se até uma terceira interpretação mencionável no caso específico de a publicação da portaria se dar em uma sexta-feira - ressalte-se que, embora atualmente isto já não mais seja a regra, vez que o BS RFB é diário, já o foi, ao tempo dos boletins regionais, que eram publicados apenas à sextas-feiras.

No caso geral, independentemente do dia da semana em que é feita a publicação, a primeira hipótese interpretativa a se mencionar é a de que o *caput* do art. 152 da Lei nº 8.112, de 1990, seria uma especificidade a se sobrepor à regra geral do art. 238 da mesma Lei, impondo que o primeiro dia de contagem seja considerado já no próprio dia da publicação da portaria, seja ele qual for, de segunda-feira à sexta-feira. Em oposição, é bastante plausível que o citado *caput* do art. 152 deva ser lido de acordo com a regra geral, contando como primeiro dia o dia seguinte ao da publicação (inclusive sábado no caso de publicação na sexta-feira, já que a Lei não excluiu o início em dia não útil, mas sim apenas o vencimento). Por fim, apenas para o caso específico de a publicação se dar em uma sexta-feira, ainda se poderia se interpretar que o início efetivo da contagem se postergaria para a segunda-feira subsequente (primeiro dia útil após a publicação), estendendo para a instância administrativa disciplinar a regra do § 2º do art. 184 da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC).

Sendo as três formas defensáveis, de imediato, destaca-se que, mesmo tendo o marco inicial caído em uma sexta-feira, a regra advinda da lei processual civil, que apontaria como primeiro dia da contagem a segunda-feira subsequente, além de não constar de forma expressa da Lei nº 8.112, de 1990, e nem mesmo da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, implicaria em adotar justamente a contagem mais favorável à Administração, quando, na verdade, o CPC a dispõe para prazo de interesse da parte, a fim de cumprir determinada intimação. Assim, por apego aos princípios reitores de instância punitiva, descarta-se de imediato esta interpretação desfavorável à defesa.

Nesta linha, como mera recomendação e tão somente por eleger, dentre as duas hipóteses juridicamente aceitáveis aquela mais benéfica à defesa, convém optar pela contagem mais cautelosa, a se iniciar a contagem do prazo originário de conclusão do processo disciplinar efetivamente já a partir do dia em si da publicação da portaria, independentemente de qual dia da semana for (e isto se coaduna mesmo se a publicação se der em uma sexta-feira, a despeito de não se considerar contrário à Lei iniciar a contagem no sábado). Ou seja, recomenda-se a adoção da interpretação de que o *caput* do art. 152 prevalece como uma regra específica para o processo disciplinar em detrimento da regra geral do art. 238, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, que postergaria em um dia útil (ou mesmo não útil) o efetivo início da contagem do prazo processual. Ressalte-se que, a rigor, a repercussão do dia inicial de contagem do prazo de conclusão se dá somente no cômputo da prescrição.

A partir daí, computam-se até trinta dias em caso de sindicância disciplinar e até sessenta dias em caso de PAD, prorrogáveis em ambos os casos por períodos iguais aos

originariamente concedidos.

Se, excepcionalmente, não for possível para a comissão dar início imediato aos trabalhos, o presidente deve comunicar o fato e os motivos à autoridade instauradora, sem prejuízo da manutenção do prazo legal para conclusão dos mesmos e sem que isto importe em nulidade. Em regra, autoriza-se o início dos trabalhos a partir da data de publicação da portaria inaugural. Todavia, caso se queira adotar uma postura bastante cautelosa e conservadora, diante da possibilidade, acima descrita e plenamente aceitável, de se interpretar que o prazo de conclusão poderia ter iniciada a contagem a partir do dia seguinte, pode-se recomendar que os trabalhos somente sejam iniciados no dia útil consecutivo ao dia da publicação da portaria. Trata-se de mera recomendação, não positivada em norma, cuja inobservância não traria prejuízos nem à defesa e, portanto, não inquinaria de nulidade o processo.

Convém que o presidente comunique à autoridade instauradora a ocorrência de suspensão dos trabalhos da comissão, destacando-se que, com exceção de ordem judicial, razões tais como licença médica do acusado, falta de recursos financeiros para diárias e deslocamentos ou qualquer outro motivo que impeça a realização de atos instrucionais, aguardo de laudos periciais ou técnicos, dentre outros, não têm o condão de suspender o prazo prescricional.

#### **4.2.8.2 - Prorrogação do Prazo para Conclusão dos Trabalhos da Comissão**

Caso os prazos originariamente concedidos, de trinta ou de sessenta dias, não sejam suficientes para a conclusão do inquérito administrativo respectivamente em sindicância disciplinar ou em processo administrativo disciplinar (PAD), a própria Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, nos mesmos parágrafo único do art. 145 e *caput* do art. 152, expressamente admite as suas prorrogações, por idênticos períodos.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 145.*

*Parágrafo único. O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior.*

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

Assim, se perto de esgotar o prazo originário, a comissão percebe que não conseguirá encerrar os trabalhos de apuração, deve comunicar o fato à autoridade instauradora e solicitar a prorrogação do prazo.

Esta solicitação à autoridade instauradora pode ser encaminhada por meio de memorando (preferencialmente em via virtual, por meio de correio eletrônico institucional, nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002), contendo breve justificativa (descrição da fase em que se encontra o processo, do que já foi feito, do que está pendente de se fazer e dos deslocamentos previstos, se for o caso), nos termos do art. 9º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, e do art. 13 da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, que dispõem sobre a apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Fazenda (MF) como um todo e especificamente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

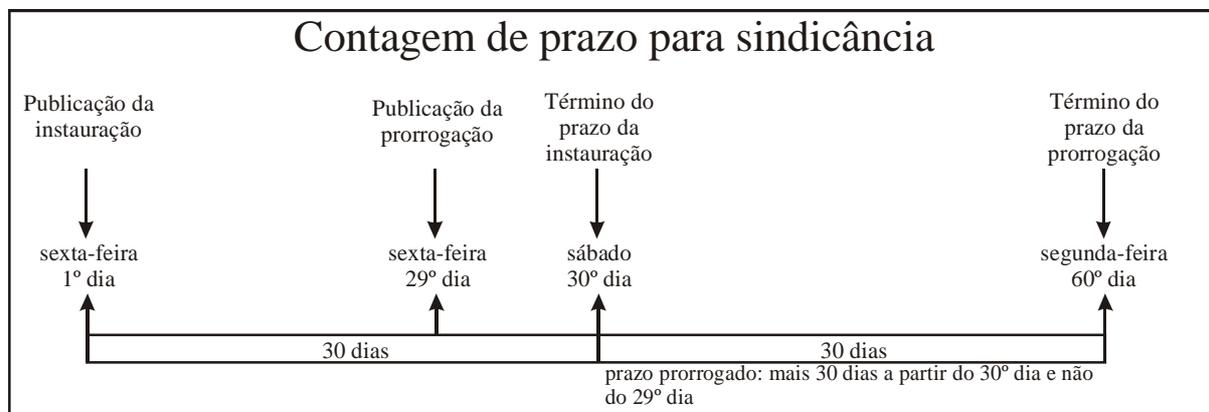
*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 9º O presidente de comissão de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes de comissão, bem como solicitar prorrogação do prazo da comissão, quando necessário.*

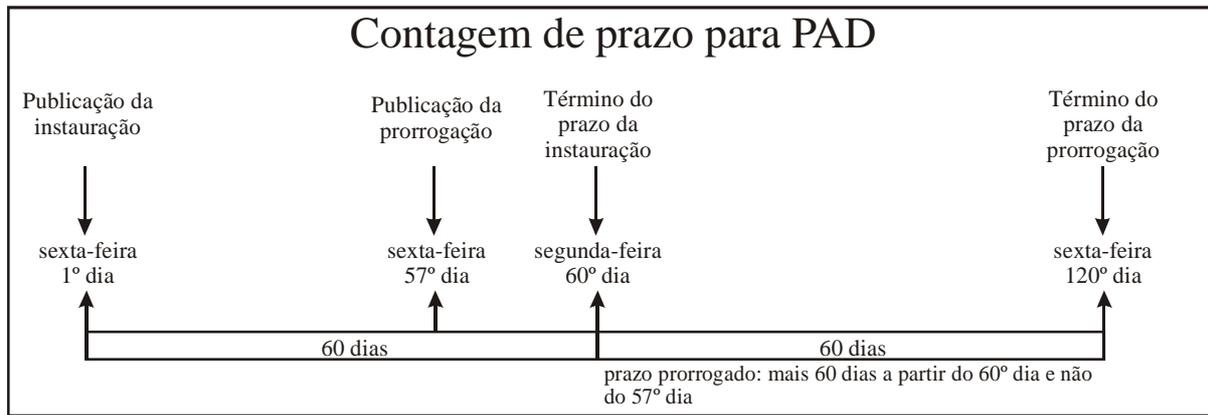
*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 13. O presidente de comissão de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes de comissão, bem como solicitar prorrogação do prazo da comissão, quando necessário.*

E tal pedido deve ser encaminhado antes da data que antecede o encerramento do prazo originário, a fim de que a autoridade tenha tempo hábil para editar nova portaria, pois não convém que exista lapso de tempo para prorrogar o prazo de conclusão dos trabalhos da comissão. Mas a existência de pequeno lapso de tempo entre o decurso do prazo original e a publicação da portaria de prorrogação, por si só, não acarreta prejuízo à defesa e, portanto, não contamina o processo por nulidade. Para tanto, basta que excepcionalmente a autoridade instauradora designe nova comissão, nos termos que se apresentarão em **4.2.8.3** (ainda que mantendo a mesma composição), conforme também entende a doutrina, em lugar de lançar mão do instituto da prorrogação, a fim de evitar alegação de nulidade por se ter prorrogado um prazo que a rigor já havia se esgotado. Já que se recomenda a designação de novo colegiado, subentende-se que, obviamente, a antiga comissão não deve produzir nenhum ato naquele intervalo desamparado de portaria, entre o fim do prazo originário e a publicação da nova portaria. Se porventura a comissão tiver produzido atos neste período, estes não devem ser utilizados, nem direta nem indiretamente, como elementos formadores de convicção; para poderem repercutir na formação de convicção, devem ser refeitos após a designação da nova comissão.

*“Observe-se que a prorrogação deve ser solicitada com antecedência para evitar interrupções no prazo, que há de ser contínuo. Ademais, não se prorroga o que já foi extinto.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 140, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

O prazo prorrogado deve ser igual ao prazo originariamente concedido, ou seja, de até mais trinta ou sessenta dias para sindicância disciplinar ou PAD, já que a praxe do prazo originário é de ser dado em seu máximo permitido na Lei. Ademais, a contagem do prazo prorrogado não começa da publicação da portaria de prorrogação (que, como afirmado acima, se recomenda acontecer antes do esgotamento do prazo originário, a fim de não haver lapso de tempo), mas sim exatamente no dia seguinte ao trigésimo ou ao sexagésimo dia da instauração da sindicância disciplinar ou do PAD, de forma que são garantidos os prazos totais legais respectivos de até 60 ou 120 dias.





A autoridade impulsionadora dos procedimentos de investigação na fase de admissibilidade, em rito inquisitorial (não na condição de apenas determinar sua feitura, como autoridade, mas sim de efetivamente tê-las realizado ou delas ter participado, em investigação preliminar ou em investigação patrimonial ou em sindicância patrimonial ou ainda em sindicância investigativa, conforme já se aduziu em 2.5.3.2 e em 3.4.3) que, como tal, tendo se investido da figura de representante, não deve, por impedimento capitulável no inciso II do art. 18 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, posteriormente figurar como autoridade instauradora no decorrente processo disciplinar, a dar-lhe o devido prosseguimento, com prorrogações. Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos. O mesmo já não ocorre caso este agente tenha atuado como integrante da comissão disciplinar (de sindicância disciplinar ou de inquérito) e venha posteriormente a atuar como autoridade instauradora no mesmo processo, apenas como responsável por prorrogações, não se configurando impedimento.

*Orientação Coger nº 12*

*Servidor que tenha atuado na sede investigativa não pode instaurar o procedimento disciplinar subsequente, prorrogar o prazo ou designar ou reconduzir nova comissão processante e integrar a comissão.*

É de se destacar que a previsão normativa para que a autoridade instauradora possa apreciar o pedido de prorrogação de prazo à vista do relato das providências já tomadas e daquelas ainda a tomar pela comissão ampara-se no art. 5º da Portaria Coger nº 14, de 2014, e configura-se em instrumento de gerência administrativa daquela autoridade. Advirta-se que não há que se confundir esta competência gerencial com quebra da cediça autonomia ou independência da comissão, uma vez que se objetiva tão somente controlar o andamento dos trabalhos e a dedicação da comissão, sem interferir em sua leitura de mérito. A autonomia da comissão se revela e se restringe no mérito que a própria, de forma independente, extrai dos autos, e não tem o condão de conceder suposta prerrogativa aos integrantes para se considerarem à margem de deveres funcionais elementares (tais como dedicação, assiduidade, etc).

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 5º A Corregedoria e os Escritórios de Corregedoria acompanharão e avaliarão as atividades correcionais, notadamente quanto aos prazos e adequação às normas, instruções e orientações técnicas.*

Na mesma toada, conforme determinam o *caput*, o seu inciso I e o § 1º do art. 1º e o *caput* do art. 2º, ambos da Ordem de Serviço Coger nº 1, de 13 de junho de 2013, a cada pedido de prorrogação, deve a comissão enviar à autoridade instauradora cópia digitalizada (escaneada) atualizada dos autos, identificada de acordo com o art. 1º da Portaria Coger nº 55, de 20 de julho de 2012, a fim de ser disponibilizada, na pasta virtual compartilhada referente ao Escritório de Corregedoria (Escor) ou Núcleo de Corregedoria (Nucor), em subpastas específicas organizada por nº de processo.

*Portaria Coger nº 55, de 2012 - Art. 1º Deverão ser digitalizados todos os processos disciplinares, sindicâncias acusatórias e sindicâncias investigativas no âmbito da Corregedoria-Geral, dos Escritório de Corregedoria nas Regiões Fiscais (Escor) e no Núcleo de Corregedoria em Manaus (Nucor).*

*Ordem de Serviço Coger nº 1, de 2013 - Art. 1º A Divisão de Controle da Atividade Correcional (Dicac) criará, em pastas identificadas com os nomes dos Escritórios e do Núcleo de Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil (Escor/Nucor), no endereço <\\compartilhamentos.rfoc.srf\RFOC\ESCORXXDIGITAL>, subpastas denominadas:*

*I - PAD EM ANDAMENTO, onde serão armazenados cópias dos Processos Administrativos Disciplinares (PADs) e das Sindicâncias Disciplinares que estiverem em curso no Escor/Nucor;*

*§ 1º As subpastas PAD EM ANDAMENTO, PAD CONCLUÍDO e PROCESSOS CONCLUÍDOS COM JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NEGATIVO serão subdivididas em subpastas identificadas pelos números dos respectivos processos, cujas cópias deverão ser armazenadas com separação em volumes, anexos e apensos, conforme padrão estabelecido no Anexo I da Portaria Coger nº 55, de 20 de julho de 2012.*

*Art. 2º As Comissões de Inquérito e as Comissões de Sindicância Disciplinar enviarão à autoridade instauradora, a cada prorrogação, a cada recondução e após a autuação do relatório final, cópia digitalizada (em formato .pdf) da versão atualizada do PAD ou da Sindicância Disciplinar, para disponibilização na subpasta PAD EM ANDAMENTO.*

A exemplo da portaria de instauração, na mesma linha já exposta em **4.2.2.1.1**, as portarias de prorrogação não devem indicar o nome do acusado e o fato sob apuração. A propósito, o comando da portaria de prorrogação deve se limitar a tão somente determinar que se prorrogue pelo mesmo quantitativo de dias, a contar do término do período inicial, o prazo para conclusão dos trabalhos da comissão, com remissão apenas ao nº do processo e aos dados da publicação da portaria anterior.

As portarias de prorrogação devem ser publicadas internamente no boletim de serviço (ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora (que, no caso, é o Boletim de Serviço da RFB - BS RFB). A procedimentalização para a aposição da assinatura digital e para a publicação da portaria no BS RFB e a recomendação para que se juntem aos autos a impressão da versão em extensão “*portable document format*” (pdf) da portaria e a(s) página(s) do Boletim que a contempla(m) podem ser revistas em **4.2.1.1**, de repetição desnecessária e a cuja leitura se remete. Além de tais instrumentalidades, convém que o Escor ou a Corregedoria (Coger) mantenham arquivadas vias integrais das portarias em extensão pdf, juntamente com a justificativa apresentada pela comissão.

De acordo com o aduzido em **2.1.4**, nos termos exigidos pelos arts. 2º e 3º da Portaria Coger-MF nº 17, de 30 de janeiro de 2014, cabe aos Escor (e também à Coger, nas excepcionais hipóteses em que o Corregedor figura como autoridade instauradora) manter atualizada a base de dados externa, do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU), o que abarca, no decorrer do processo, informar dados das portarias de prorrogação (incluindo nomes e dados funcionais de eventuais novos integrantes).

### **4.2.8.3 - Designação de Nova Comissão para Ultimear os Trabalhos**

A leitura estritamente literal do *caput* do art. 152 e do parágrafo único do art. 145, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, obriga a interpretar que o Estatuto concede respectivamente à comissão de inquérito e à comissão de sindicância um prazo total de 120 dias e de 60 dias, já contando com a prorrogação dos seus prazos originários.

Esgotados estes prazos prorrogados, aquela comissão originariamente constituída não mais possui amparo legal para proceder a atos processuais em nome da autoridade instauradora, visto que esta lhe concedeu uma espécie de mandato temporário que, no máximo, comporta prorrogação do prazo.

Obviamente, apesar de, a rigor, não haver uma expressa previsão na Lei nº 8.112, de 1990, o ordenamento - no seu sentido amplo, além da positivação escrita normatizada - autoriza uma solução para este dilema em que, de um lado, a precipitada interpretação literal apontaria o precoce fim dos trabalhos, ainda que inconclusos, e, de outro lado, com muito mais profundidade, a base principiológica, à luz dos princípios da indisponibilidade do interesse público, do formalismo moderado, da verdade material e da oficialidade, informa a necessidade de continuidade das apurações até que se esclareçam os fatos.

Para satisfazer a esta base principiológica ordenadora da continuidade dos trabalhos e ao mesmo tempo sem descumprir os dois citados comandos legais que determinam um prazo fatal de existência jurídica do trio processante, faz-se necessário que a autoridade instauradora lance mão do instituto da designação de nova comissão. Perceba-se que o que se refaz é a designação de nova comissão, em nada se alterando no processo disciplinar já em curso: não há uma nova protocolização, mantendo-se o mesmo nº de protocolo e prosseguindo-se os trabalhos nos mesmos autos.

Assim, na hipótese de a prorrogação do prazo ainda não ser suficiente para a conclusão do inquérito administrativo, quando a comissão, perto de esgotar o prazo prorrogado, percebe que não conseguirá encerrar os trabalhos de apuração, deve comunicar à autoridade instauradora e solicitar designação de novo trio, que pode ou não recair nas pessoas dos mesmos integrantes (neste caso particular, a hipótese positiva é chamada de recondução), para dar continuidade ao apuratório (ou seja, para ultimar os trabalhos em curso e ainda inconclusos).

Formalmente, com o esgotamento do prazo originário e do prazo prorrogado (ou seja, 60 dias da instauração da sindicância disciplinar ou 120 dias da instauração do processo administrativo disciplinar - PAD), no rigor formal jurídico, também não mais existe a própria comissão. E, uma vez que não se concluiu o apuratório, deve a autoridade instauradora designar uma nova comissão, da forma idêntica à antecedente, para “ultimar os trabalhos”, em princípio reconduzindo os mesmos integrantes, mas sem prejuízo de se alterar integralmente ou em parte a composição. A menos que a autoridade consigne “refazer os trabalhos”, presume-se o aproveitamento dos elementos probatórios já atuados pelo colegiado original. Mesmo no caso do refazimento, fica a critério da autoridade instauradora manter ou alterar a composição da comissão.

A superação do prazo prorrogado de 60 dias ou 120 dias para a sindicância disciplinar ou para o PAD não é obstáculo para a ininterrupta atuação dos já mencionados princípios da indisponibilidade do interesse público, da oficialidade, da verdade material e do formalismo moderado, em detrimento do aspecto meramente instrumental do prazo. Em outras palavras, mesmo que a comissão não logre concluir os trabalhos naquele prazo prorrogado, a apuração deve ter prosseguimento, por meio do instituto da designação de nova comissão (ou da recondução da comissão, caso a autoridade instauradora mantenha o trio processante).

E o prazo para conclusão dos trabalhos desta nova comissão designada também é prorrogável, pelo mesmo período da sua nova designação e esta dinâmica, de designação de nova comissão e de prorrogação do prazo, pode se repetir tantas vezes quantas necessárias forem para esgotar a apuração fática e, enfim, até que a comissão consiga concluir a fase de inquérito administrativo. Reiteraões de novas designações e prorrogações, por si sós, não são causas de nulidade, mas operam a favor da prescrição e do fim da medida cautelar do afastamento preventivo.

O entendimento que se extrai do instituto da prescrição, a ser detalhadamente

pormenorizado em **4.13.2.1** - de que, após a instauração do PAD ou da sindicância disciplinar, interrompe-se a contagem prescricional e se mantém suspensa esta contagem até a fruição dos respectivos prazos de 140 ou de 80 dias (os vinte dias a mais se referem ao prazo formal para julgamento) e, a partir daí, volta-se a somar os prazos prescricionais associados a cada pena -, fornece o robusto entendimento sistemático de que a própria Lei nº 8.112, de 1990, no § 4º do seu art. 142, contempla a possibilidade de os trabalhos apuratórios prosseguirem após os prazos originários e prorrogados de 120 e de 60 dias. Se a Lei cogita da retomada dos trabalhos, sem não mais interromper a contagem, pelo prazo prescricional de cada pena (quais sejam, de mais 180 dias para advertência ou dois anos para suspensão ou cinco anos para penas expulsivas) e como o ordenamento pátrio não contempla a possibilidade de apenação sem o esgotamento contraditório das apurações em busca da verdade material, é porque a própria Lei não trata o decurso daqueles prazos de 120 e de 60 dias como fatal, mas sim o trata, tão somente, como apto à retomada da contagem prescricional contra a Administração.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:*

*I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;*

*II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;*

*III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.*

*§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.*

*§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.*

*§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.*

Na mesma toada, idêntica interpretação sistemática a favor da continuidade dos trabalhos apuratórios, a despeito do decurso do prazo prorrogado, se extrai da leitura do regramento para o incidente de afastamento preventivo, conforme o art. 147 da Lei nº 8.112, de 1990, a ser detalhado em **4.3.9**. Ora, se o *caput* do dispositivo prevê que o afastamento preventivo *a priori* se estende por no máximo sessenta dias e o seu parágrafo único prevê a possibilidade de sua prorrogação até atingir os mesmos 120 dias do prazo prorrogável do PAD e menciona que tal marco temporal tem o condão de fazer cessar apenas o efeito da medida cautelar, expressando, concessivamente, que o processo como um todo pode ainda não estar concluído, é cristalino que o legislador contempla que os trabalhos apuratórios prossigam além daquele limite de 120 dias.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.*

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

O mesmo entendimento já era esposado desde o tempo do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), como se lê em duas manifestações suas, nos termos das Formulações Dasp nº 216 e nº 279, que amparam as certezas de que deve se dar continuidade ao processo disciplinar ainda que não concluído no prazo legal (ao tempo da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, o então Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - EF, o prazo processual era de sessenta dias prorrogáveis por mais trinta, totalizando os noventa dias a que se refere a Formulação Dasp), por meio do instituto da designação de nova comissão, sem prejuízo, não obstante, da contagem prescricional. Ademais, o tema também é pacificado na jurisprudência e na doutrina.

*Formulação Dasp nº 216. Inquérito administrativo*

*Esgotados os 90 dias a que alude o art. 220, parágrafo único, do Estatuto, sem que o inquérito tenha sido concluído, designa-se nova comissão para refazê-lo*

*ou ultimá-lo, a qual poderá ser integrada pelos mesmos funcionários.*

*Formulação Dasp nº 279. Prescrição*

*A redesignação da comissão de inquérito, ou a designação de outra, para prosseguir na apuração dos mesmos fatos não interrompe, de novo, o curso da prescrição.*

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.962: “Ementa: Esta Colenda Corte já firmou entendimento no sentido de que a extrapolação do prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar não consubstancia nulidade susceptível de invalidar o procedimento.”*

*Idem: STF, Mandados de Segurança nº 7.015, 21.494 e 22.656; e STJ, Mandados de Segurança nº 7.066, 7.435 e 8.877 e Recursos em Mandado de Segurança nº 6.757 e 10.464*

*“Se o prazo original de sessenta dias já tiver expirado, poderá ser concedida prorrogação por mais sessenta dias. Havendo estourado esses dois prazos, deverá ser redesignada a comissão ou feita a designação de uma outra.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 178 e 179, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“Esgotado o prazo e sua prorrogação, sem a conclusão dos trabalhos, (...) não restará à administração outra alternativa senão designar, de imediato, outra comissão, podendo renovar as indicações dos membros da comissão dissolvida, se acolhidas as justificativas apresentadas e continuarem os citados integrantes merecedores de confiança. (...)*

*Quanto ao excesso (...) no cumprimento do prazo para encerramento dos trabalhos, convém lembrar que esta circunstância não constitui causa prejudicial à apuração correta dos fatos e não nulifica o processo. (...) Presentes, portanto, motivos prevalentes de ordem pública (apuração da verdade real), não há que se falar em desrespeito às normas legais.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 140, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“Não tendo sido cumprido o prazo, nem mesmo com a prorrogação, a autoridade instauradora tem o dever de destituir a Comissão, nomeando-se outra para prosseguir os trabalhos. (...)*

*A pratica permite (e a Lei não impede) que os membros da Comissão dissolvida possam vir integrar a nova Comissão, se a autoridade instauradora assim entender, levando em conta que o prazo foi ultrapassado, não por negligência ou falta de capacidade, senão por dificuldades naturais na apuração da verdade processual.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pgs. 120 e 121, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Analogamente ao já aduzido em **4.2.8.2** para o pedido de prorrogação, esta solicitação à autoridade instauradora, de designação de nova comissão, pode ser encaminhada por meio de memorando (preferencialmente em via virtual, por meio de correio eletrônico institucional, nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002), contendo breve justificativa (descrição da fase em que se encontra o processo, do que já foi feito, do que está pendente de se fazer e dos deslocamentos previstos, se for o caso) e o registro da liberalidade a favor daquela autoridade para alterar ou para manter a composição do trio.

E tal pedido deve ser encaminhado antes da data que antecede o encerramento do prazo prorrogado, a fim de que a autoridade tenha tempo hábil para editar nova portaria, pois não convém que exista lapso de tempo para designar nova comissão. Mas a existência de pequeno lapso de tempo entre o decurso do prazo prorrogado e a publicação da portaria de designação de nova comissão, por si só, não acarreta prejuízo à defesa e, portanto, não contamina o processo por nulidade. Já que, havendo ou não lapso de tempo, aqui se trata de designação de novo colegiado, subentende-se que, obviamente, a antiga comissão (ainda que sua composição venha a ser mantida) não deve produzir nenhum ato naquele intervalo

desamparado de portaria, entre o fim do prazo prorrogado e a publicação da nova portaria. Se porventura a comissão tiver produzido atos neste período, estes não devem ser utilizados, nem direta nem indiretamente, como elementos formadores de convicção; para poderem repercutir na formação de convicção, devem ser refeitos após a designação da nova comissão.

A exemplo do que ocorre com a portaria de instauração, em regra, consigna-se o prazo máximo, de sessenta ou de trinta dias para PAD ou sindicância disciplinar na portaria de designação de nova comissão, mas nada impede que, a critério da autoridade instauradora, seja concedido um prazo menor e/ou diferente daquele prazo originário (o que, na prática, não é empregado ou sequer recomendado). Caso a portaria de designação de nova comissão não expresse o prazo, convencionou-se adotar aqueles prazos máximos que a Lei estabelece, conforme também entende a doutrina.

*“Geralmente se concede o prazo máximo previsto na lei - 60 dias para o PAD e 30 dias para a sindicância -, mas se isto não for feito considera-se que o prazo é o máximo da lei.*

*(...) nada impede que a comissão conclua os trabalhos antes do prazo fixado na Portaria.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 84, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

E, diferentemente do que ocorre com a portaria de prorrogação, a contagem do prazo da nova comissão começa exatamente da publicação da portaria que a designou (que, como afirmado acima, se recomenda acontecer antes do esgotamento do prazo prorrogado, a fim de não haver lapso de tempo). Pode haver então uma superposição da nova contagem sobre alguns dias derradeiros do período total de 60 ou de 120 dias da prorrogação, obrigando-se, neste caso, que se descartem estes últimos dias superpostos do prazo prorrogado.

Reiteram-se aqui as mesmas situações já expostas em **4.2.8.2**, a cuja leitura se remete, para que se considere ou não a autoridade instauradora impedida para designar nova comissão, com base em posicionamento institucional, em peça propositiva oriunda de debates internos. Também se poupa de reproduzir as mesmas bases normativas para que a autoridade instauradora aprecie o pedido de designação de nova comissão à vista do relato das providências já tomadas e ainda a tomar pelo colegiado (a saber, o art. 5º da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014) e que determinam o envio de cópia digitalizada (escaneada) atualizada dos autos para disponibilização em pasta virtual (a saber, o *caput*, o seu inciso I e o § 1º do art. 1º e o *caput* do art. 2º, ambos da Ordem de Serviço Coger nº 1, de 13 de junho de 2013, e o art. 1º da Portaria Coger nº 55, de 20 de julho de 2012).

*Orientação Coger nº 12*

*Servidor que tenha atuado na sede investigativa não pode instaurar o procedimento disciplinar subsequente, prorrogar o prazo ou designar ou reconduzir nova comissão processante e integrar a comissão.*

A exemplo das portarias de instauração e de prorrogação, na mesma linha já exposta em **4.2.2.1.1**, as portarias de designação de nova comissão não devem indicar o nome do acusado e o fato sob apuração. A propósito, o comando da portaria de designação de nova comissão deve determinar a constituição de novo colegiado, especificando tratar-se de comissão de sindicância disciplinar ou de comissão de inquérito, indicando os três integrantes, com nomes cargos e matrículas, e o seu presidente, com o fim de ultimar, no prazo de trinta ou de sessenta dias, as apurações das irregularidades e das demais infrações conexas que porventura surjam, fazendo remissão apenas ao nº do processo.

Quanto às instrumentalidades da publicação da portaria de designação de nova comissão, da preservação da sua via original, da suas vias a serem juntadas aos autos, da justificativa da comissão e da alimentação da base de dados externa, do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU), reporta-se ao que já se descreveu em **4.2.8.2**.

### 4.3 - 2ª FASE: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - ATOS INICIAIS E CONDUTAS GERAIS

Seguindo o rito estabelecido no art. 151 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, após a instauração, dá-se início à segunda fase do processo disciplinar, chamada de inquérito administrativo. E desponta aqui uma atecnia do texto legal, ao denominar a segunda fase do processo de “inquérito”, termo que se associa à inquisitorialidade característica de ritos investigativos, à margem das garantias da ampla defesa e do contraditório, a exemplo do inquérito policial. Com o largo e já sedimentado emprego da expressão “inquérito policial” fortemente enraizado na cultura jurídica como rito meramente preparatório, é natural que o leigo, ao se deparar com a expressão “inquérito administrativo”, não cogite que justamente aí resida com toda intensidade e amplitude a natureza contraditória do processo disciplinar. E, a despeito da infeliz terminologia, a segunda fase do processo disciplinar é ricamente contraditória, conforme determina o art. 153 da citada Lei, superpondo-se à contínua garantia da ampla defesa, ofertada em todo curso das três fases processuais, já desde o *caput* do art. 143 da mesma Lei e conforme também entende a Advocacia-Geral da União, por meio do seu Parecer AGU nº GQ-55.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.*

*Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:*

*I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;*

*II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;*

*III - julgamento.*

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

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

Em síntese, o inquérito administrativo (ou, simplesmente, inquérito), comporta os seguintes atos, na ordem: atos iniciais (instalação da comissão processante e designação do secretário); atos de instrução probatória exemplificadamente mencionados no art. 155 da Lei nº 8.112, de 1990 (notificação inicial do servidor, depoimentos, perícias, diligências e interrogatório, dentre outros, além de eventuais indicição e citação para apresentar defesa escrita); defesa escrita, se for o caso; e relatório.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.*

Após a momentânea instauração, a cargo da autoridade instauradora (o Chefe do Escritório de Corregedoria, como regra), toda a fase de inquérito administrativo - por meio da qual se enriquece o processo com o contraditório - é conduzida pela comissão disciplinar recém-designada na portaria inaugural, percebendo-se então mais uma atecnia do legislador ordinário, ao registrar, no *caput* do art. 149 da Lei nº 8.112, de 1990, que a comissão conduziria o processo, quando, na verdade, conduz apenas esta segunda fase, incumbindo-se de manter o diálogo processual com a defesa, à vista da busca do esclarecimento fático.

No **Anexo VI**, demonstra-se, aproximadamente, o rito do processo disciplinar, por

meio de fluxogramas, com destaque para esta fase do inquérito administrativo.

### 4.3.1 - Ata de Instalação e Início dos Trabalhos

Designada a comissão com a instauração do processo disciplinar efetivada com a publicação da portaria inaugural, o colegiado recebe os autos, seja fisicamente no caso de processos com suporte documental em papel, seja por meio da habilitação no sistema Processo Eletrônico (e-Processo) no caso de processos digitais. E, de imediato, convém, embora sem previsão legal, que a comissão proceda a seu primeiro ato, qual seja, a elaboração da sua ata de instalação e de início dos trabalhos, inaugurando uma dinâmica recomendada em **4.3.11.1**, a se repetir por inúmeras vezes ao longo da fase do inquérito administrativo, de deliberar a realização de ato(s), apenas expressando sua vontade, seguida da efetiva realização do(s) ato(s) deliberado(s).

Esta ata estabelece o marco inicial do funcionamento da comissão e nela, além de se expressar a data e o local de instalação do colegiado (local este que se refletirá na maioria dos atos de comunicação e termos de atos de instrução, pois assim exige o § 1º do art. 22 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999), com indicação da sala e endereço do prédio, se decide, em regra, designar secretário; analisar os autos do processo; e registram-se, se for o caso, outras providências imediatas a serem tomadas.

*Lei nº 9.784, de 1999. Art. 22*

*§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.*

Se somente neste momento inicial a comissão recebe o processo, é de se presumir que, até então, seus integrantes não têm integral conhecimento dos fatos autuados e que lhes incumbe esclarecer. Por tal motivo lógico, não soa razoável que o colegiado já inclua nesta ata inaugural a deliberação de notificar inicialmente como acusado qualquer servidor.

Neste momento inicial, convém que a comissão faça uma leitura detalhada do processo - se possível, concomitantemente, elaborando um resumo dos autos (que será útil não só para o imediato entendimento do caso mas também para instruir eventos posteriores dos trabalhos) -, com o fim de identificar claramente qual o objetivo (“o que se quer esclarecer?”) e uma estratégia de ação para atingi-lo (“como esclarecer?”).

Neste rumo, é fundamental que a comissão identifique clara e delimitadamente um objetivo a perseguir no processo. Ou seja, o colegiado tem de identificar qual é o fato supostamente ilícito a esclarecer, que provocou o juízo de admissibilidade com decisão de instauração. É sempre extremamente improdutivo, além de acarretar variadas formas de desgaste, quando a comissão abre demasiadamente o foco apuratório. Ato contínuo, sem que aqui se cogite de expressar em deliberação (visto que pode haver justificadas mudanças no rumo originalmente traçado), a comissão deve discutir e elaborar uma sequência de atos instrucionais que, em princípio, levarão a esclarecer o objetivo identificado.

O **Anexo II** consolida as diversas passagens ao longo do texto em que se abordam ou se contrapõem aspectos atinentes à qualidade do trabalho e à celeridade.

### 4.3.2 - Desnecessidade de Comunicação da Instalação, Salvo em Caso de Improbidade Administrativa

Além de não haver expressa determinação normativa ordenando que a comissão comunique à autoridade instauradora o início dos trabalhos, o local de instalação, com indicação da sala e do endereço do prédio, e o horário de funcionamento, nem mesmo como mera praxe se justifica adotar esta iniciativa. Embora se reconheça que, no contexto instrumental do início da implantação do sistema correcional da Secretaria da Receita Federal

do Brasil (RFB) já vigorou tal praxe, hoje é totalmente dispensável emitir um documento, ainda que meramente virtual, tão somente para comunicar ao Chefe do Escritório de Corregedoria (Escor) que a tarefa - que ele mesmo acabou de determinar - teve seu início deflagrado, sobretudo com o atual estágio de elaboração, organização, aparelhamento e infraestrutura da corregedoria, em que, na imensa maioria dos casos, as comissões se instalam nas próprias dependências do Escor e se dedicam integralmente nas oito horas de jornada diária à atividade correcional, apenas muito excepcionalmente se utilizando das dependências das unidades locais (de lotação ou de exercício do servidor representado ou acusado ou de ocorrência do fato, se diferentes).

Caso, de forma muito excepcional e residual, a comissão seja composta por servidores convocados, estranhos ao sistema correcional, e se encontre instalada na unidade de lotação ou de exercício do servidor representado ou acusado ou, ainda muito mais residualmente, na unidade de ocorrência do fato, até pode se justificar o envio de tal comunicado à autoridade instauradora, por meio de correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002), já que não há a ciência e o controle automáticos propiciados pela proximidade. Em complemento, nesta hipótese pouco frequente, além de informar o início dos trabalhos e o local de instalação, convém ainda que a comissão informe também à autoridade instauradora, no mesmo expediente, o seu horário de funcionamento, que pode ser igual ou menor à jornada diária de oito horas de trabalho, dependendo do quanto o colegiado conceda ou não para si a prerrogativa da dedicação integral ao trabalho correcional, conforme se abordará em **4.3.10.2.1**.

Mas, por outro lado, por expressa determinação legal (a saber, o *caput* do art. 15 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992), no rito que descreverá em **4.4.12.4** e em **4.7.4.4.2**, especificamente em casos de apuração de improbidade administrativa, a comissão deve expressar, ao Ministério Público Federal (MPF) e ao Tribunal de Contas da União (TCU, por meio da Secretaria de Controle Externo da Fazenda Nacional - SecexFazenda, daquela Corte), de forma bastante sintética, que, em atendimento àquele comando legal, comunica a instauração de processo disciplinar em face em face de determinado servidor (indicando apenas o nº do processo, o nome e o nº de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF do acusado). Extraí-se do texto da Lei que a comissão não deve postergar a comunicação para o momento em que se configurar a convicção preliminar ou conclusiva do cometimento da infração (que seria na indicição ou após sopesar a defesa, no relatório). Tampouco pode a comissão deixar de proceder ao comunicado mesmo em hipóteses em que a instauração tenha decorrido de representação de um daqueles dois órgãos ou de operação conjunta de que o *Parquet* também tenha participado.

*Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 15. A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.*

*Parágrafo único. O Ministério Público ou o Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.*

*Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.*

Importante trazer à tona que o comando do parágrafo único do art. 5º da Portaria Coger nº 13, de 30 de janeiro de 2014, indicaria que, no caso de instauração de processo disciplinar decorrente de trabalho de sindicância patrimonial, já caberia à própria autoridade instauradora, após receber o relatório sindicante, proceder aos dois comunicados acima assim que decidisse pela admissibilidade positiva. Mas tendo em vista que o próprio comando normativo submete a sua finalidade a atender o disposto no texto da Lei, o qual, por sua vez, impõe a obrigação à comissão, não só não se vislumbra nulidade mas até mesmo se

compreende como mais acertado na visão sistemática do ordenamento que, mesmo em tal caso, os comunicados possam ser realizados logo em seguida à instauração, pelo próprio trio, após sua deliberação de dar início aos trabalhos. Com isto, atende-se a vontade da Lei, que é de os dois órgãos acompanharem, se assim entenderem pertinente, os trabalhos apuratórios já sob manto contraditório, sendo ainda de se lembrar que não é incomum a hipótese de a autoridade instauradora manifestar seu juízo decisório a favor da instauração mas somente vir a efetivá-la, mediante seus critérios gerencias, tempos depois, não fazendo sentido deixar o MPF e o TCU informados de algo que ainda não se deflagrou.

*Portaria RFB nº 13, de 2014 - Art. 5º Concluídos os trabalhos de sindicância patrimonial, a comissão responsável por sua condução produzirá relatório sobre os fatos apurados, opinando pelo seu arquivamento ou pela instauração de processo administrativo disciplinar.*

*Parágrafo único. Após o recebimento do relatório, a autoridade competente proferirá decisão nos termos do que estabelece a Portaria Coger/MF nº 24, de 29 outubro de 2013, e, se for o caso de instauração de processo administrativo disciplinar para apurar indícios de improbidade administrativa, dará ciência ao Ministério Público Federal e ao Tribunal de Contas da União para adoção das providências cabíveis, conforme o disposto no art. 15 da Lei nº 8.429, de 1992.*

A intenção do legislador é salvaguardar a prerrogativa, prevista no parágrafo único do mesmo dispositivo legal, de aqueles dois órgãos acompanharem o feito. Daí, a interpretação é de que a comissão, ao analisar os autos após tê-los recebido da autoridade instauradora e tomado as iniciativas iniciais descritas em **4.3.1**, vislumbrar que o fato narrado pode, ainda que em tese, ensejar enquadramento em improbidade administrativa, deve fazer breve comunicação àqueles dois órgãos, por meio de ofício assinado pelo presidente, extraído em duas vias (a norma não exige fornecimento de cópias). Não obstante, não se confunda eventual ausência deste comunicado com nulidade processual, conforme alerta a jurisprudência. E, segundo o art. 16 da mesma Lei, havendo indícios de responsabilidade, deve ainda a comissão pedir ao MPF que este requeira ao juízo o sequestro de bens do acusado.

*STJ, Mandado de Segurança nº 15.021, Decisão: “Isso porque, ao que me parece, a regra do artigo 15 da Lei nº 8.429/92 está direcionada para que o Ministério Público e o Tribunal de Contas tomem providências inibidoras e responsabilizadoras do eventual ato de improbidade no âmbito de suas competências constitucionais próprias, de modo que seria descabida e imprópria a sua intervenção em sede de processo administrativo disciplinar, já que, nessa seara, inafastável o princípio da independências das instâncias.*

*À falta de ciência desses órgãos pode acarretar a responsabilidade administrativa daqueles que tinham o dever de cientificar aquelas autoridades e não o fizeram, constituindo, para o processo administrativo disciplinar, mera irregularidade, incapaz de nulificá-lo.”*

Ainda acerca desta comunicação do início de um apuratório de improbidade administrativa, na hipótese de o servidor ser lotado em estado situado na Região Fiscal diferente daquele em que se sedia o respectivo Escor, devem os ofícios serem dirigidos ao órgão do MPF e à Secex da unidade federativa de lotação do agente, pois a estes incumbe promover as medidas porventura cabíveis.

### **4.3.3 - Designação do Secretário**

Encerrando a concretização dos atos deliberados na ata inaugural, segue-se a designação do secretário da comissão, por exigência do § 1º do art. 149 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. A comissão deve ter um secretário, designado pelo presidente, preferencialmente com prática em digitação e em elaboração de expedientes em geral, pois a

ele, a priori (sem ser regra fixa) incumbem os serviços de expediente do colegiado (digitação, extração e fornecimento de cópia, concessão de vista, entrega e recebimento de documentos, etc). O citado dispositivo legal estabelece como requisito que o secretário seja servidor (o que exclui empregado celetista e terceirizado) e prevê a possibilidade de a designação recair sobre um dos membros; mas também pode ser designado algum servidor estranho à comissão e que nem sequer seja estável. Em ambas as possibilidades, o encargo de secretário é irrecusável, a menos de causa justificável.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 149.*

*§ 1º A comissão terá como secretário servidor designado pelo seu presidente, podendo a indicação recair em um de seus membros.*

No atual grau de elaboração do sistema correcional da secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e atento à escassez de pessoal, não mais é comum a designação deste servidor estranho à comissão, sendo largamente empregado (e até mesmo recomendável, para melhor distribuição e utilização da força de trabalho do quadro próprio) que o presidente escolha, em comum acordo com os dois outros membros, quem acumulará as funções de secretário.

Aduz-se também que, com a irreversível adoção dos avanços tecnológicos pela processualística disciplinar e com o crescente emprego do grupo de atividades administrativas do próprio Escritório de Corregedoria (Escor) para tarefas que obrigam deslocamentos, a tendência é de os encargos meramente repetitivos e mecanizados que recaíam sobre o secretário se diluírem. Ademais, reitera-se que não há uma rígida atribuição de tarefas exclusivamente ao secretário, não havendo qualquer nulidade se atos aprioristicamente de sua alçada sejam realizados pelo presidente ou pelo outro vogal.

Se a indicação recair sobre um dos vogais da comissão, sem qualquer prejuízo para a defesa, a designação pode ser considerada formalizada nos autos por meio simplesmente de uma ata (inclusive da ata de instalação e início dos trabalhos, já indicando neste documento quem será o secretário). Uma vez que, obrigatoriamente, este servidor já foi devidamente qualificado para atuar no processo, por meio de um elemento de muito maior relevância e força, que é a portaria de instauração, pode-se dispensar a formalidade de se editar portaria específica do presidente da comissão. Neste caso, além de atuar com voz e voto nas deliberações e na condução do apuratório, *a priori*, este servidor se encarrega da parte burocrática dos trabalhos.

Por outro lado, se a indicação recair sobre servidor estranho à comissão, até então não autorizado formalmente a atuar no processo, convém que a designação seja feita por meio de portaria específica do presidente e que este ato seja publicado no boletim de serviço (ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora (que, no caso, é o Boletim de Serviço da RFB - BS RFB). A cautela se justifica, pois esta pode ser a única forma de se amparar o acesso deste servidor aos autos, em eventual deslocamento da sede ou a dedicação de horas de trabalho ao processo. A procedimentalização para a aposição da assinatura digital e para a publicação da portaria no BS RFB e a recomendação para que se juntem aos autos a impressão da versão em extensão “*portable document format*” (pdf) da portaria e a(s) página(s) do Boletim que a contempla(m) podem ser revistas em **4.2.1.1**, de repetição desnecessária e a cuja leitura se remete.

Ainda nesta segunda hipótese, o secretário não participa, com direito a voto, das deliberações e não goza das prerrogativas de integrantes da comissão (avaliações funcionais máximas). Em outras palavras, o excepcional recurso, previsto na Lei, de a comissão contar com a força de trabalho de uma quarta pessoa não se confunde com o trio condutor do inquérito administrativo se transformar em uma tetrade. Este secretário não se torna membro do colegiado; apenas o auxilia nas tarefas burocráticas.

#### **4.3.4 - Notificação Inicial do Servidor para Acompanhar o Processo como**

## Acusado

### 4.3.4.1 - Deliberação Específica, Comunicações e Formas de Entrega

Em princípio, após a fase de admissibilidade em que se levantam indícios de materialidade e de autoria que conduzem à suspeita sobre um servidor, instaura-se o processo disciplinar. Concluídas as providências iniciais dispostas na ata de instalação e início dos trabalhos (em que se incluía analisar os autos), dando efetivamente início à fase de instrução, a comissão deve notificar o servidor da instauração do processo no qual a existência de elementos que *a priori* o relacionam com os fatos a serem apurados indica que deve figurar como acusado (ou imputado). Ressalve-se que “acusado” é o termo (mais uma vez atécnico) que a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, emprega para qualificar aquele a quem se deve garantir acesso aos autos e participação na instrução probatória, a fim de exercitar suas prerrogativas de ampla defesa e de contraditório, asseguradas no seu art. 153 e no *caput* do seu art 156 e também na manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU) exarada no seu Parecer AGU nº GQ-55.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 153. O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.*

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

*Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: “Ementa: Em virtude dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o servidor que responde a processo disciplinar deve ser notificado da instauração deste imediatamente após a instalação da comissão de inquérito e, em qualquer fase do inquérito, cientificado dos atos processuais a serem praticados com vistas à apuração dos fatos, de modo que, tempestivamente, possa exercitar o direito assegurado no art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990. (...)”*

Não obstante a forma extremamente restritiva e cautelosa com que se procede à fase de admissibilidade para em cujo final se considerarem os indícios suficientes a se determinar a onerosa instauração de processo disciplinar, o dever de esgotar aqui todas as viabilidades procedimentais obriga a não descartar de todo a hipótese de, neste momento inicial, não haver nos autos alguém a quem se atribuir a condição de acusado. Daí, nesta senda excepcionalíssima, menciona-se a rara possibilidade de a comissão não ter desde já a quem notificar inicialmente como acusado antes de proceder a alguns atos de instrução, conforme se abordará em **4.3.4.2**.

Percebe-se na leitura dos diversos comandos ao longo dos Títulos IV e V da Lei nº 8.112, de 1990, que o legislador empregou, equivocada e contrariamente ao adotado na legislação penal, os termos “acusado” e “indiciado. Na instância criminal, primeiramente no curso do inquérito policial, em que se levantam indícios da conduta, o investigado pode ser chamado de “indiciado”; caso o Ministério Público apresente denúncia, passa a ser chamado de “denunciado”; e se o júízo aceitar a peça ministerial, no curso da ação penal, sua situação se agrava para “réu” ou “acusado”. Na processualística disciplinar, em irrefutável demonstração de má técnica redacional por parte do legislador ordinário, na fase inicial da instrução, quando se têm apenas indícios contra o servidor, determinantes tão somente da instauração do processo, e ainda não se faz nenhuma acusação formal, a Lei chama o servidor de acusado. E, ao final da instrução, se for o caso, quando a comissão aperfeiçoa aqueles indícios deflagradores em provas e enfim formaliza a acusação, a Lei chama este ato de indicição e, por conseguinte, o servidor passa a ser referido como indiciado. No processo disciplinar, por obra desta atecnia legislativa, a condição de indiciado é mais grave que a de

acusado, conforme atesta a doutrina.

*“Na processualística disciplinar, desde a publicação da portaria instauradora do processo, a pessoa a quem se atribuem as irregularidades funcionais já desponta como acusada ou imputada, vindo a adquirir a classificação de indiciado somente depois, na oportunidade em que a Comissão de Disciplina, com base nos fatos apurados, concluir que o acusado deva ser enquadrado num determinado tipo disciplinar, elaborando, numa síntese articulada da instrução, o rol das acusações existentes (...).” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 141, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“(...) o termo acusado não significa condenado nem culpado. É apenas um termo técnico que deixa claro que aquela pessoa precisa se defender da acusação que contra ela está sendo lançada. No processo penal a pessoa que responde ao processo criminal é chamada de réu e ninguém contesta este termo. Aqui, no processo disciplinar, chamamos de acusado, não há nenhum problema nisso. Aliás, é muito bom que se use esse termo porque o indigitado servidor irá se preocupar com o processo e irá buscar realmente se defender. Se ele é chamado de envolvido pode pensar que a situação não é tão perigosa e negligenciar sua defesa.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 102, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Como mera recomendação, a favor da maior cautela, convém que a notificação inicial seja precedida de uma ata de deliberação específica para este fim, não sendo conveniente fazê-lo na ata de instalação e início dos trabalhos, conforme já exposto em **4.3.1**, antes de formalmente a comissão analisar o processo, de cujo teor ainda não possui pleno conhecimento por ter acabado de recebê-lo, pois isto, em tese, pode suscitar alegação de pré-julgamento. Em que pese a esta alegação ser facilmente contornável, a cautela acima a evita.

Na oportunidade, por expressa determinação do art. 6º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, e também do art. 8º da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, que dispõem sobre a apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Fazenda (MF) como um todo e especificamente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), deve a comissão deliberar também comunicar a notificação inicial do servidor à autoridade instauradora e ao titular da unidade de lotação do servidor (ou de exercício, se diferente). Tais comunicados, a serem concretizados após a efetivação da notificação inicial, podem tomar forma de memorandos, enviados por meio do correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002). O comunicado para o titular da unidade, além de informar a notificação inicial do servidor, deve incluir ainda o teor do art. 10 da Portaria Coger nº 14, de 2014, qual seja, as repercussões na sua vida funcional em razão de sua condição de acusado, que serão apresentadas em **4.3.7.1**. Justamente em razão de tais repercussões, algumas da alçada da Divisão de Gestão de Pessoas (Digep), no caso de fato ocorrido em Agência da Receita Federal do Brasil (ARF), convém que esta comunicação seja dirigida ao Delegado da respectiva Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF).

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 6º Instaurada a sindicância disciplinar ou o processo administrativo disciplinar, o servidor será notificado para, na condição de acusado, acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, oportunidade na qual o presidente da comissão comunicará expressamente esse fato à autoridade instauradora e ao titular da unidade de lotação ou de exercício do acusado.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 8º Instaurada a sindicância disciplinar ou o processo administrativo disciplinar, o servidor será notificado para, na condição de acusado, acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, oportunidade na qual o presidente da comissão comunicará expressamente esse fato à autoridade instauradora e ao titular da unidade de*

*lotação ou de exercício do acusado.*

Estas comunicações a cargo da comissão para a autoridade instauradora e para o titular de unidade local são importantes, imprescindíveis e vinculadas nas normas acima, visto de seus teores não necessariamente os dois destinatários terem inferências, diferentemente da dispensável comunicação de início dos trabalhos que outrora já se utilizou. Ademais, este comunicado à autoridade local a alerta e a vincula a tomar as providências acautelatórias sobre a vida funcional do servidor (sem tal comunicado, aquela autoridade jamais saberá da condição de acusado do seu servidor); e o comunicado à autoridade instauradora a provoca a alimentar as bases de dados necessárias.

Conforme já mencionado em 2.1.4 e se detalhará em 4.3.7.1, nos termos exigidos pelos arts. 2º e 3º da Portaria Coger-MF nº 17, de 30 de janeiro de 2014, cabe aos Escritórios de Corregedoria (Escor) e também à Corregedoria (Coger), nas excepcionais hipóteses em que o Corregedor figura como autoridade instauradora, no curso dos trabalhos da comissão, alimentar as bases de dados tanto externa, do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU), quanto de um sistema interno (de gestão de pessoas, o Sistema de Apoio às Atividades Administrativas - SA3), informando nome(s) e dados funcionais do(s) acusado(s), a fim de que o Serviço de Atividades Auxiliares (Seaux) possa ter um rol atualizado dos servidores que respondem a processo disciplinar, visto ser sua competência prestar tal tipo de informação, nos termos atualizados do art. 4º da Portaria Coger/Cogep nº 1, de 18 de novembro de 2011.

Importante esclarecer que, como regra geral, a condição de acusado em processo disciplinar se estende em face de um servidor desde a entrega da notificação inicial que lhe comunica a relação processual inaugurada até o julgamento por parte da autoridade competente. O fim da subfase de instrução probatória (tendo tido ou não indicição e coleta de defesa escrita) e o início da subfase de elaboração de relatório, ao final da fase de inquérito administrativo, ainda não são suficientes para afastarem aquela condição contrária ao servidor e, em consequente, de excluir seu nome do polo passivo da relação processual e do rol de acusados.

Para atender toda inteligência implícita e explícita dos princípios reitores e da positivação do art. 153 e do *caput* do art. 156, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, no corpo da notificação inicial, a comissão deve informar:

- a condição de acusado do servidor no referido processo, sem descrever os fatos, sequer de forma sucinta, conforme manifestações da AGU, novamente no já citado Parecer AGU nº GQ-55, e da jurisprudência.

*Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: “9. Não se coaduna com o regramento do assunto a pretensão de que se efetue a indicação das faltas disciplinares na notificação do acusado para acompanhar a evolução do processo, nem essa medida seria conveniente, eis que seria suscetível de gerar presunção de culpabilidade ou de exercer influências na apuração a cargo da comissão de inquérito.”*

*STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 4.147: “Ementa: Inexiste nulidade no fato da notificação decorrente de processo administrativo disciplinar não indicar, de forma precisa, os fatos imputados aos notificados, pois, nessa fase, os mesmos ainda dependem de apuração, de modo que, concluída a fase instrutiva, procede-se através de termo próprio, à indicação das irregularidades apuradas e seus respectivos responsáveis, como meio de propiciar-lhes a efetiva defesa escrita, consoante determina o art. 161 da Lei nº 8112/90.”*

*STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 22.134: “Ementa: (...) 2. A portaria inaugural, bem como a notificação inicial, prescindem de minuciosa descrição dos fatos imputados, que se faz necessário apenas após a fase instrutória, onde*

*são apurados os fatos, com a colheita das provas pertinentes.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 12.983: “Ementa: (...) III - A descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na qual são efetivamente apurados, e não na portaria de instauração ou na citação inicial.”*

- todos os direitos e meios de acompanhar o processo, de contestar provas e de produzir suas próprias provas a seu favor (convém reproduzir o texto do *caput* do art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990, embora não seja obrigatório e não é causa de nulidade não fazê-lo, visto que a Lei não exige e presume-se de todos os servidores o conhecimento de normas oficialmente publicadas e regularmente em vigor);
- que todas as petições da defesa, sobretudo para realização de ato de instrução processual, devem ser encaminhadas por escrito à comissão, apresentando desde já a relação de pertinência do pedido com o objeto do processo em curso;
- o local e horário de atendimento por parte da comissão (que pode ser, a critério da comissão, desde o recomendável de se disponibilizar toda a jornada padrão de trabalho, com quatro horas na parte da manhã e quatro horas na parte da tarde, até um mínimo de duas horas na parte da manhã e duas horas na parte da tarde, hipótese que faz subentender a reserva de parte da jornada apenas para deliberações internas - sem prejuízo de, se operacionalmente for possível, atender a defesa mesmo em horário não reservado para atendimento);
- menção de que se faz acompanhar de cópia integral do processo, com registro do número de folhas, de volumes e de anexos, se for o caso, como forma de desde o início da relação processual conceder total conhecimento do que consta dos autos, suprindo, inclusive, a ausência de especificação dos fatos na notificação inicial;
- **na hipótese de o processo ser digital e o acusado estar na ativa (e não licenciado ou afastado), o que lhe possibilita ser habilitado, conforme adiante se expõe, a notificação inicial deve informar ainda a possibilidade de os autos serem consultados a qualquer tempo e que os pedidos de prova podem ser encaminhados por intermédio da funcionalidade “solicitação de juntada de documento” (SJD) do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo). Antecipe-se que, em respeito à amplitude de defesa, esta habilitação deve ser preservada até a fase de julgamento.**

Embora se saiba que a norma de regência do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), a Instrução Normativa CGU nº 2, de 30 de maio de 2017, mais especificamente no § 1º do seu art. 6º, preveja o direito de o servidor pedir pela celebração do acordo em até cinco dias contados do recebimento da notificação inicial, conforme já aduzido **2.5.7**, por uma simples questão lógica, não se recomenda que se mencione tal possibilidade no corpo desta peça que lhe comunica sua condição de acusado, mesmo que os indícios de materialidade apontem para a plausibilidade de apenação com advertência. Ora, se já se trata de notificação inicial, obviamente o processo disciplinar já se encontra instaurado e a fase de admissibilidade já foi superada, não tendo a autoridade instauradora vislumbrado motivação para ofertar TAC ao servidor. Neste contexto, o destaque dado na notificação inicial para este direito normatizado provavelmente induzirá o acusado à crença da plausibilidade de seu pleito e o levará a peticionar, sendo de se presumir que a autoridade instauradora indeferirá o pedido, o que, por fim, apenas acarretará um desgaste desnecessário e dispensável logo no início da relação processual estabelecida com o inquérito administrativo.

Existindo no processo mais de um servidor acusado, ainda que os fatos que os arremem sejam exatamente os mesmos, deve a comissão lavrar notificações iniciais individuais, sem menções recíprocas. Prosseguindo na hipótese, caso haja nos autos dados sigilosos de cada um deles (sobretudo de sigilos fiscal e bancário, sem prejuízo também de merecerem atenção especial os dados protegidos por sigilos profissional de forma geral e em especial médico-

pericial, de comunicações, telefônico ou de qualquer forma relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem, por exemplo), não há que se opor obstrução ao acesso aos demais coacusados e a seus procuradores. Este entendimento é o cristalino reflexo do princípio da comunhão da prova, mencionado em **3.3.3.7**, e restou sedimentado com a manifestação da CGU, por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 19, de 10 de outubro de 2017.

*Enunciado CGU/CCC nº 19, de 2017: “Direito de acesso integral ao procedimento correicional por todos os acusados. Havendo conexão a justificar a instauração de procedimento correicional com mais de um acusado, a todos eles será garantido o acesso integral aos documentos autuados.”*

Embora literalmente o Enunciado CGU/CCC nº 19, de 2017, se volte de forma específica para dados sigilosos de coacusados, seu comando também se estende para dados protegidos de terceiros (contribuintes, de forma geral, envolvidos com os fatos sob apuração). Por exemplo, se em determinado processo disciplinar com mais de um acusado, há dados sigilosos de um terceiro associados a apenas um dos acusados, o Enunciado CGU/CCC, ao mencionar “acesso integral aos documentos autuados”, sem restringir se de coacusados ou de terceiros, permite acesso também ao outro acusado.

Não obstante a inteligência do princípio da comunhão da prova e o comando do Enunciado CGU/CCC acima, apenas por uma questão formal de melhor controlar o acesso a informações sensíveis, pode a comissão estabelecer o critério de autuar dados sigilosos em anexos individualizados.

Caso opte por esta rotina, se os dados sigilosos de cada um dos acusados já tiverem vindo encartados no processo desde a representação, pode a comissão os desentranhar do volume principal, por meio de termo próprio, e os autuar novamente, na forma de anexos separados e individualizados. E caso o processo já contenha, desde a fase de admissibilidade, dados protegidos por sigilo que se vislumbre que serão não utilizados como prova por se revelarem desnecessários para a apuração, convém que a comissão registre em termo o seu desentranhamento e devolução para a autoridade instauradora, seja para sua guarda no Escor enquanto transita o processo (caso se vislumbre qualquer possibilidade de uso futuro), seja para sua destruição (caso se tenha certo que não serão objeto de provocações futuras).

*Nas peculiaridades decorrentes da adoção do processo digital pelo sistema correicional da RFB, é de se destacar que a comissão, por intermédio do responsável, deve habilitar o acusado a acessar os autos, conforme já exposto em **2.4.3**. Diferentemente da habilitação das equipes Gabin, Diaco e da própria comissão, que são feitas para a íntegra das equipes, a habilitação para o acusado, no sistema e-Processo, obrigatoriamente é feita de forma individualizada, por meio do seu nº de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), habilitação esta que se perde a cada alteração de responsável, devendo, então, a comissão atentar para esta limitação do sistema e refazer a habilitação.*

*Acrescente-se que não existe funcionalidade no sistema e-Processo para que acusado inativo ou ex-servidor e seus procuradores acessem o processo digital, nem mesmo por meio do Centro Virtual de Atendimento (e-CAC).*

*Nos processos digitais formalizados no sistema e-Processo, além da aplicação do princípio da comunhão da prova e do comando do Enunciado CGU/CCC nº 19, de 2017, ainda opera, a mesma esteira a limitação operacional, pois sequer há possibilidade de se conceder habilitação a acusado de forma parcial, restringindo acesso à parte dos autos. Com isto, na hipótese de haver mais de um acusado e de se ter que anexar documentos protegidos pelas já mencionadas cláusulas individualíssimas de sigilo, não há como se restringir que um acusado habilitado não visualize aqueles dados do outro. Destarte, visando preservar os documentos protegidos por cláusulas individualíssimas, faz-se necessário autuá-los em processos digitais específicos, juntando-os por apensação ao processo principal. E na hipótese excepcional de as características dos documentos não permitirem a sua juntada a um processo*

digital, deverá ser formalizado processo em papel, classificado no Sief Processos no grupo “Processo Tributário”, tipo “Outros Tributário” e subtipo “Processo Dossiê em Papel do Processo Digital (PDPPD)”. Neste caso, o processo digital deverá ter o número e a descrição do PDPPD registrados em suas palavras-chave..

Quanto à forma de entrega da notificação inicial, reconhece-se e antecipa-se que, a rigor, o ato de notificar o servidor de sua condição de acusado no início dos trabalhos não encontra expressa e literal previsão na Lei nº 8.112, de 1990, sendo sua necessidade extraída da leitura sistemática da Lei e dos princípios reitores. Diferentemente, a Lei nº 8.112, de 1990, nos §§ 1º e 4º do art. 161, previu de forma expressa um ato de comunicação posterior, que é a citação para apresentar defesa. Na ausência de previsão legal específica para a notificação inicial, muito do que se precisa para elucidar tal relevante ato é interpretado, sistematicamente, a partir do que a mesma Lei previu para a citação - daí, a presente remissão ao § 4º do seu art. 161.

Assim sendo, adiante-se que o § 4º do art. 161 da Lei nº 8.112, de 1990, ao expressar, em incidente abordado em **4.3.5.1**, a possibilidade de o servidor se recusar a receber a mencionada citação, permite a interpretação de que aquele relevante ato de comunicação deve, a princípio, ser pessoalmente entregue ao servidor.

Ora, uma vez que a notícia primordial da existência de um processo contra o servidor é ainda mais relevante e essencial do que a provocação para que o mesmo apresente sua defesa no curso daqueles autos de que já tem conhecimento, é bastante plausível defender que também a notificação inicial, na mesma linha que o § 4º do art. 161 da Lei nº 8.112, de 1990, atribuiu à citação, deve preferencialmente ser entregue de forma pessoal ao servidor.

A recomendação da entrega pessoal ao servidor também encontra amparo na aplicação extensiva do art. 351 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) e do *caput* do art. 105 e do art. 238, ambos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), sendo certo que a expressão “citação inicial” constante das leis processuais penal e civil se coaduna com a presente notificação inicial da processualística disciplinar, que inaugura a relação processual.

*CPP - Art. 351. A citação inicial far-se-á por mandado, quando o réu estiver no território sujeito à jurisdição do juiz que a houver ordenado.*

*Art. 357. São requisitos da citação por mandado:*

*I - leitura do mandado ao citando pelo oficial e entrega da contrafé, na qual se mencionarão dia e hora da citação;*

*II - declaração do oficial, na certidão, da entrega da contrafé, e sua aceitação ou recusa.*

*CPC - Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica.*

*Art. 238. Citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual.*

Também se justifica a adoção da formalidade de se tentar fazer pessoalmente a entrega da notificação pessoal por se lembrar que este, em geral, é o primeiro contato da comissão com o servidor, merecendo maior solenidade, por já embutir certo grau de gravidade e de extrema seriedade. Ademais, sendo este o momento em que o acusado passa a ter conhecimento da existência do processo disciplinar, até então, como regra, é pouco provável que ele já tenha formalmente apresentado à comissão seu eventual procurador (isto em geral somente pode ocorrer se o servidor tiver tido ciência da fase de admissibilidade e apresentado procurador). Não obstante, se excepcionalmente já houver nos autos procuração para que terceiro acompanhe o processo em nome do servidor - e, obviamente, desde que este

instrumento de mandato não excetue tal poder de receber atos de comunicação processual e em especial a notificação inicial - e caso o próprio acusado manifeste desejo de que estes atos sejam dirigidos a seu procurador, pode então, alternativamente, a comissão coletar a ciência do representante legal na notificação inicial, conforme já abordado em 4.3.6.1 e em 4.3.6.2. Na hipótese de já haver procurador constituído nos autos com poder de receber a notificação inicial, o ato entregue a um dispensa a entrega a outro.

No caso de ser entregue pessoalmente, a notificação inicial deve ser extraída em duas vias, ficando uma via com o destinatário e coletando-se recibo datado na outra via, que fará parte do processo.

Quanto ao portador desta preferencial entrega diretamente ao servidor, pode ser realizada tanto por apenas um dos membros da comissão (o presidente ou indistintamente qualquer dos dois vogais, não sendo necessária a formalidade de estarem presentes os três integrantes) quanto por um servidor estranho à comissão, seja integrante do grupo de atividades administrativas dos Escor que porventura o possuam, seja ainda por qualquer servidor do Escor (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros).

Quanto ao local da entrega da notificação inicial, aborda-se primeiramente o caso comum de o acusado ser um servidor lotado ou em exercício na mesma localidade em que se sedia a comissão. O servidor incumbido da tarefa de entregar a notificação inicial pode, de imediato, buscar contato telefônico com o servidor, a fim de explicar previamente a situação jurídica em que este se encontra e justificar a necessidade e a relevância deste primeiro contato pessoal.

Tendo havido o contato telefônico, pode-se combinar de o servidor comparecer à sala da comissão, até para privilegiar a discrição e a reserva, ou de o portador da notificação inicial se dirigir a seu local de trabalho (sobretudo quando o servidor é lotado ou tem exercício em unidade situada no mesmo prédio em que se sedia o colegiado).

Obviamente, esta iniciativa de buscar o prévio contato telefônico com o servidor pode não ser factível quando, desde cedo, já se presume que este não colaborará com os trabalhos, inclusive e sobretudo na hipótese de existir fundado receio de este se evadir, dificuldade esta que pode ser contornada com um contato prévio com a chefia do servidor ou com o titular da sua unidade de lotação ou de exercício, a fim de solicitar à autoridade que chame o subordinado a seu gabinete, em horário previamente combinado para que o portador da notificação inicial também lá compareça.

Avançando nas hipóteses, também no caso de o servidor ser lotado ou ter exercício em unidade situada em localidade distinta daquela em que se sedia a comissão, mantém-se a recomendação de primeiramente se tentar fazer um contato prévio com o próprio, seja por telefone, seja até meio de videoconferência (quando se percebe uma maior necessidade de cautela neste primeiro contato) e combinar a remessa da notificação inicial por meio do correio eletrônico institucional (nos já mencionados termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 2002) ou por meio de correio eletrônico comercial ou particular do servidor ou de seu eventual procurador ou ainda até mesmo por via postal (com aviso de recebimento, conforme o § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 1999).

*Portaria SRF nº 1.397, de 2002 - Art. 1º O Correio Eletrônico, ferramenta de propriedade da Secretaria da Receita Federal - SRF, constitui instrumento de uso institucional, destinado ao intercâmbio de mensagens, para fins de racionalização do trabalho e aumento da produtividade.*

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 26.*

*§ 3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.*

Em **4.3.11.3**, a cuja leitura se remete para evitar desnecessária repetição, apresentam-se as cautelas comprobatórias - e que, portanto, devem ser autuadas - do envio por parte do remetente e do recebimento por parte do destinatário de atos de comunicação por meio de correio eletrônico institucional ou privado e por via postal.

Interessante pontuar que, diferentemente dos diplomas legais de instância pública instrumental punitiva (quais sejam, o CPP e a Lei nº 8.112, de 1990), o CPC, no inciso I do art. 246, no *caput* e no inciso IV do art. 247, nos §§ 1º e 4º do art. 248 e no art. 249, não só contempla o chamamento da parte aos autos por via postal como também até elege esta como a forma padrão e ordinária de se fazer a citação inicial no processo civil (similar à notificação inicial do processo disciplinar). Ademais, a lei processual civil contempla ainda a possibilidade de se fazê-lo por meio eletrônico, podendo-se dizer até que reserva-se para a entrega pessoal do termo (no caso, por meio de oficial de justiça) uma qualidade de secundária e excepcional.

*CPC - Art. 246. A citação será feita:*

*I - pelo correio;*

*II - por oficial de justiça;*

*III - pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório;*

*IV - por edital;*

*V - por meio eletrônico, conforme regulado em lei.*

*Art. 247. A citação será feita pelo correio para qualquer comarca do país, exceto:*

*IV - quando o citando residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência;*

*Art. 248.*

*§ 1º A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo.*

*§ 4º Nos condomínios edifícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que, entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente.*

*Art. 249. A citação será feita por meio de oficial de justiça nas hipóteses previstas neste Código ou em lei, ou quando frustrada a citação pelo correio.*

A aplicação extensiva na processualística disciplinar do comando estabelecido no § 1º do art. 248 do CPC deixa inequívoco que, na hipótese de se empregar via postal para entrega da notificação inicial, o único requisito exigido sobre a correspondência é que seja feita por meio de carta registrada com aviso de recebimento. E é importante destacar que o CPC, no § 4º do mesmo art. 248, ratificou a validade da entrega do ato de comunicação a porteiros ou demais empregados em caso de o servidor residir em condomínio ou qualquer outra espécie de moradia com controle de acesso, sendo certo que alcança também o empregado doméstico da sua própria unidade residencial. E, se o destinatário estiver ausente, o comando legal permite que o responsável pelo recebimento de correspondência recuse receber, desde que declare a ausência por escrito.

Uma possibilidade mais residual de entrega da notificação inicial a servidor lotado ou em exercício em unidade situada em localidade distinta daquela em que se sedia a comissão, contando com concordância doutrinária, é o presidente da comissão encaminhar, por meio de malote, as duas vias do documento e cópia dos autos para o chefe da unidade, na forma de uma carta precatória (cuja definição se encontra no inciso III do art. 237 do CPC, ou simplesmente precatória, conforme lhe dá emprego o art. 353 do CPP), para que aquela autoridade entregue pessoalmente ao servidor e devolva à comissão uma via devidamente assinada e datada (ressalve-se que esta situação em nada se confunde com os dois incidentes narrados a seguir, em **4.3.5**).

*CPP - Art. 353. Quando o réu estiver fora do território da jurisdição do juiz*

*processante, será citado mediante precatória.*

*CPC - Art. 237. Será expedida carta:*

*III - precatória, para que órgão jurisdicional brasileiro pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato relativo a pedido de cooperação judiciária formulado por órgão jurisdicional de competência territorial diversa;*

*“Conquanto sejam silentes os regimes disciplinares a respeito da modalidade de citação por precatória, entendemos que inexistam qualquer contra-indicação jurídica a que se realize, no processo disciplinar, a citação por essa forma.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 161, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Prosseguindo ainda mais nas hipóteses, no caso de servidor que se encontra em gozo de licença ou inativo (aposentado ou em disponibilidade) ou de ex-servidor (já punido com pena expulsiva em outro processo administrativo disciplinar - PAD - ou exonerado), qualquer daqueles portadores aceitáveis deve tentar o contato no último domicílio atualizado dentre todos os constantes das diversas bases de dados ao dispor da RFB. Neste rol, pode-se citar as bases de dados disponíveis no macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas (mais especificamente no SA3) ou nos processos de trabalho de arrecadação e de fiscalização (tais como no sistema CPF e nas declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - DIRPF).

Ainda nestes casos de servidor licenciado ou inativo ou de ex-servidor, pode-se também estender quaisquer tentativas anteriormente expostas para servidor lotado ou em exercício em unidade situada na mesma localidade em que se sedia a comissão ou em localidade distinta.

Por costumar acarretar problemas na celeridade processual, merece maior cautela a hipótese de o servidor em licença médica - a ser descrita em **4.4.9.1** - que se recusa a receber a notificação inicial para figurar como acusado, nos termos já expostos em **3.2.5**. Em tal situação, deve a comissão provocar a junta médica oficial a se manifestar se a doença incapacita o acompanhamento do processo disciplinar. Se a junta médica atestar que não incapacita, a comissão pode tentar notificá-lo (talvez, se for o caso, tendo de lançar mão de instrumentos descritos em **4.3.5**), pois conforme também entende a doutrina, o fato de estar de licença médica não necessariamente o impede de acompanhar o processo disciplinar.

*“O fato de o servidor acusado estar em gozo de licença médica quando da instalação dos trabalhos não impede a sua notificação prévia, e muito menos significa que irá causar alguma nulidade no processo disciplinar.” Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, “Processo Administrativo Disciplinar - Manual”, pg. 314, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

Estando o servidor em local sabido no exterior e sem ter constituído procurador, poder-se-ia cogitar de adaptar ao processo disciplinar o instrumento da carta rogatória (cuja definição se encontra no inciso II do art. 237 do CPC e conforme lhe dão emprego os arts. 368 e 783 do CPP), com o quê a comissão provocaria a autoridade instauradora a encaminhar ao Ministério da Justiça (MJ) o pedido de notificação inicial, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes. Todavia, a jurisprudência entende que, como o instituto da carta rogatória é de competência exclusiva do Poder Judiciário, somente se aplica ao processo judicial, devendo se adotar na espécie a provocação mediante ofício dirigido à autoridade consular (embora o julgado mencione expressamente oitiva de testemunha, verificando-se que o entendimento se funda na natureza extrajudicial do ato, também se aplica à notificação inicial). Destaque-se que, estando o servidor em local sabido, ainda que no estrangeiro, não se pode lançar mão de notificação inicial por edital, descrita a seguir, em **4.3.5.2**.

*CPP - Art. 368. Estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o*

*seu cumprimento. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996)*  
 Art. 783. *As cartas rogatórias serão, pelo respectivo juiz, remetidas ao Ministro da Justiça, a fim de ser pedido o seu cumprimento, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes.*

*CPC - Art. 237. Será expedida carta:*

*II - rogatória, para que órgão jurisdicional estrangeiro pratique ato de cooperação jurídica internacional, relativo a processo em curso perante órgão jurisdicional brasileiro;*

*TRF da 2ª Região, Apelação Cível nº 381.707: “Ementa: A colheita de prova testemunhal realizada por autoridade consular e requerida mediante ofício não macula o processo administrativo disciplinar a ser por ela instruído, pois, em se tratando de ato extrajudicial (Decretos 1.560/95 e 1.850/96), descabida a expedição de carta rogatória, para a qual seriam exclusivamente competentes as autoridades jurisdicionais.”*

No caso específico da RFB, estando no exterior o servidor a ser notificado e não tendo constituído procurador, deve a comissão emitir a notificação inicial e, mediante ofício, encaminhá-lo à autoridade instauradora, com solicitação de que esta encaminhe à Coordenação-Geral de Relações Internacionais (Corin), a fim de que esta unidade central realize o ato, mediante a Embaixada brasileira no país. Se o país no exterior contar com Adidância Tributária e Aduaneira da RFB junto à Embaixada do Brasil (caso dos Estados Unidos da América, Argentina e Paraguai), pode a autoridade instauradora remeter a notificação inicial, via ofício, à Adidância, para que esta, junto à Embaixada, diligencie para a realização do ato.

Em qualquer dos casos elencados, para as mais diversas situações ou condições funcionais ou geográficas do servidor, o caráter alternativo da entrega da notificação inicial ao acusado ou ao seu procurador por acaso já constituído neste momento processual, já defendido acima (embora se reconheça ser pouco provável esta hipótese), e a múltipla possibilidade de meios e formas de fazê-lo validamente foram referendados pela CGU, por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), conforme o seu Enunciado CGU/CCC nº 10, de 30 de outubro de 2015, desde que feita por escrito (não se aceita o comunicado meramente verbal) e com comprovação da ciência, na linha do § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 1999. Embora se reconheça que a literalidade do dispositivo mais pareça se reportar apenas às comunicações de atos de instrução processual, não se faz imperativa uma leitura restritiva, podendo se tomar como referência para outros momentos processuais, conforme aqui se faz.

*Enunciado CGU/CCC nº 10, de 2015: “Validade da notificação de atos processuais. A validade de uma intimação ou notificação real fica condicionada a ter sido realizada por escrito e com a comprovação da ciência pelo interessado ou seu procurador, independentemente da forma ou do meio utilizado para sua entrega”.*

#### **4.3.4.2 - Momento de Notificar, Exclusão do Polo Passivo e Inexistência de Defesa Prévia**

Preservada a cautela de não se impor precipitada ou levemente a alguém o ônus de figurar como acusado em processo disciplinar, a notificação inicial do servidor deve ser feita no início da instrução (pois se presume que a representação ou denúncia já a justifique), para evitar nulidade ou refazimento. Não se deve tratar como testemunha ou como qualquer condição de terceiro a quem não se garantam as prerrogativas de ampla defesa e de contraditório o servidor contra o qual já se têm elementos no processo que o apontam como possível autor ou responsável pelo fato sob apuração.

E é praticamente imperativo afirmar que a fase de admissibilidade que tenha redundado na proposta de instauração e que tenha recebido juízo de admissibilidade positivo

da parte da autoridade instauradora, no contexto de esgotamento das investigações e das pesquisas, abordado em 2.5, tem inequívocos indícios não só de materialidade mas também de autoria, de forma que soa incoerente - no estágio de elaboração atual da fase de admissibilidade - que se tenha uma instauração à margem de indícios de autoria. Em outras palavras, é excepcional e até pouco coerente a hipótese de a instauração não ser logo sucedida pela notificação inicial de um servidor (ou até mais de um) como acusado.

Da mesma forma, se, no curso do processo disciplinar, surgirem elementos de convicção que apontam outro servidor (*a priori*, lotado ou em exercício em unidade da mesma Região Fiscal - RF) a figurar como acusado, conforme já abordado em 4.2.2.1.1, deve-se notificá-lo de imediato e fazer as comunicações à autoridade instauradora e ao titular da unidade de lotação. **Na hipótese de o processo ser digital e este novo acusado estar na ativa (e não licenciado ou afastado), o que lhe possibilita ser habilitado, a notificação inicial deve informar ainda a possibilidade de os autos serem consultados a qualquer tempo e que os pedidos de prova podem ser encaminhados por intermédio da funcionalidade solicitação de juntada de documento (SJD) do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), até a fase de julgamento.**

Desdobre-se que este servidor pode ter vindo ao polo passivo por terem sido identificados indícios de atuação nos mesmos fatos que acarretaram a instauração e que já se encontravam sob apuração - podendo esta atuação ser uma coparticipação, em concurso de pessoas com outro servidor que já figurava como acusado ou podendo também esta atuação excluir a suposição de autoria que recaía sobre aquele primeiro acusado, por excludência); ou pode ter vindo ao polo passivo por terem sido identificados indícios de atuação em outros fatos que guardam relação de conexão (em sentido amplo) com os fatos originalmente sob apuração. Em ambas hipóteses de extensão do foco apuratório (seja por identificar a atuação do novo acusado nos mesmos fatos originais, seja por identificar sua atuação em fatos conexos), também atua como condicionante o momento processual ainda justificador do alargamento dos trabalhos; não sendo conexos os novos fatos ou, mesmo que o sejam, sendo identificados em momento processual que já não mais recomenda a extensão, deverá a comissão representar à parte para a autoridade instauradora emitir específico juízo de admissibilidade.

Nos casos acima expostos em que se justifica notificar um servidor da sua condição de acusado já no curso do inquérito administrativo, deve a notificação inicial expressar o direito de solicitar refazimento de atos instrucionais porventura já realizados e autuados antes de seu ingresso no polo passivo. Na ausência de previsão legal de prazo para resposta do novo acusado, deve-se conceder os cinco dias estabelecidos no *caput* do art. 24 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. E é de se ponderar que, se este novo acusado solicitar refazimento de atos de instrução já coletados antes de seu ingresso no polo passivo, demonstra-se bastante razoável que a comissão conceda deferimento a seu favor, pois, do contrário, pelo menos para este acusado, os tais atos não terão sido objeto de plena oferta de contraditório (por plena oferta, entenda-se aqui a possibilidade de presença, participação e contestação no real momento de sua feitura e coleta, depreendendo a natureza e a dinâmica intrínseca do ato, antes de sua fria e estática redução a termo) e, portanto, serão atos potencialmente nulos e efetivamente carrearão nulidade à formação de convicção contrária à defesa se forem considerados na eventual indicição.

Reitera-se que, tanto no caso de um único acusado contra quem se produziram atos de instrução probatória previamente à sua notificação inicial quanto no caso de outro servidor vir a ser notificado como acusado já no curso do inquérito administrativo, não é de se ter como automática e obrigatoriamente a serem refeitos todos os atos antecedentes de natureza contraditável (tais como provas orais, diligências e perícias *lato sensu*). A notificação inicial, acompanhada de cópia integral dos autos, tem o condão de iluminar, para a defesa, a possibilidade de peticionar pela produção de provas. Portanto, os atos de instrução contraditáveis apenas devem ser refeitos se assim o acusado requerer (a denegação imporia

forte risco de prejuízo à defesa e, conseqüentemente, de nulidade).

Reforça-se a recomendação de notificar o quanto antes tanto o servidor já apontado na fase de admissibilidade como possível autor dos fatos a serem apurados como também algum servidor contra quem se levantam indícios de responsabilidade (seja em coautoria, seja por excludência) já no curso do inquérito administrativo. Indistintamente de quem se trata, deve-se destacar que notificar é o primeiro ato de respeito à defesa, pois, para que um servidor possa se defender, antes é preciso saber que existe contra ele acusação.

Assim, embora haja ônus para o servidor figurar como acusado em processo disciplinar, até em respeito à defesa, é melhor notificá-lo o quanto antes, a fim de que ele, exercendo suas garantias constitucionais, contribua para afastar a acusação, em lugar de inquisitorialmente conduzir o processo e formar a convicção de culpabilidade (por vezes até equivocada), com risco de refazimento dos atos.

Tendo a comissão notificado servidor para acompanhar o processo como acusado, convém solicitar ao órgão competente o seu dossiê funcional (dossiê do RH, extraído do Sistema Integrado de Administração de Pessoal - Siape), do qual consta o histórico funcional do servidor (onde se lêem, por exemplo, dentre informações relevantes para posterior dosimetria de eventual punição, o tempo de experiência, as unidades de lotação, os antecedentes disciplinares, os eventos de capacitação e treinamentos recebidos, etc). No caso de servidor da ativa lotado em unidade descentralizada ou em unidade central situada fora de Brasília, o dossiê do RH é de competência da Divisão de Gestão de Pessoas da respectiva Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil (SRRF/Digep); no caso de servidor da ativa lotado em unidade central situada em Brasília, o dossiê do RH é de competência da Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep); e, no caso de inativo ou de ex-servidor, o dossiê do RH é trasladado destas unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) para a Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda (Samf) do Estado de residência do agente.

Relembre-se que pode a comissão identificar, no decorrer dos trabalhos, indícios de materialidade e de autoria de infração cometida por servidor lotado (ou em exercício) em diferente RF, ou seja, na jurisdição de outro Escritório de Corregedoria (Escor). Nesta hipótese, se o caso comporta desmembramento, deve-se proceder à representação apartada ao respectivo Chefe de Escor; se o caso não comporta desmembramento, o Escor de origem deve consultar o Corregedor, que define a que Escor incumbe todo o apuratório, conforme o § 1º do art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014.

Se, em um processo disciplinar, após ter notificado um único servidor como acusado, no curso do inquérito administrativo, a comissão adquire convicção da sua inocência (tendo comprovado a ausência de materialidade ou de autoria ou ainda por qualquer motivo que faça afastar a imputação original), deve o colegiado proceder ao interrogatório do acusado e apresentar ser relatório final à autoridade instauradora, sem indiciar e sem coletar defesa escrita, propondo arquivamento. Mas uma situação um pouco diferente se configura quando, em um processo disciplinar em que transitem mais de um servidor notificado como acusado, a comissão adquire convicção de não mais se justificar manter um deles no polo passivo (seja em função de notificação inicial de outro servidor que exclua a anterior, seja em função de se ter comprovado a inocência ou por outro motivo qualquer que justifique sua exclusão). Neste caso incomum, recomenda-se que o colegiado delibere tal fato em ata e apresente relatório parcial à autoridade instauradora, descrevendo detalhadamente os motivos de tal deliberação.

Ato contínuo, a autoridade instauradora deve apreciar a provocação da comissão e exarar sua decisão, concordando com a exclusão do servidor originalmente acusado ou discordando de tal proposta, e remeter sua decisão ao colegiado, para juntada aos autos. Destaque-se que o incidente transcorre nos autos do processo disciplinar original, dispensando-se o formalismo de se proceder a desmembramento para que em autos apartados se analisasse a questão da exclusão prévia. Caso a autoridade instauradora acate as razões

apresentadas pela comissão, o servidor é considerado excluído do polo passivo e do rol de acusados, tendo como consequência serem afastados, a partir deste momento, os gravames da condição de responder a processo disciplinar. Não obstante, ressalve-se que nada impede que, se for o caso de o julgamento requerer autoridade julgadora de maior hierarquia, pode esta autoridade discordar da decisão inicial e determinar a reabertura do processo em face daquele servidor previamente excluído do polo passivo.

No processo disciplinar, não há previsão legal para que a comissão intime o acusado para que ele apresente defesa prévia. Neste momento do processo, antes de se ter procedido à apuração contraditória e à acusação formal (indiciação, se for o caso), tal iniciativa por parte do colegiado seria inócua e ineficiente, pois, a rigor, o servidor ainda não teria do que se defender. Não obstante, em observância ao princípio da ampla defesa, pode o acusado, espontaneamente, sem ter sido instado pela comissão, trazer tantos quantos arrazoados entender convenientes no curso da instrução, conforme também entende a doutrina.

*“Em razão do contraditório e da ampla defesa, é recomendável que os memoriais, razões antecipadas de defesa e outros documentos apresentados pelo acusado sejam sempre recebidos, autuados, em separado ou não, e considerados para fim de análise de julgamento final.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 147, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

#### **4.3.5 - Notificações Iniciais Fictas**

A rigor, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, não tratou de disciplinar as situações em que o servidor se recusa a assinar a notificação inicial ou não é encontrado para fazê-lo. Recomenda-se, portanto, buscar analogia para as soluções expostas na mesma Lei quando estas situações ocorrem em outro momento, qual seja, na citação para apresentar defesa, conforme o § 4º do art. 161 e o art. 163, ambos da Lei nº 8.112, de 1990. Há ainda uma terceira situação, não prevista em nenhuma passagem da mencionada Lei, em que o servidor, estando em local certo e conhecido, se oculta para não receber a notificação inicial, para a qual a solução é encontrada em códigos processuais.

##### **4.3.5.1 - Recusa de Recebimento da Notificação Inicial**

No caso de o servidor ser encontrado mas se recusar a assinar a notificação inicial, se o portador é um dos integrantes da comissão, este deve consignar o incidente em termo e coletar dois testemunhos, preferencialmente estranhos ao trio processante; se o portador não é membro da comissão (como, por exemplo, um integrante do grupo de atividades administrativas do Escritório de Corregedoria (Escor) ou até mesmo qualquer servidor do Escor, caso a unidade correcional não possua aquele grupo), deve reportar o fato, junto com duas testemunhas, para que integrante da comissão consigne o incidente em termo. Destaque-se que, na hipótese de antecipadamente se inferir a possibilidade desta recusa de recebimento, pode o integrante da comissão ou quem quer que seja o portador da notificação inicial já se fazer acompanhar das duas testemunhas. E, a rigor da literalidade do § 4º do art. 161 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (na verdade, estabelecida para um momento processual posterior, o da citação para apresentar defesa escrita e aqui tomado como remédio jurídico de aplicação extensiva), não se exige que estas testemunhas sejam servidores; mas, por óbvio, podendo sê-lo é melhor, em razão da fé pública que agregam, conforme também converge a doutrina.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 161*

*§ 4º No caso de recusa do indiciado em apor o ciente na cópia da citação, o prazo para defesa contar-se-á da data declarada, em termo próprio, pelo membro da comissão que fez a citação, com a assinatura de 2 (duas)*

*testemunhas.*

*“(...) se o servidor acusado se recusar a receber a citação, deverá haver uma formalização desse evento. Para o caso, é de se cumprir, por analogia, o disposto no § 4º do art. 161 da Lei nº 8.112, de 1990, que manda seja lavrado um termo de recusa em receber a citação para apresentação de defesa, por um dos membros da comissão.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 127, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

*(Nota: Embora tenha registrado “citação”, nesta passagem acima reproduzida, o autor se refere a o que aqui se nomeou como “notificação inicial”.)*

*“Recomenda-se que, neste caso, as duas testemunhas da cientificação não sejam membros da comissão, uma vez que esta, representando a Administração, é parte nesse processo, (...), podendo naquela hipótese ser eventualmente pechada de suspeita.” Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis”, pg. 271, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

*“Se ele se recusar a receber a notificação prévia coletam-se dois testemunhos (analogia com o que está previsto para a citação).”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 101, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Ato contínuo ao incidente e lavrado o termo de recusa por integrante da comissão, deve o colegiado deliberar em ata que considera o servidor notificado como acusado a partir da data de lavratura do termo.

#### **4.3.5.2 - Servidor em Lugar Incerto e Não Sabido e Réu Preso**

Na tentativa de suprir a recomendação geral de a notificação inicial ser pessoalmente entregue ao servidor, deve-se, preliminarmente, realizar duas tentativas de encontrá-lo, em dias e em horários diferentes, no seu local de trabalho e no(s) endereço(s) residencial(is) declarados nas diversas bases de dados ao dispor da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), bem como, para maior demonstração de exaurimento de tentativas de localização, enviar duas correspondências para o(s) mesmo(s) endereço(s). Neste rol, pode-se citar as bases de dados disponíveis no macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas (mais especificamente no Sistema de Apoio às Atividades Administrativas - SA3) ou nos processos de trabalho de arrecadação e de fiscalização (tais como no Sistema de Cadastro Pessoas Físicas - CPF e nas declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - DIRPF).

A referência à quantidade de duas tentativas de encontrar o servidor, em seu local de trabalho e em seu domicílio (ou em sua residência, conforme definem os arts. 70 a 72 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil - CC), reside no *caput* do art. 252 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC). Tal hipótese, enfrentada com certa frequência por comissões, pode ocorrer, por exemplo, em razão de servidor ativo que, por qualquer motivo, não está comparecendo ao seu local de serviço (ou ainda no caso de se tratar de inativo ou de ex-servidor).

*CC - Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.*

*Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.*

*Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.*

*Parágrafo único. Se a pessoa exercitar profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem.*

*CPC - Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver*

*procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.*

A exemplo do relatado em **4.3.4.1**, estas diligências podem ser realizadas por apenas um membro da comissão ou por um integrante do grupo de atividades administrativas do Escor ou até mesmo por qualquer servidor do Escritório de Corregedoria (Escor), caso a unidade correcional não possua aquele grupo (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros).

Após ter-se comprovadas as tentativas de localizá-lo e de notificá-lo no trabalho e nos locais declarados como de seu domicílio ou de sua residência (por meio de termos de ocorrência, com identificação daqueles que as realizaram, data e hora e coletando, se possível, testemunho assinado de colegas, amigos, parentes ou vizinhos de que não mais é visto naqueles locais ou outras informações porventura prestadas), esta circunstância deve ser registrada por termo assinado pelos membros da comissão, configurando, então, que o servidor está em lugar incerto e não sabido.

Na aplicação extensiva do § 3º do art. 256 do CPC à processualística disciplinar, a condição de estar o servidor em local incerto e não sabido pode se configurar com a infrutífera solicitação de seu endereço, por parte da comissão, a órgãos públicos ou a concessionárias de serviços públicos, a se somar às vãs tentativas por parte do próprio colegiado em localizar o agente.

*CPC - Art. 256.*

*§ 3º O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos.*

Percebe-se, portanto, que a procedimentalização a ser adotada deve ser dividida em dois momentos distintos. Primeiramente, deve a comissão exaurir todas as possibilidades legalmente previstas para notificar pessoalmente o servidor, por meio de idas a seu local de trabalho e a seu endereço residencial.

Somente após o esgotamento em vão destas tentativas de notificar pessoalmente o servidor da sua condição de acusado é que, no segundo momento, deve a comissão seguir a mesma regra disposta pelo *caput* do art. 163 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (na verdade, estabelecida para um momento processual posterior, o da citação para apresentar defesa escrita e aqui tomado como remédio jurídico de aplicação extensiva) e lançar mão do edital, publicado no Diário Oficial da União (DOU) e também em um jornal de grande circulação no local do último domicílio conhecido (o último domicílio atualizado nas já mencionadas bases de dados), pelo menos uma vez em cada um destes veículos, conforme também solucionam o art. 361 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) e o *caput* e os incisos do art. 256 do CPC e aceita a doutrina.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 163. Achando-se o indiciado em lugar incerto e não sabido, será citado por edital, publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido, para apresentar defesa.*

*CPP - Art. 361. Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias.*

*CPC - Art. 256. A citação por edital será feita:*

*I - quando desconhecido ou incerto o citando;*

*II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o citando;*

### *III - nos casos expressos em lei.*

*“Não fala a lei em afixação de edital na repartição.*

*Por não especificar o número de vezes que o edital deva ser publicado (...), entende-se que é uma só, em cada um dos órgãos de comunicação, obrigatória em ambos. (...).” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 162, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

*“Ao se referir à ‘última publicação’, o texto parece indicar que haverá mais de uma publicação em cada órgão. Mas a intenção do legislador, parece-nos, foi mesmo referir-se às duas publicações (Diário Oficial e jornal da localidade), considerando que o edital será veiculado em dias diferentes. Assim, o prazo é contado a partir do dia em que ocorreu a última publicação de um ou de outro desses veículos.” Léo da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, pg. 171, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

Se o servidor tido como estando em local incerto e não sabido tem domicílio em município diferente daquele em que exerce seu cargo, o edital de notificação em jornal de grande circulação deve ser publicado em jornal da localidade de exercício do cargo (trata-se do instituto do domicílio necessário do servidor, conforme o art. 76 do CC).

*CC - Art. 76. Têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso.*

*Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença.*

Destes editais de notificação devem constar nome do presidente da comissão, nome do servidor e sua condição de acusado no processo, endereço da sala de instalação da comissão, horário de atendimento e todos os direitos que se elencam em qualquer notificação inicial. A comissão deve juntar aos autos uma via destes editais, com o recorte de suas publicações. **Na hipótese de o processo ser digital e o acusado estar na ativa (e não licenciado ou afastado), o que lhe possibilita ser habilitado, os editais devem informar ainda a possibilidade de os autos serem consultados a qualquer tempo e que os pedidos de prova podem ser encaminhados por intermédio da funcionalidade solicitação de juntada de documento (SJD) do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo).**

Havendo mais de um servidor nesta situação, a notificação inicial por edital será coletiva.

O servidor será considerado notificado como acusado justamente na data de publicação do último edital (não há que se confundir com o mandamento do parágrafo único do art. 163 da Lei nº 8.112, de 1990, com a qual se traria à tona interpretação equivocada de que a notificação inicial como acusado somente se configuraria em quinze dias após a última publicação).

Além disto, se as circunstâncias recomendarem, convém o presidente comunicar ao chefe imediato do servidor, à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda (Samf) e ao respectivo Chefe do Serviço Médico da jurisdição que o servidor está respondendo a processo disciplinar e encontra-se em lugar incerto e não sabido, solicitando que seja comunicado à comissão seu eventual comparecimento a estas unidades ou órgãos, para fim de imediata notificação inicial.

Recomenda-se também solicitar à autoridade instauradora que, se o servidor se apresentar, não lhe sejam concedidas férias ou outros afastamentos que a lei atribua ao administrador poderes discricionários para sua concessão, enquanto for necessário o seu comparecimento perante a comissão.

Decorridos mais de trinta dias de ausência injustificada do servidor ao serviço, a autoridade instauradora providenciará a imediata abertura de novo processo administrativo disciplinar (PAD) para apurar o suposto abandono de cargo.

O emprego daqueles dois editais neste momento processual supre a necessidade de notificar o servidor de sua condição como acusado nos autos. Mas, no caso de, ainda assim, ele permanecer ausente do processo, os dois editais não afastam a necessidade de notificação da realização dos atos de instrução, conforme se mencionará em **4.4.3.2**, o que, muito provavelmente, caso o acusado não atenda àquela primeira notificação inicial por edital, também importará no emprego de quantos editais se fizerem necessários no curso da instrução processual. Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos.

*Orientação Coger nº 37*

*Na ausência de previsão legal para emprego de defensor dativo no curso da instrução processual, somente cabe tal designação em face da declaração da condição de indiciado revel.*

Por fim, depreende-se do art. 76 do CC, acima reproduzido, que, tendo o réu preso paradeiro certo, ao servidor nesta condição não se aplica a notificação inicial por edital. No mesmo sentido é a clara determinação do art. 360 do CPP, com a qual se harmoniza a doutrina. Em que pese a especificidade da situação, para fins administrativos, deve a comissão, ao máximo possível, tentar empregar o procedimento comum de notificação inicial, seja por meio de diligência no presídio ou unidade carcerária, seja requerendo ao juízo da vara de execuções penais a apresentação do preso ao órgão administrativo, ressaltando-se apenas a recomendação de também entregar uma cópia a seu procurador, caso exista. Extensivamente, também se assevera que não é caso de empregar edital para servidor que se encontra internado em estabelecimento hospitalar em razão de tratamento de sua saúde.

*CPP - Art. 360. Se o réu estiver preso, será pessoalmente citado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 01/12/03)*

*“O servidor preso será citado pelo membro da comissão, em diligência ao presídio. Ou, então, será requerida ao Juiz titular da Vara de Execuções Penais a apresentação do preso no órgão público, quando será procedido o ato citatório.” Léo da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, pg. 174, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

O edital também não deve ser empregado na hipótese de o servidor estar em local sabido no exterior. Neste caso, conforme já mencionado em **4.3.4.1**, um dos remédios jurídicos aceitos é o emprego de ofício, via autoridade consular, sendo também conveniente a constituição de procurador na localidade onde corre o processo.

### **4.3.5.3 - Servidor em Local Conhecido e que se Oculta para Não Receber a Notificação Inicial**

Um terceiro incidente pode ainda ocorrer, como uma situação intermediária às duas anteriormente descritas: o servidor tem paradeiro certo e conhecido, mas oculta-se, para não ser notificado, quando um dos membros da comissão (o presidente ou indistintamente qualquer dos dois vogais, não sendo necessária a formalidade de estarem presentes os três integrantes) ou um integrante do grupo de atividades administrativas dos Escritórios de Corregedoria (Escor) que porventura o possuam ou ainda qualquer servidor do Escor vai a seu encontro (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros).

A rigor, não se trata do primeiro caso, em que o portador efetivamente encontra o servidor e ele se nega a assinar a notificação inicial. Tampouco se trata do segundo caso, em

que a comissão sequer sabe onde encontrá-lo. Aqui, a comissão sabe onde o servidor pode ser encontrado, mas, diante de sua estratégia de se ocultar, não logra ficar diante dele para tentar lhe entregar a notificação inicial. A hipótese ora tratada alberga, por exemplo, a situação, enfrentada com certa frequência, em que o portador da notificação inicial dirige-se à residência do servidor ativo, que, por qualquer motivo, não está comparecendo ao seu local de serviço (ou ainda no caso de se tratar de inativo ou de ex-servidor), e quem o atende até confirma que ele ali reside mas informa que não se encontra no momento e que não sabe dizer quando estará presente.

Neste caso, primeiramente, deve a comissão conseguir demonstrar nos autos que são conhecidos os locais de trabalho e de residência onde pode ser encontrado o servidor ativo ou o local de residência onde pode ser encontrado o inativo ou o ex-servidor. Por local de residência entendam-se o(s) endereço(s) residencial(is) declarados nas diversas bases de dados ao dispor da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), tais como nas bases de dados disponíveis no macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas (mais especificamente no Sistema de Apoio às Atividades Administrativas - SA3) ou nos processos de trabalho de arrecadação e de fiscalização (tais como no Sistema de Cadastro Pessoas Físicas - CPF e nas declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - DIRPF).

Além disto, deve também registrar nos autos algumas tentativas de encontrá-lo neste(s) local(is), em diferentes dias e horários, redigindo atas de deliberação e termos de ocorrência - com identificação daqueles que as realizaram, data e hora e coletando, se possível, testemunho assinado de colegas de trabalho e de superiores hierárquicos ou de familiares, empregados, vizinhos, amigos, porteiros ou quaisquer outros prepostos -, com que se comprovem as sucessivas idas infrutíferas àquele(s) endereço(s), a saber, à unidade de lotação ou de exercício e ao endereço residencial do servidor ativo ou ao endereço residencial do inativo ou do ex-servidor. Como referência, pode-se mencionar a quantidade de duas tentativas, conforme estabelecido no *caput* do art. 252 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) - ressalvando-se que pode ocorrer de, na segunda ou na terceira ou até em mais idas sucessivas, de fato, a comissão se deparar com ausências justificáveis do servidor, não podendo se tomar a referência de duas tentativas como limite fatal. A questão crucial no presente tema não reside no simples esgotamento de duas idas ao local em que se presumia poder encontrar o agente, mas sim na existência de indícios de que este intencionalmente se oculta.

Configurada então a hipótese em tela, uma última tentativa prática de solucionar o incidente - antes de se buscar apoio jurídico em integração com outras leis -, seria de quaisquer dos possíveis portadores da notificação inicial se revezarem no(s) tal(is) local(is) conhecido(s), no máximo de tempo possível de abrangência, para ostensivamente tentarem encontrar o servidor. Restando também esta estratégia infrutífera ou até mesmo desaconselhável (por exemplo, por questões de segurança pessoal dos portadores), pode-se buscar uma solução no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), eleito como primeira fonte de integração na processualística disciplinar em caso de lacuna tanto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, quanto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. O *caput* do art. 362 do CPP, por sua vez, remete ao procedimento estabelecido nos arts. 252 a 254 do CPC (atualizando a remissão aos arts. 227 a 229 da revogada lei processual civil).

*CPP - Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008)*

*CPC - Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua*

*falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.*

Segundo os mencionados arts. da lei de processo civil, quando há suspeita de que o réu se oculta, deve ser intimada qualquer pessoa da família ou um vizinho ou um amigo ou ainda porteiros e outros prepostos ou empregados do condomínio ou residência de que o oficial retornará no dia útil imediato, na hora que designar, para proceder ao ato de comunicação (a chamada “citação com hora certa “), aqui aplicados extensivamente como última tentativa de a comissão encontrar pessoalmente o servidor. Assim, na hipótese em que há indícios de que o servidor, embora de paradeiro certo e conhecido, não é encontrado no local onde seria esperado, em decorrência de intencionalmente se ocultar da comissão, será considerado notificado como acusado na data previamente aprezada, mesmo que nesta oportunidade novamente não seja encontrado.

Nesta instrumentalização excepcional, de se destacar que deve o emissário portar consigo a notificação inicial já pronta (para a hipótese de lograr o encontro pessoal), registrar em termo de ocorrência mais uma ida infrutífera à residência do servidor (no mínimo, a segunda vez) e intimar um parente, vizinho, amigo, porteiro, empregado ou preposto a comunicar ao agente que o colegiado retornará em dia imediatamente posterior e em horário previamente determinado, a fim de proceder à notificação inicial e levar aos autos aquele termo e uma via recebada desta intimação.

Interessante destacar que, a exemplo do que se pontuou para o caso da citação em processo civil por via postal, o CPC, no parágrafo único do art. 252, ratificou a validade da intimação a porteiros ou demais empregados em caso de o servidor residir em condomínio ou qualquer outra espécie de moradia com controle de acesso, sendo certo que alcança também o empregado doméstico da sua própria unidade residencial.

*CPC - Art. 252.*

*Parágrafo único. Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a intimação a que se refere o caput feita a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.*

Todos estes registros servem de prova das sucessivas idas infrutíferas da comissão àqueles endereços - sobretudo ao residencial - e das recomendações deixadas com quem atendeu o portador para que informasse o servidor quando se retornaria para tentar novamente encontrá-lo. A cada diligência no endereço residencial, deve-se buscar extrair o máximo de informações de parte de quem atende (seja para lograr um meio seguro de enfim encontrar o servidor, seja para deixar inequívoco nos autos a sua estratégia de se esquivar da comissão), tais como confirmação de que o agente realmente reside naquele endereço, as razões da sua ausência, a previsão de horário de retorno, o horário em que é mais provável encontrá-lo em casa ou ainda alguma outra forma de contato.

Para este último deslocamento, em que se presume a necessidade de redigir um termo conclusivo quanto aos incidentes de ocultação e qualificador da condição de acusado, convém que vá um dos integrantes da comissão. Na data e horário aprezados, novamente não encontrando o servidor, após consignar com quem atender que o agente foi informado do comparecimento anterior do signatário e da data e do horário marcados para esta última tentativa e coletar as informações da razão de sua ausência, conforme o caput e o § 1º do art. 253 do CPC, deve o integrante da comissão lavrar novo termo de ocorrência, em duas vias, em que se registram a ausência do acusado e que não se dispõe de previsão de seu horário de retorno, a consideração de que a notificação inicial está realizada e o nome da pessoa que lhe atender, deixando uma via do termo com esta pessoa, como a contrafé a que se refere o 3º do mesmo dispositivo legal, e levando a outra via para os autos.

Acrescente-se que, de acordo com o § 2º do art. 253 do CPC, a ausência do parente ou vizinho que havia sido intimado ou a sua recusa em receber o ato de comunicação não impedem que se efetive o ato com hora certa.

Obviamente, em nenhum dos dois momentos, pode o portador deixar a notificação inicial em si (embora convenha que sempre a porte já pronta) e muito menos cópia do processo com um estranho aos autos. Por fim, autuados os termos de ocorrência e com a notificação inicial, deve a comissão remetê-los, no prazo de dez dias contados da autuação, juntamente com cópia integral dos autos, na via postal, com Aviso de Recebimento (AR, em que o remetente preenche um formulário próprio, que lhe é devolvido, assinado por quem recebeu a postagem, comprovando que a remessa foi entregue), para o endereço residencial do acusado, conforme o art. 254 do CPC.

*CPC - Art. 253. No dia e na hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou à residência do citando a fim de realizar a diligência.*

*§ 1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca, seção ou subseção judiciárias.*

*§ 2º A citação com hora certa será efetivada mesmo que a pessoa da família ou o vizinho que houver sido intimado esteja ausente, ou se, embora presente, a pessoa da família ou o vizinho se recusar a receber o mandado.*

*§ 3º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com qualquer pessoa da família ou vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.*

*Art. 254. Feita a citação com hora certa, o escrivão ou chefe de secretaria enviará ao réu, executado ou interessado, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência.*

Verifica-se abaixo que a Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GM-3, já se manifestou pelo emprego do remédio previsto na lei civil em caso de ocultação (embora o caso em espécie se referisse à entrega da citação para apresentar defesa, é perfeitamente aplicável à notificação inicial como acusado). A mesma interpretação extensiva, a favor do emprego do instituto da hora certa no processo disciplinar, também se extrai da manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 11, de 30 de outubro de 2015. Embora se reconheça que a literalidade do dispositivo se reporte apenas à citação para apresentar defesa, não se faz imperativa uma leitura restritiva, podendo se tomar como referência para outros momentos processuais, conforme aqui se faz. O mesmo se aplica à doutrina.

*Parecer AGU nº GM-3, não vinculante: “Ementa: O Direito Disciplinar rege-se por normas específicas e independentes do Direito Penal, inexistindo viabilidade jurídica de serem aproveitadas normas criminais, por via analógica, a fim de nulificar processo disciplinar por haver-se efetuado a citação por hora certa com vistas à apresentação de defesa.*

*6. A maneira como se efetua o chamamento para o indiciado apresentar sua defesa encontra-se prescrita na Lei nº 8.112, art. 161, § 1º: “será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão”. O sentido literal desse comando, por si só, é suficiente para demonstrar a validade do procedimento consistente em o indiciado receber o mandado expedido pelo presidente do colegiado. É norma desprovida da rigidez que representaria a exigência de que se efetuasse a citação, exclusivamente, por edital, em se esquivando o indiciado de recebê-la.*

*7. A execução do ato processual de citação por hora certa atende à literalidade e à finalidade do art. 161, tanto que nessa maneira de atuar não se vislumbra qualquer dano para o exercício do direito de ampla defesa.”*

*Enunciado CGU/CCC nº 11, de 2015: “Citação por hora certa no procedimento disciplinar. No âmbito do Processo Disciplinar, a citação poderá ser realizada por hora certa, nos termos da legislação processual civil, quando o indiciado encontrar-se em local certo e sabido, e houver suspeita de que se*

*oculta para se esquivar do recebimento do respectivo mandado”.*

*“A citação por hora certa aplica-se àqueles casos em que há suspeita de que o servidor indiciado está se ocultando para não receber a citação ou a notificação.*

*Subsidiariamente, aplica-se o Código de Processo Civil (art. 227 e 228) quando, por três vezes o membro-secretário procurar o servidor indiciado para entregar a citação e não o encontrando em casa ou no trabalho, poderá intimar o chefe imediato de que no dia posterior voltará, durante o expediente normal da repartição, a fim de efetuar a citação, na hora designada.*

*No dia e hora designados, o membro-secretário comparecerá no setor onde trabalha o servidor indiciado, a fim de realizar a diligência.*

*Se o servidor indiciado não estiver presente, o membro-secretário procurará se informar das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o indiciado tenha se ausentado do setor, com o intuito de se esquivar do ato.*

*O membro-secretário lavrará certidão da ocorrência e deixará contrafé (cópia) com o chefe imediato do servidor indiciado, mencionando-o na respectiva certidão.*

*Após, o colegiado registrará tudo em ata e o presidente determinará que seja enviada ao servidor indiciado, para sua residência, por carta registrada com AR de ‘mão própria’, cópia da certidão e do mandado, dando-lhe ciência.”*

*Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, “Processo Administrativo Disciplinar - Manual”, pg. 363, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

## **4.3.6 - Acompanhamento do Processo**

### **4.3.6.1 - Prerrogativa de Acompanhamento Pessoal, por Procurador ou por Advogado e Defesas Colidentes**

O processo disciplinar rege-se, dentre outros, pelo princípio do formalismo moderado. Este princípio, ao lado do princípio da eficiência e do interesse público de buscar a verdade material, se manifesta de inúmeras maneiras e em diversos momentos processuais. Uma de suas manifestações mais indubitáveis, expressa no *caput* do art. 156 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é o direito de o acusado acompanhar o processo, caso queira, na íntegra ou em ato específico, seja pessoalmente, seja por meio de procurador. No processo disciplinar, são previstas tanto a defesa presencial, em que o servidor está presente ao ato, quanto, alternativa ou cumulativamente, a defesa por meio de procurador, em que ele se faz representar, podendo esta ainda ser técnica, quando se faz representar especificamente por advogado.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.*

Ainda como reflexo das assertivas acima, da mesma forma como se aduzirá em **4.3.11.3** e em **4.4.3**, no processo disciplinar, para o acompanhamento do rito instrucional, deve a comissão comunicar à defesa (aqui, indistintamente se mencionando o próprio acusado e seu procurador) não só a realização dos atos de busca de prova como também o resultado de suas decisões, respostas e posicionamentos face a petições, questionamentos e os mais diversos tipos de provocações com que a parte provoque o colegiado.

Para concretizar tais atos de comunicação - que, em sua síntese, viabilizam o direito de acompanhamento do processo -, basta que a comissão cuide de entregá-los apenas ao acusado, como seu apriorístico destinatário, ou apenas ao seu procurador, como seu destinatário subsidiário e desde que sua procuração não excetue tal poder de receber, conformese abordará

adiante, em 4.3.6.2. Ora, se a Lei regente desta processualística sequer exigiu a presença de procurador e tampouco de advogado, menos ainda se cogitaria de exigência de entrega de atos de comunicação a estes representantes legais nos casos em que sejam voluntariamente constituídos. Na hipótese de o servidor preferir constituir alguém que o represente nos autos e mesmo este sendo especificamente advogado, não se faz necessário entregar a ambos os diversos atos de comunicação com que se chama a parte a acompanhar o rito, podendo se deixar a critério e ao encargo da defesa sua comunicação interna (o repasse de informações, por parte do acusado ou por parte do procurador, acerca do andamento processual ao seu representante ou ao servidor é ônus daquele que respectivamente figura como destinatário das comunicações).

E, uma vez definido que basta comunicar a um dos dois agentes legalmente autorizados, justifica-se a eleição apriorística do próprio acusado com base na assertiva de que, ainda que tendo constituído procurador e mesmo até sendo este formalmente advogado, ninguém melhor, como regra, que o próprio servidor para cuidar de seus interesses. Nesta senda, antecipe-se que a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo federal *lato sensu* e aqui aplicável subsidiariamente à Lei nº 8.112, de 1990, no caput do seu art. 26 e no seu art. 41, elege o interessado (o acusado, no caso) como destinatário apriorístico dos atos de comunicação e ainda contempla o meio de entrega por via postal com aviso de recebimento.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.*

*Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.*

A convenção ora exposta somente se altera, centralizando-se os atos de comunicação e a participação processual no procurador, caso as condições do acusado dificultem ou inviabilizem a entrega pessoal (por estar de licença, afastado, preso, afastado ou em paradeiro não sabido) ou caso este não possa, por qualquer outro motivo, ou manifeste não querer receber pessoalmente as comunicações da comissão e acompanhar o processo.

É de se destacar o caráter alternativo desta normatização: nem a simples indicação apriorística de que os atos de comunicação podem ser entregues diretamente ao acusado e muito menos a possibilidade concedida de se fazê-lo por meio do procurador podem ser confundidas com algum tipo de obrigatoriedade excludente. O princípio do formalismo moderado opera aqui uma dupla possibilidade, em forma de alternatividade simplificadora e agilizadora dos trabalhos processuais. Tanto a Administração quanto a defesa podem se harmonizar e escolherem a forma mais conveniente e produtiva de se concretizar a vontade da Lei, no sentido de se estabelecer a dialética processual e de que os atos atinjam os fins a que se proponham.

Ou seja, diferentemente do que ocorre em instância judicial, caso o acusado opte por exercitar o acompanhamento da apuração, pode fazê-lo pessoalmente e de forma exclusiva. O texto legal foi claro ao prever o caráter alternativo do acompanhamento, pessoal ou por procurador, facultando a escolha ao próprio interessado. Não há necessidade de constituir procurador e menos ainda, se for o caso, de este ser advogado (a defesa técnica é uma faculdade na instância disciplinar), conforme também entende a doutrina.

*“97) O servidor público pode exercer sua autodefesa no processo administrativo disciplinar, sem estar assistido por advogado ou defensor dativo, ainda que não possua inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pg. 1069, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Em outras palavras, na seara administrativa em geral e inclusive na processualística

disciplinar, é como se operasse uma concessão postulatória ao próprio administrado, ao próprio interessado, aqui mais especificamente na condição de acusado. Diferentemente do processo judicial em geral (em que, salvo exceções a exemplos de juizados especiais cíveis, processo administrativo fiscal e causas trabalhistas, a simples capacidade processual para ser parte e para produzir atos jurídicos personalíssimos no processo não se confunde com a mais específica capacidade postulatória, para a qual se exige alguma técnica como requisito essencial de validade para a prática de determinados atos, normalmente atribuída ao profissional capacitado para o regular exercício da advocacia e detentor da devida procuração), no processo disciplinar, a lei não impôs capacidade técnica para o próprio interessado praticar atos em geral e nem mesmo para peticionar, contestar e recorrer

Sequer ampara a tese da imprescindibilidade de advogado em instância disciplinar o art. 133 da Constituição Federal (CF), que diz ser o advogado “indispensável à administração da justiça”, pois o dispositivo constitucional condiciona tal exigência aos “limites da lei”. Além de sistematicamente não se encontrar em toda a CF dispositivo expressamente obrigando a defesa técnica, a interpretação a *contrário sensu* do mencionado art. 133 é de que se aceita, nos limites da lei, processo sem advogado (e há exemplos reais disto, como acima já indicados). Ora, esta mesma CF condiciona a apuração punitiva ao devido processo legal; em atendimento, a Lei nº 8.112, de 1990, estabelece o rito e, não obstante, não prevê obrigatoriedade de advogado. Diante da parte final do art. 133 da CF, permitindo que a lei regule o tema caso a caso, não há que se criticar de inconstitucional a Lei nº 8.112, de 1990, por não exigir advogado, tanto que nunca houve tal declaração formal por parte da Corte competente, e assim entende a jurisprudência.

*STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 244.027: “Ementa: Agravo regimental a que se nega provimento, porquanto não trouxe o agravante argumentos suficientes a infirmar os precedentes citados na decisão impugnada, no sentido de que, uma vez dada a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável, no processo administrativo, a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória.”*

*STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 207.197: “Ementa: A extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, onde é indispensável a atuação do advogado.”*

*Idem: STF, Agravo de Instrumento nº 239.029, Recurso Extraordinário nº 396.288 e Mandado de Segurança nº 2.961.*

E o tema foi definitivamente soterrado com a edição da Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal (STF), abordada em **4.3.6.3**.

Podem ser feitas algumas ilações acerca da motivação do legislador ordinário em não ter imposto a presença de advogado no processo disciplinar. Mencione-se que tal instância não põe em risco garantia fundamental da pessoa (a saber, a liberdade). Na ponderação de bens tutelados, o processo penal, como melhor exemplo, cuida de bem jurídico mais relevante para a pessoa que o processo disciplinar, que, em sua essência, trata de uma relação jurídico-estatutária que se firma entre servidor e Estado, que, em amplo sentido sociológico, engloba a “relação de trabalho”. Ora, se é assim, se, na lei trabalhista, podem os empregados reclamarem pessoalmente à Justiça do Trabalho - conforme o art. 791 do Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho - CLT) -, não se sustenta tratamento tão diferenciado para o servidor. Ademais, em última análise, em caso de afronta a garantias fundamentais, sempre pode o servidor socorrer-se no Poder Judiciário. Acrescente-se que o ônus da prova é da Administração, não necessitando o servidor de comprovar sua inocência. Em reforço, o caráter facultativo da defesa técnica é reiterado na já mencionada Lei

nº 9.784, de 1999, mais especificamente no inciso IV do art. 3º da Lei nº 9.784, de 1999. E, por fim, relembre-se o previsto equilíbrio de forças na relação processual, já que, se o Estatuto não exige que comissão e autoridades instauradora e julgadora sejam bacharéis em Direito e advogados, é aceitável que também não o tenha feito para o procurador da parte, se for o caso.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:  
IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.*

Uma vez que, no processo disciplinar, o acusado possui capacidade postulatória, a não obrigatoriedade da presença de advogado não acarreta prejuízo, pois ao próprio servidor destinatário das provocações para participar da instrução probatória cabe discernir quando lhe convém buscar a defesa técnica e ter a intervenção do profissional habilitado nos momentos processuais que eleger.

Mas, em contrapartida, não pode este procurador ser servidor (pois, neste caso, ele pode, pelo menos em tese, se ver incurso na vedação prevista no inciso XI do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990).

O acusado pode constituir, em um mesmo instrumento, ou em mais de um, diversos procuradores para acompanhar o processo e todos terão acesso aos autos e aos atos de instrução. E, se porventura em atos instrucionais ou em qualquer forma de contato da defesa com a comissão comparecerem mais de um procurador de um mesmo acusado, todos têm o mesmo direito de pedir a palavra, de se manifestar e de pleitear. É de se compreender que os direitos constitucionais à ampla defesa e ao contraditório devem ser concedidos e estendidos à defesa como um todo (defesa aqui compreendida organicamente, como a íntegra do conjunto de agentes que atuam nas articulações a favor do acusado) e não apenas a um ou a alguns dos procuradores regularmente constituídos.

Ademais, não há vedação ou impedimento na Lei nº 8.112, de 1990, para que um mesmo procurador, sendo advogado ou não, atue na defesa de mais de um acusado em um mesmo processo disciplinar, bastando, para isto, que cada um assine a respectiva procuração individual ou que assinem em conjunto procuração única.

*A priori*, se contempla que, na imensa maioria dos processos com mais de um acusado copatrocinado, é possível esta regular e aceitável constituição de um mesmo procurador. Tal possibilidade é cabível tanto nas hipóteses em que os contornos fáticos e as condutas apuradas permitam que as teses, argumentações, estratégias e petições formuladas pelo procurador sejam exatamente as mesmas, uníssonas e convergentes, para todos os copatrocinados quanto também naquelas em que sejam apenas parcialmente coincidentes e até mesmo quando sejam específicas e dissociadas, em linhas autônomas de construção, sem pontos de convergência e de divergência, para cada copatrocinado. Em síntese, aqui se cogita da extensa gama de possibilidades de situações em que o procurador tenha total possibilidade de dispender a integralidade de seus esforços e recursos e de apresentar o mesmo grau de qualidade, compromisso e de capacidade profissional na defesa dos interesses comuns ou específicos de cada um de seus copatrocinados - deixando claro que esta homogeneidade laboral não significa necessariamente ter de valer-se das mesmas técnicas e alegações -, sem ter de privilegiar um(ns) em detrimento de outro(s).

Mas, ao contrário da configuração mais frequente de processos com múltiplos acusados, em que as condutas imputadas a cada um guardam uma fronteira de individualização e de estanqueidade subjetiva, podem ocorrer raras situações em que se encontrem arrolados em um mesmo processo servidores cujas condutas sob apuração guardem relações fáticas de excludência ou tenham como alegações de defesa teses que mutuamente se desmentem ou se contradizem, configurando o que se chama de defesas colidentes (ou defesas conflitantes). Em primeiro momento, estas situações não merecem preocupação se cada acusado tem sua própria linha de defesa, seja pessoal, seja por exclusivos procuradores. Por

fim, em resíduo excepcional, o tema se torna de fato sensível e passa a merecer maior grau de atenção quando mais de um acusado no mesmo processo constituem um mesmo procurador e seus interesses de defesa seguem linhas excludentes ou contrárias.

Por óbvia construção lógica, é inconcebível, à luz de toda rica gama principiológica que instrui a processualística disciplinar, que um mesmo procurador consiga ser igualmente técnico e dedicado ao defender acusados cujas linhas de defesa precisam mesmo ser de acusações recíprocas ou se baseiam em alegações que mutuamente se infirmam. Há de prevalecer neste conturbado e incomum contexto a tutela da preservação da amplitude de defesa a favor indiscriminadamente de qualquer acusado. E esta garantia fundamental não será completamente assegurada se os contornos fáticos forem tais que impeçam ou ao menos que mitiguem a total entrega, dedicação e lealdade igualitária e impessoal do procurador constituído em favor de todos os seus constituintes.

Focando especificamente no caso de o procurador ser um advogado, eis que o ordenamento jurídico - aqui em sentido amplo da expressão - busca proteger e assegurar aquela indispensável relação de integralidade dos esforços e de recursos do constituído a favor dos seus constituintes, positivando sua refração à ocorrência do indesejado incidente de defesas colidentes. Seja para um advogado que milite individualmente, seja no âmbito corporativo de uma sociedade de advogados (a exemplo de um escritório de advocacia), a ocorrência de defesas colidentes é proibida e sancionada desde como transgressão ética no diploma comportamental da instância administrativo-classista, por meio da entidade de classe reguladora da atividade advocatícia, conforme os arts. 17 e 18 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), até como tipo criminal, conforme se lê no parágrafo único do art. 355 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP).

*Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - Art. 17. Os advogados integrantes da mesma sociedade profissional, ou reunidos em caráter permanente para cooperação recíproca, não podem representar em juízo clientes com interesses opostos.*

*Art. 18. Sobrevindo conflitos de interesse entre seus constituintes, e não estando acordos os interessados, com a devida prudência e discernimento, optará o advogado por um dos mandatos, renunciando aos demais, resguardado o sigilo profissional.*

*CP - Patrocínio infiel*

*Art. 355 - Trair, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio, em juízo, lhe é confiado:  
Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa.*

*Patrocínio simultâneo ou tergiversação*

*Parágrafo único - Incorre na pena deste artigo o advogado ou procurador judicial que defende na mesma causa, simultânea ou sucessivamente, partes contrárias.*

Aqui se quer destacar, sobretudo com a reprodução do comando do CP, que o bem jurídico tutelado, da plena e inabalável relação mútua de confiança entre constituinte e constituído, é tão relevante que a sua fragilização chama até a incidência gravosa do Direito Penal.

Diante da configuração de defesas colidentes, duas possibilidades se apresentam. De um lado, a primeira, requeridora de nenhum esforço oficial, se dá quando o próprio acusado e/ou o próprio procurador percebe(m) a inviabilidade de se manter a relação de patrocínio e, após acertos externos ao processo disciplinar, traz(em) a solução com a espontânea desconstituição, hipótese em que nada cabe a ser feito pela comissão a não ser autuar e acatar a petição. De outro lado, merece muito maior cautela quando é a comissão quem detecta a colidência entre as defesas.

Neste rumo, primeiramente, é de se afirmar que deve ser vista como atípica, rara,

residual, cautelosa e até de certa forma constrangedora e invasiva a declaração, da lavra da comissão, de que não devem se sustentar, em razão de um motivo de incompatibilidade, aquela escolha voluntária, por parte do servidor, de determinado procurador para defender seus interesses e a aceitação deste encargo por parte do procurador. Tratando-se especificamente de um advogado, pode se até dizer que tal assertiva por parte da comissão carrega em si um certo tom de crítica seja à lealdade ética profissional seja ao conhecimento técnico do ordenamento regulador daquela atividade laboral. Ademais, trata-se de um incidente que atua em sentido contrário ao fluxo natural do caminhar instrumental em busca de um fim, comum e ordinário do processo, devendo ser visto como excepcional (da mesma forma como é a excepcional, invasiva e constrangedora a declaração de defesa inepta ou insuficiente, que se abordará em **4.8.5.2**)

Daí porque não convém a comissão se expor a manifestar a colidência de defesas por uma mera inferência ou avaliação de risco futuro potencial ainda não concretizado. Relembrando as extensas possibilidades, acima aventadas, de copatrocínio em mesmo processo sem colidência de defesas e das excepcionais configurações fáticas que efetivamente autorizam se cogitar deste traumático incidente processual, somente cabe à comissão declarar sua ocorrência quando há defesas que reciprocamente se acusam ou que se baseiam em teses excludentes (ainda que não sejam de acusações recíprocas). Este entendimento restritivo do que sejam defesas colidentes encontra amparo jurisprudencial.

*STJ, Habeas Corpus nº 232.620: “Ementa: IV - Só se configura o conflito de defesas na hipótese em que um réu atribui a outro a prática criminosa que só pode ser imputada a um único acusado, de modo que a condenação de um ensejará a absolvição do outro, ou quando o delito tenha sido praticado de maneira que a culpa de um réu exclua a do outro, o que, in casu, não ocorreu (precedentes).”*

Somente neste caso e no momento da cabal percepção do conflito é que cabe à comissão deliberar pela declaração da ocorrência de defesas colidentes e intimar os acusados e seu procurador a que opere(m) a(s) desconstituição(ões). Uma vez detectada pela comissão a inequívoca ocorrência de defesas colidentes, não deve o colegiado se omitir na intimação para que os acusados e procuradores busquem a solução, já que se presume que o incidente inevitavelmente leva ao prejuízo da garantia constitucional da ampla defesa, o que pode configurar insanável nulidade processual com posterior refazimento de atos.

Aprofundando a questão da possível nulidade decorrente de defesas colidentes, necessário se restringir que aquele efeito somente se concretizará com a comprovação de prejuízo efetivo à defesa de algum(ns) dos copatrocínados. Esta convicção, também sob amparo jurisprudencial, permite estender que, se até determinado ponto da instrução processual, o procurador comum tenha demonstrado o mesmo grau de participação e de dedicação a favor dos interesses de todos os copatrocínados, de forma a até então não se vislumbrar nenhuma mitigação da amplitude de defesa contra os interesses de algum(ns) dos acusados, e, a partir daquele ponto, tenha-se detectado o surgimento de teses conflitantes, basta que neste momento a comissão declare a ocorrência do incidente e diligencie por seu saneamento, não cabendo alegação de prejuízo por parte das defesas nos atos pretéritos e tampouco se justificando seu refazimento. Apenas na hipótese de ter havido um lapso temporal no curso do qual já se identificam as defesas colidentes e prejuízo no patrocínio dos interesses de um ou de alguns dos copatrocínados é que cabe à comissão ofertar-lhes a possibilidade de peticionarem pelo refazimento destes atos inquinados (pontua-se que, mesmo neste caso, não há que se refazer de ofício os atos instrucionais pretéritos, mas sim apenas mediante petição).

*STJ, Habeas Corpus nº 268.662: “Ementa: 2. A nulidade decorrente da colidência de defesas pressupõe a demonstração de que houve, entre corréus defendidos pelo mesmo causídico, apresentação de teses conflitantes. Na espécie, das razões do writ consta apenas a menção de que o paciente e corréu*

*tiveram o mesmo defensor, sem, analiticamente, elucidar-se o prejuízo que tal circunstância, per se, neutra, poderia ter acarretado.”*

*STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 355.608: “Ementa: 2. Esta Corte entende que não há que se falar em nulidade, pois é necessário que se demonstre a colidência de defesas, bem como o efetivo prejuízo advindo dessa contradição.”*

*STJ, Habeas Corpus nº 144.542: “Ementa: 4. A colidência de defesas somente se configura se a culpa de um réu excluir a do outro, o que não ocorre na espécie, não havendo, enquanto representados pelo mesmo defensor público, Dr. (...), nenhum tipo de acusação recíproca entre o paciente (...) e o corréu (...). 5. A partir do momento em que o Dr. (...) entendeu pela possibilidade de teses conflitantes, houve a nomeação, a seu pedido, de mais um defensor para o promovendo, ficando, assim, as alegações finais do paciente (...) subscritas pela defensora pública Dr.<sup>a</sup>. (...) e as do corréu (...), pelo defensor público Dr. (...), tendo, cada qual, apresentado defesas específicas para a situação retratada nos autos.*

#### **4.3.6.2 - Requisitos da Procuração e Prerrogativas do Advogado**

Em todo caso, é necessário formalizar nos autos o poder de representação, seja por meio de procuração que confira ao procurador poderes para, genericamente, atuar na instância administrativa, seja concedendo poderes para, de forma mais específica, representar no curso de determinado processo, seja até registrando o poder de representar apenas no termo correspondente ao ato que irá acompanhar. Não havendo menção a este instrumento na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, se faz necessário iniciar este tópico com a reprodução do *caput* e do § 1º do art. 105 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC).

*CPC - Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica.  
§ 1º A procuração pode ser assinada digitalmente, na forma da lei.*

Quanto a esta procuração, alerta-se que a cláusula *ad judicium*, mesmo se seguida da expressão “para o foro em geral”, confere poderes ao mandatário apenas para via judicial, e, a rigor, para postulação na via administrativa, se faria necessário fazer constar do mandato ou a expressa manifestação do poder de representar na Administração ou no processo específico ou a cláusula *ad judicium et extra*. Diante dos princípios do formalismo moderado e da instrumentalidade da forma, uma procuração com concessão de poderes de representação em geral pode ser aceita, bem como também pode ser aceita ainda que redigida com atecnia de dispor apenas a cláusula *ad judicium* mas mencionar o processo disciplinar específico ou se mencionar poderes também para representar em instância administrativa. Tampouco se exige instrumento público, aceitando-se instrumento particular. Em outras palavras, tendo a comissão convicção de que a concessão de poderes expressada pelo documento, ainda que de maneira incorreta, atinge o objetivo de informar a intenção do servidor para que aquele procurador atue a seu favor no processo, pode-se aceitar a procuração, mesmo com a cláusula insuficiente. Por outro lado, recomenda-se solicitar nova procuração quando o termo apenas concede a cláusula *ad judicium* ou quando deixa dúvida acerca da extensão dos poderes.

Acerca da extensão de poderes, cabe aprofundar a questão com maior cautela. Além de avaliar a existência da cláusula *ad judicium et extra* ou da cláusula *ad judicium* seguida de expressa manifestação de vontade para outorgar o poder de representação na instância disciplinar ou no processo disciplinar específico, deve ainda a comissão atentar para detalhes

da redação do instrumento de mandato. Em conservadora analogia com o comando estatuído no *caput* do art. 105 do CPC, é de se verificar se o acusado, por meio da procuração, transfere integralmente ou em parte todo o seu poder postulatório ao procurador. A lei processual civil não estabelece como *default* a integral transferência do *jus postulandi*, tendo ressalvado que aqueles atos mais específicos e relevantes do poder de representação - que incluem dispor de direitos do constituinte, a exemplo de confessar, transigir, desistir, renunciar - requerem expressa manifestação na procuração. Estes atos mais gravosos de disposição de direitos não podem ser considerados, na instância processual civil, automaticamente transferidos para o advogado constituído. Portanto, este comando legal permite inferir que cabe cogitar de uma não automática e não integral habilitação para o procurador praticar todos os atos processuais.

Preservada a pertinente distância entre o processo disciplinar e o processo civil, destacada sobretudo pela base principiológica irrigada pelo formalismo moderado, convém que a comissão atente, conservadoramente, para os reflexos do comando do *caput* do art. 105 do CPC na condução do inquérito administrativo. Assim, estando diante de uma procuração com cláusula *ad juditia et extra* ou com cláusula apenas *ad juditia* mas que concede o poder postulatório na instância disciplinar ou no processo disciplinar específico e nada ressalva sobre não transferência de poder para praticar atos específicos e mesmo que nada expresse acerca da concessão de poderes mais específicos, pode a comissão interpretar que o acusado quis transferir integralmente todo o poder de representação ao procurador, sem exceções. De outro lado, ainda que expresse a cláusula *ad juditia et extra* ou apenas a cláusula *ad juditia* com poder postulatório na instância disciplinar ou no processo disciplinar específico e mesmo que agregue a expressão “para o foro em geral” mas ressalve algum poder específico - como, por exemplo, de receber notificações, intimações e citações ou atos de comunicação em geral -, convém que a comissão respeite literalmente esta manifestação de vontade de parte do acusado, interpretando que este limitou a transferência de parte de sua capacidade postulatória para seu procurador, ainda que este seja um advogado.

Em outras palavras, atentando para o direito do acusado de transferir a integralidade da sua capacidade postulatória para o procurador em geral e mais especificamente para o advogado detentor de habilitação legal e de capacitação profissional para laborar sua defesa técnica e tendo sempre à luz o princípio do formalismo moderado, tendo o servidor expressado a outorga de poderes mandatários sem expressar ressalvas e mesmo sem expressar destaques da concessão, é de se compreender total transferência do seu *jus postulandi* para o procurador; do contrário, tendo registrado ressalvas, é de se acatar a limitada vontade de transferir poderes, tendo a comissão de centrar na participação pessoal do acusado aqueles atos porventura excluídos do poder de representação.

Como não poderia ser diferente, é válido no processo disciplinar o instituto do subestabelecimento dos poderes, permitindo-se, em caso de reserva de poderes, no curso da instrução probatória, que a comissão se refira e se reporte tanto ao procurador subestabelecido quanto ao procurador subestabelecido, conforme aceita jurisprudência.

*STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 202.184: “Ementa: 1. Por entendimento pacificado no direito pretoriano, o nome de um só dos advogados constituído é suficiente para que se perfaça a intimação. 2. Quando há subestabelecimento sem reservas, a intimação só se perfaz quando chamado o advogado subestabelecido. 3. Se o subestabelecimento é com reserva de poder, a intimação pode ser feita no nome de um deles, subestabelecido ou subestabelecido, dando-se preferência ao advogado que pratica os últimos atos da instrução.”*

Ademais, dispensa-se reconhecimento de firma, a menos que haja dúvida quanto à legitimidade da representação, conforme o § 2º do art. 22 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, regulamentado pelo art. 9º do Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017, e atualizando o comando do art. 31 da Lei nº 4.862, de 29 de novembro de 1965. Tais dispositivos se fazem reproduzir no ordenamento interno, conforme os arts. 1º e 2º da Portaria RFB nº 1.880, de 24

de dezembro de 2013.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 22.*

*§ 2º Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.*

*Lei nº 4.862, de 1965 - Art. 31. Salvo em casos excepcionais ou naqueles em que a lei imponha, explicitamente, esta condição, não será exigido o reconhecimento de firmas em petições dirigidas à administração pública, podendo, todavia, a repartição requerida, quando tiver dúvida sobre a autenticidade da assinatura de requerente ou quando a providência servir ao resguardo do sigilo, exigir antes da decisão final a apresentação de prova de identidade do requerente.*

*Decreto nº 9.094, de 2017 - Art. 9º Exceto se existir dúvida fundada quanto à autenticidade ou previsão legal, fica dispensado o reconhecimento de firma e a autenticação de cópia dos documentos expedidos no País e destinados a fazer prova junto a órgãos e entidades do Poder Executivo federal.*

*Portaria RFB nº 1.880, de 2013. Art. 1º Fica dispensada a exigência de firma reconhecida nos documentos apresentados à Secretaria da Receita Federal do Brasil, exceto quando:*

*I - houver dúvida fundada quanto à autenticidade da assinatura aposta no documento apresentado; e*

*II - existir imposição legal.*

*Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica ao § 1º do art. 3º da Instrução Normativa RFB nº 944, de 29 de maio de 2009.*

*Art. 2º Verificada, em qualquer tempo, falsificação de assinatura em documento público ou particular, a repartição considerará não satisfeita a exigência documental e dará conhecimento do fato à autoridade competente, dentro do prazo improrrogável de 5 (cinco) dias, para instauração do processo criminal.*

Em que pese o princípio do formalismo moderado, não se deve acatar nenhuma postulação apresentada por terceiro qualquer, estranho ao processo e muito menos permitir que ele acompanhe ato de instrução probatória, desacompanhado do acusado e sem o devido mandato, apenas verbalmente se apresentando como procurador.

Todavia, tratando-se comprovadamente de advogado, o CPC, no *caput* e no § 1º do seu art. 104, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB), no § 1º do seu art. 5º, autorizam o advogado a postular, alegando urgência, mesmo que com mandato que lhe confira poderes insuficientes ou até sem procuração, sob condição, registrada em termo, de sanar a omissão no prazo de quinze dias, prorrogável por igual período. Mesmo neste caso específico, à vista do caráter sigiloso do processo disciplinar, previsto no art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, na leitura conjunta com o inciso XIV e o § 10 do art. 7º da Lei nº 8.906, de 1994, que exige apresentação de procuração para o exercício das prerrogativas profissionais em autos sujeitos a sigilo, convém recusar o acesso aos autos, enquanto não for apresentado o devido mandato.

*CPC - Art. 104. O advogado não será admitido a postular em juízo sem procuração, salvo para evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente.*

*§ 1º Nas hipóteses previstas no caput, o advogado deverá, independentemente de caução, exibir a procuração no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável por igual período por despacho do juiz.*

*Lei nº 8.906, de 1994 - Estatuto da OAB - Art. 5º*

*§ 1º O advogado, afirmando urgência, pode atuar sem procuração, obrigando-se a apresentá-la no prazo de quinze dias, prorrogável por igual período.*

*Art. 7º São direitos do advogado:*

*XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer*

*natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; (Redação dada pela Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016)*

*§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)*

No caso de eventual incidente de um advogado comparecer à sala da comissão postulando vista dos autos ou participação em ato instrucional sem nenhuma prévia comunicação por parte do acusado a favor daquele terceiro, para tentar solucionar o conflito momentâneo e requeredor de imediata decisão, pode o colegiado tentar contato telefônico com o servidor, a fim de que este confirme ter ciência da postulação e, ato contínuo, envie por escrito uma procuração (ou uma simples autorização para o ato), por fax ou por correio eletrônico institucional ou particular, ou ao menos que concorde com a elaboração de termo de ocorrência relatando o fato e que o advogado firme compromisso de fornecer a procuração no prazo legal, sob pena de representação à OAB. Do contrário, na ausência de tais providências, o acesso ou a participação devem ser indeferidos. Reitera-se que qualquer incidente desta natureza, à margem da necessária procuração, protagonizado por um terceiro qualquer que se intitula procurador do acusado mas que não tem a qualidade de ser advogado deve ser inequivocamente indeferido pela comissão.

Em decorrência da citada cláusula de reserva, a ampla representatividade de entidade sindical não se faz refletir no processo disciplinar. O sindicato ou qualquer outra associação de classe do acusado, tão somente em função de sua representatividade coletiva, não tem direito de acesso aos autos e de acompanhar o processo, nem mesmo por algum advogado especificamente integrante do seu corpo jurídico. Obviamente que isto não afasta a prerrogativa, à luz do princípio do formalismo moderado, de o acusado constituir nos autos, mediante regular procuração, algum membro da entidade classista para atuar como seu procurador, hipótese em que, especificamente como tal, ele terá livre acesso.

Mas, não possuindo o instrumento de mandato, não cabe o representante sindical, alegando seu poder de representatividade classista em defesa do interesse do associado, postular ou acompanhar informalmente (sem procuração ou sem constar do termo ao final por todos assinado) ato de instrução. Se, por um lado, é verdade que a Lei nº 9.784, de 1999, nos incisos III e IV de seu art. 9º, reconheceu direitos a organizações ou associações representativas, por outro lado, restringiu a prerrogativa de atuarem como interessados apenas no tocante a direitos coletivos ou difusos, enquanto o processo disciplinar é subjetivo e pessoal, interessando apenas ao acusado e a seu procurador legalmente constituído.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:*

*III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;*

*IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.*

#### **4.3.6.3 - Faculdade de Contraditar e Impropriedade de Designar Defensor *Ad Hoc* ou Dativo**

Voltando ao direito de acompanhamento do processo disciplinar, o *caput* do art. 156 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, reflete a essência do princípio fundamental do contraditório (consagrado no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal - CF), que, nesta instância processual, se faz refletir na segunda fase - do inquérito administrativo, a cargo da comissão. Daquele dispositivo legal se extrai que a Lei garante ao acusado a faculdade de poder exercer um direito, em nada se confundindo com mandamento impositivo. Como tal, o acompanhamento do processo deve ser visto como uma prerrogativa, que se oferece ao

acusado e que por ele será exercida ou não, a seu exclusivo critério, conforme entende a doutrina. O mandamento é tão somente de que a comissão deve garantir a oportunidade deste exercício, sem obstrução.

*“(...) esse direito de defesa é, em alguma medida, disponível, pois o Estado não pode, rigorosamente, obrigar alguém a defender-se de uma determinada forma. O que se deve observar é o respeito às oportunidades de defesa, estas sim imprescindíveis à validade do processo. (...)”*

*Veja-se que a técnica do silêncio ou mesmo da omissão pode ser uma forma técnica de defesa, inclusive com a perspectiva de nulificação do processo ou procedimento. Não se pode premiar aquele que fica em silêncio, mesmo dispondo de oportunidades de defesa, com a nulidade processual ou administrativa, retardando indevidamente a prestação jurisdicional (...). Penso que se mostra razoável o caminho de propiciar oportunidades aos acusados para o exercício de defesa. Se essas oportunidades são ou não devidamente aproveitadas, utilizadas, parece-me que é um problema dos acusados e de seus espaços de liberdade.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pgs. 526 e 527, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Esta faculdade já se manifesta desde a notificação inicial para acompanhar o processo como acusado, em que a praxe é de reproduzir no documento o citado dispositivo legal. E, no curso da instrução, a prerrogativa repercute na possibilidade franqueada ao acusado de, se assim quiser, comparecer (pessoalmente ou por seu procurador) a cada ato de elaboração de prova, mediante notificação com prazo hábil. Idêntico entendimento já foi externado na manifestação do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), por meio de Parecer.

*Parecer Dasp. Defesa concedida ao acusado - Meios probatórios Inassiduidade habitual. Demissão. A oportunidade de defesa foi dada ao acusado, oferecendo-lhe os meios probatórios dos quais não se socorreu. A administração não pode ficar à mercê dos caprichos dos seus servidores.*

O entendimento se reforça ao se atentar que, no processo disciplinar, diferentemente do que se observa no processo judicial civil, a ausência do acusado ou de seu procurador ao longo da fase de instrução não gera a favor da Administração presunção de verdade da acusação, uma vez que a ela cabe o ônus probante.

Tratando-se de um direito a ser disponibilizado ao acusado, se este não comparece (e nem se faz representar) à realização de ato de instrução, após ter sido regularmente notificado, não há determinação na Lei para que a comissão designe defensor *ad hoc* ou solicite à autoridade instauradora designação de defensor dativo. A expressão generalista e sem definição legal “defensor *ad hoc*” seria compreendida aqui como o servidor designado pela autoridade superior para atuar em favor dos interesses do acusado em processo disciplinar no curso de um ato probatório específico ou para pelo menos acompanhar a feitura de tal ato e cuidasse de verificar a regularidade de sua condução por parte da comissão, impedindo postura tendenciosamente contrária ao interessado ausente. Já “defensor dativo”, antecipando de forma muito sintética o que se abordará detalhadamente em **4.8.5.1**, é uma expressão com definição legal e com previsão de emprego na situação concreta e específica quando o acusado ou seu procurador constituído nos autos deixa de apresentar a defesa escrita, obrigando que a autoridade instauradora excepcionalmente designe um servidor para redigir aquela indispensável peça sem a qual o processo não pode prosseguir seu curso. Se não previsão legal para emprego de defensor *ad hoc* no processo disciplinar e nem sequer para defensor dativo na situação que ora se analisa, muito menos haveria exigência em lei para que estes fossem advogados (conforme já abordado em **4.3.6.1**) e menos ainda existe vedação para que a comissão realize o ato. De se destacar ainda que a Lei nº 8.112, de 1990, não exige que os integrantes da comissão e nem mesmo que a autoridade julgadora tenham formação jurídica, em inequívoca preservação do equilíbrio de forças na relação processual (visto que o processo disciplinar tem apenas dois polos).

Os conceitos mais basilares da Hermenêutica amparam o entendimento de que o legislador foi claro ao expressar, de forma exaustiva, a autorização do emprego de remédio excepcional em caso de omissão do acusado. Apenas para o já supramencionado momento processual específico o legislador cuidou de estabelecer a figura do defensor dativo, a ser designado pela autoridade instauradora: quando o acusado, embora regularmente citado a apresentar defesa no prazo legal, se mantém inerte e tem declarada sua revelia, na letra do art. 164 da Lei nº 8.112, de 1990. Neste caso, não se cuida essencialmente de garantir o contraditório, posto que já suprido com a prerrogativa de acompanhar a instrução, mas sim de cláusula de ampla defesa, de ter peça escrita de defesa autuada antes da decisão, nem que seja redigida por terceiro. Quisesse o legislador autorizar o emprego de um defensor designado para atos processuais, ele teria manifestado de forma expressa, conforme fez no incidente da revelia.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/6.

*Nota Técnica Coger nº 2005/6: “Ementa: Não cabe a designação de defensor ad hoc ou dativo para quaisquer atos da instrução probatória - oitivas de testemunhas, diligências, formulação de quesitos para perícia/assistência técnica, etc -, nos quais o acusado e/ou seu procurador não comparecem, desde que tenha sido o acusado regularmente notificado. (...) Somente existe expressa previsão legal para designação de defensor dativo com o fim de elaborar defesa escrita de indiciado revel. (...)”*

Daí se extrai que, da forma legalmente prevista, a garantia constitucional da ampla defesa será obrigatoriamente exercida na fase de defesa escrita, pois o processo disciplinar não segue para julgamento sem este requisito essencial, conforme também entende a doutrina.

*“Assim, durante todo o processo, estando o acusado em local conhecido, mesmo que ele se demonstre apático aos chamados anteriores, continuará a ser avisado de todos os atos da Comissão para poder deles participar e/ou contra eles arguir alguma oposição. Destarte, se ele preferir não se manifestar, ficar alheio ao processo, mesmo tendo a Comissão jamais cessado de convidá-lo a exercer sua ampla defesa durante toda a fase instrutória do processo, a Comissão não precisará designar defensor ad hoc para os atos para os quais o acusado não quis participar. Mas é imprescindível que a Comissão junte ao processo todas as intimações entregues ao acusado, com a sua assinatura de recebimento, sem as quais o processo fatalmente será anulado, pois não haverá nos autos a comprovação imprescindível de que foi dada ao acusado a oportunidade de se defender.*

*Entretanto, conforme previsto pela Lei 8.112/90, se ele não apresentar a defesa escrita, que é a última peça de defesa prevista no processo disciplinar, apenas neste caso, será dado a ele um defensor dativo, nos termos do § 2º do art. 164 da Lei 8.112/90 (...).*

*Assim, em princípio, a Súmula nº 5 do STF revigorou a sistemática da Lei 8.112/90 e estabeleceu que o acusado tem apenas a faculdade de se fazer defender durante todo o processo, não podendo se obrigar a Administração a providenciar a defesa do servidor durante a fase instrutória, mas apenas ao final do processo, se o indiciado regularmente citado não apresentar sua defesa escrita.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 158, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

No curso da fase de inquérito administrativo, a comissão atua como o agente público competente para a condução e, como tal, sujeita-se ao princípio da legalidade, com o que só lhe é dado fazer aquilo que a lei expressamente lhe permite. Assim, independentemente da nomenclatura que se empregue (*ad hoc* ou dativo), age sem amparo da Lei a comissão que, diante da realização de ato instrucional sem a presença do acusado ou de seu procurador, em que pese a regular notificação, designa (ou solicita que se designe) defensor estranho aos autos para acompanhar, em nome da defesa, aquele ato específico, conforme novamente concorda a doutrina.

*“O servidor implicado tem o direito de acompanhar todo o procedimento e dele participar e não o dever de assim proceder.*

*Trata-se, portanto, de faculdade que lhe é conferida por lei, exercitável, a seu exclusivo juízo de oportunidade, a qualquer momento. Inafastável, na forma da lei, é a apresentação da defesa escrita, após o ato formal de indiciamento, como se verá mais tarde. (...)*

*Não se aproveitando o acusado da oportunidade que lhe é assegurada, disso não resultará nulidade. Assume ele os riscos decorrentes de sua omissão. (...)*

*Muito embora a lei assegure a indisponibilidade do direito de defesa, a administração pública só será compelida a oferecer defensor dativo diante da revelia que, na forma do art. 164 da Lei nº 8.112/90, se opera após o indiciamento e diante da ausência da defesa escrita.*

*Realmente, no caso de servidor que, regularmente notificado para acompanhar o processo, se faz ausente, a Lei nº 8.112/90 não determina que a administração lhe tutele o direito, indicando defensor dativo para acompanhar o feito. De outra parte, não considera revel o acusado que deixa de participar das diligências investigatórias.*

*Assim, desde que a notificação para comparecer e praticar os atos seja válida e regularmente realizada, a ausência do acusado à oitiva das testemunhas, o seu não comparecimento às diligências e a falta de especificações de provas, no prazo que lhe foi assinalado, são referências exemplificativas que não trazem consequência prejudicial ao andamento do processo, não constituindo causa de sua nulidade.*

*Nesse particular, a lei parece completa, dispensando a invocação subsidiária das regras do processo penal. Os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório estão contemplados no devido processo legal que, a seu turno, indica o exato momento em que se deve verificar a designação de defensor dativo, forma legal de preservar íntegro o princípio da indisponibilidade do direito de defesa ou de sua irrenunciabilidade.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pgs. 159, 163 e 164, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“É assegurado ao acusado o direito de acompanhar o processo em todas as suas fases, apresentar rol de testemunhas, especificar provas, pedir exames e diligências. Porém, não se aproveitando o acusado da oportunidade que lhe é assegurada, disso não resultará nulidade. A Administração Pública só será compelida a apresentar defensor dativo diante da revelia que se opera ‘após o indiciamento e diante da ausência de defesa escrita’.” Simone Baccarini Nogueira, “Manual de Sindicância Investigatória, Sindicância Punitiva e Processo Administrativo Disciplinar do Servidor Público Federal”, pgs. 43 e 44, Universidade Federal de Minas Gerais, 1ª edição, 2004*

Além do desamparo da Lei, esta atitude por parte da comissão afronta outro princípio reitor do processo disciplinar. Sabe-se, conforme leitura do *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, que esta espécie de processo rege-se por cláusula de sigilo. O processo é o devido foro legal para que tão somente a Administração e seu servidor (ou procurador, se constituído) discutam, sob manto de contraditório e ampla defesa, o eventual cometimento de irregularidade estatutária. Neste rito, na fase do inquérito administrativo, atuam apenas a comissão e a parte interessada (o acusado e seu eventual procurador).

Em instância que deve resguardar discricão, se o acusado, devidamente notificado, demonstra desinteresse em exercer sua prerrogativa de contraditar a feitura do ato, mais do que não vislumbrar autorização para trazer aos autos pessoa desautorizada e estranha à lide, verifica-se afronta ao caráter sigiloso que se exige no processo disciplinar. Podendo ser mesmo uma estratégia adotada pela defesa, corre-se o risco de posteriormente a comissão ter de enfrentar a alegação de que a designação de defensor contrariou interesse da parte.

Se este sempre foi o firme entendimento que prevaleceu na Administração, o mesmo não se podia dizer no Poder Judiciário acerca do tema em tela. A rigor, por algum tempo, não

havia jurisprudência pacificada, encontrando-se julgados em sentidos opostos. A interpretação defendida acima, da desnecessidade de designação de defensor dativo *ou ad hoc*, faz considerar que o Superior Tribunal de Justiça - STJ, como órgão judicante emanador da maior quantidade de julgados sobre o tema, por razões aduzidas em **3.3.8**, e em que se verificou não só uma discrepância mas até mesmo uma mudança de entendimento -, nos casos em que decidia contrariamente ao entendimento ora esposado trazia para o âmbito específico do processo disciplinar valores e institutos do processo judicial e, por outro lado, justifica a seleção dos julgados contemporâneos a favor da não obrigatoriedade de designação de defensor, conforme se segue.

*STJ, Mandado de Segurança nº 6.974: “Ementa: 1. Não há falar em cerceamento decorrente da falta de nomeação de defensor dativo, previsto, tão somente, em caso de revelia do indiciado ou quando houver recusa de sua parte de se encarregar da defesa (arts. 163 e 164 da Lei nº 8.112/90).”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.165, Voto: “(...) Quanto à falta de nomeação de procurador ad hoc, cabe ressaltar que, conforme reza o art. 164, § 2º, somente há a necessidade de nomeação de defensor dativo, no procedimento administrativo, quando o indiciado é revel, o que não se verifica no caso em apreço.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 10.077, Voto: “Evidente, portanto, que foi assegurado o direito ao ex-servidor de participar pessoalmente, ou, querendo, nomear advogado para acompanhar toda a instrução processual. Atendeu, com isso, a Comissão ao preceito fundamental do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Porém, se o servidor preferiu não acompanhar os depoimentos, bem como, não nomeou advogado para acompanhá-los, a Administração, em conformidade com o rito instituído pela Lei 8112/90, não está obrigada a nomear defensor dativo ao servidor. (...)*

*É importante informar que, nos termos do rito imposto pela Lei 8112/90, a hipótese inafastável para a nomeação de defensor dativo somente ocorre quando o servidor for revel. Nos termos do RJU, considera-se revel o indiciado que, regularmente citado, não apresenta defesa no prazo legal. É o que dispõe o art. 164 da Lei nº 8112/90.”*

*Idem: STJ, Mandado de Segurança nº 9.076*

Sempre se defendeu, no âmbito da Administração, que a então hesitação do STJ, mencionada acima, em favor não só da necessidade de defensor mas até de que este fosse advogado (ou seja, adotando a obrigatoriedade da defesa técnica na instância disciplinar, em contraposição ao princípio do formalismo moderado), refletindo institutos judiciais (penais, sobretudo) deveria ser vista com reserva e cautela de aplicação subsidiária ao processo disciplinar. Ademais, reforçava-se ainda que alguns daqueles julgados eram repetitivos e expressavam “conforme pacificado pela jurisprudência deste Tribunal”, o que não se confirmava com a demonstração das manifestações discrepantes da própria Corte (e até de determinados relatores) neste tema.

Neste rumo, demonstrando a inconstância do entendimento da Corte Superior de uniformização infraconstitucional, duas manifestações em curto período de tempo figuraram como relevantes na questão. De um lado, veio o julgado do Superior Tribunal de Justiça por meio do qual a Corte demonstrou a possibilidade de alterar seu entendimento acerca da obrigatoriedade de constituição de defensor na instrução do processo disciplinar. Todavia, de outro lado, o Tribunal emitiu a Súmula nº 343 assentando seu entendimento interno em sentido diametralmente oposto. Ambas manifestações, respectivamente, seguem abaixo reproduzidas.

*STJ, Mandado de Segurança nº 12.623, Voto: “De fato, a questão acerca da obrigatoriedade ou não da presença do advogado em processo administrativo disciplinar é matéria ainda controversa nos tribunais pátrios, mormente diante do aparente antagonismo entre o precedente deste Superior Tribunal de*

*Justiça, citado pelo Impetrante, e outros oriundos do Supremo Tribunal Federal.*

*De outro lado, a complexidade da controvérsia e a necessidade de aprofundamento do exame do próprio mérito do ‘mandamus’ desautorizam a concessão da medida urgente requerida, que atropela a ordem processual.”*

*STJ, Enunciado da Súmula nº 343*

*É obrigatória a presença de advogado em todas as fases de processo administrativo disciplinar.*

Não obstante, prevaleciam diversos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), Corte máxima do Poder Judiciário, no sentido aqui defendido:

*STF, Agravo de Instrumento nº 207.197: “Ementa: A extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, onde é indispensável a atuação do advogado.”*

*STF, Agravo de Instrumento nº 239.029, Decisão: “(...) Quanto à defesa, a Corte de origem deixou assentado haver sido dada oportunidade, no processo administrativo, para o Agravante defender-se. Descabe, no caso, ter como indispensável a presença de profissional da advocacia, isso ante a natureza do processo - simplesmente administrativo.”*

*STF, Recurso Extraordinário nº 244.027: “Ementa: Agravo regimental a que se nega provimento, porquanto não trouxe o agravante argumentos suficientes a infirmar os precedentes citados na decisão impugnada, no sentido de que, uma vez dada a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável, no processo administrativo, a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória.”*

*STF, Recurso Extraordinário nº 396.288: “Ementa: (...) 2. No processo administrativo, é admissível a defesa pelo próprio acusado ou por advogado regularmente constituído, de modo que a ausência do advogado no feito administrativo não tem o condão de fulminar de nulidade o procedimento e a decisão correspondente.”*

*STF, Mandado de Segurança nº 22.962, Despacho: “(...) Outrossim, a alegada ofensa ao art. 156, da Lei nº 8.112/90 não ocorre. A Lei apenas faculta que o servidor acompanhe o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, inclusive na fase instrutória. Consoante se observa dos documentos constantes de fls. 64/70, o servidor foi cientificado de todos os procedimentos instrutórios promovidos pela Comissão. O princípio do devido processo legal foi observado, assim como a determinação do art. 156, da Lei nº 8.112/90. (...) O princípio do devido processo legal e os dispositivos da Lei nº 8.112/90 foram respeitados.”*

*Idem: STF, Mandado de Segurança nº 24.961*

A discussão sobre a obrigatoriedade da participação de advogado em todas as fases do processo disciplinar restou totalmente superada no STF em 07/05/08, em caso em que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e a União recorreram da decisão do STJ, que, no âmbito de mandado de segurança, na linha que viria a ser adotada em sua Súmula nº 343, entendeu ser obrigatória a presença de advogado e, tendo considerado violados os preceitos do inciso LV do art. 5º e do art. 133 da CF, decidiu pela anulação do processo administrativo disciplinar (PAD) em que um agente público fora demitido sem contar com a defesa técnica de advogado.

*STF, Recurso Extraordinário nº 434.059: “Ementa: Recurso extraordinário. 2. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Cerceamento de defesa. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de defesa técnica por advogado. 4. A*

*falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.”*

Favoravelmente à Administração e em sentido contrário àquele manifestado pelo STJ, o Plenário do STF entendeu, de forma unânime, que, no processo disciplinar, a presença do advogado é uma faculdade de que o servidor dispõe, que lhe é conferida pelo art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990, e não uma obrigatoriedade (exatamente da forma como já se discorreu em **4.3.6.1**, sendo tal dispositivo legal um reflexo direto do princípio do formalismo moderado). Ademais, o Excelso Pretório reafirmou o entendimento de que o defensor dativo somente deve ser designado, além da hipótese de revelia prevista no art. 164 da Lei nº 8.112, de 1990, quando a defesa apresentada se mostrar absolutamente incapaz de contestar as imputações, tema que mereceu apreciação doutrinária.

*“Além disso, mesmo ausente a defesa própria ou por procurador, a lei só exige a nomeação de defensor dativo quando o acusado, ao final do processo, indiciado e citado para apresentar a defesa escrita, não o faz (conforme o art. 164 da mesma lei). Não existe revelia enquanto não se chega a esta fase final do processo disciplinar. Não há previsão de defensor ad hoc nem dativo durante o processo. E mais, mesmo no caso de haver a indicação de dativo por falta de apresentação dessa defesa escrita, este dativo não precisa ser sequer bacharel em direito, basta ser servidor de cargo efetivo superior ou do mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. Este é o comando da Lei 8.112/90.*

*O que a 5ª Súmula Vinculante do STF explicita é que, quando o acusado segue o art. 156 da Lei 8.112/90 e opta por se defender pessoalmente ou por defensor não inscrito na OAB (não advogado), está abrindo mão de sua faculdade de contratar advogado técnico em Direito, mas a Administração Pública que o condena neste tipo de processo não está ferindo a Constituição, pois o princípio da ampla defesa e o do contraditório não incluem, necessariamente, a presença de defensor especialista em Direito (Advogado inscrito na OAB). Ou seja, o STF vaticinou que basta que ao acusado tenha sido franqueada a possibilidade de exercer sua ampla defesa utilizando todos os meios e recursos admitidos em Direito, e se ele não quis utilizar todos estes meios e recursos, não haverá afronta à Constituição.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pgs. 150 e 151, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

De se destacar que tal hipótese de situação excepcional muito bem levantada pelo Supremo Tribunal Federal em nada inova o entendimento até então reinante na Administração e muito menos enfraquece o condão e a aplicabilidade do julgado, pois tão somente reflete a possibilidade, desde sempre aceita na processualística disciplinar, de o servidor, devidamente indiciado e citado a apresentar defesa, diante da complexidade que possa exigir a contestação dos fatos a ele imputados e de sua pouca habilidade ou até mesmo desinteresse para fazê-lo, vir a apresentar aquilo que se entende por defesa inepta ou insuficiente, que não satisfaz às máximas da ampla defesa, ou solicitando a designação de um defensor a seu favor para elaborar a peça que o próprio se declara incapaz de fazer, restando então indefeso e justificando-se, em nova situação excepcional, a designação, por parte da Administração, de servidor para atuar como defensor, conforme se abordará em **4.8.5.2** e como também entende a doutrina. Mas é de se destacar que tal situação precisa ser verificada concretamente no processo, como um corolário do princípio do prejuízo (ter sido prejudicada a defesa, em decorrência da incapacidade de o servidor se defender à vista da complexidade do caso concreto), não se autorizando a simples e precipitada adoção de uma presunção de nulidade, conforme sumulara o Superior Tribunal de Justiça.

*“Todavia, pode acontecer de o indiciado apresentar uma defesa escrita tão ruim, que será como se ele estivesse indefeso. Às vezes, mesmo a defesa apresentada por advogado é tão fraca que a Administração não pode fingir que o acusado se defendeu, pois a defesa precisa ser efetiva, ainda que apenas no*

*final do processo. Portanto, se acontecer de a defesa escrita apresentada pelo acusado ou por seu defensor ser muito fraca, a Administração terá que considerá-lo revel e nomear para ele um defensor dativo.*

*Entendo que foi nesse sentido que, nos debates entre os Ministros do STF, no julgamento do RE 434059 que deu origem à Súmula vinculante nº 5, se levantou a questão de que, na eventualidade de ‘o processo ser muito complexo e fugir à compreensão do servidor para que ele próprio se defenda’, seria necessária a nomeação, pela própria Administração, de um defensor que melhor exerça este mister.*

*O Supremo Tribunal Federal não parece ter criado uma exceção à sua própria súmula. O que se lembrou foi apenas o fato de que não é apenas quando o servidor não apresenta a defesa escrita que ele precisará de um defensor fornecido pela própria Administração, mas também quando se considerar, no caso concreto, que a sua defesa escrita está prejudicada, tendo em vista que a complexidade da matéria não lhe permite efetuar sua própria defesa.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pgs. 158 e 159, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Voltando à manifestação emanada de forma unânime pelo Plenário do STF, tem-se que a Corte máxima não só julgou aquele caso paradigmático da forma como aqui se discorreu como também, atentando para a existência de seus julgados precedentes (acima já reproduzidos), para soterrar de vez a instabilidade jurídica decorrente da controvérsia reinante até então entre o STJ e a Administração, e com base nos dispositivos do *caput* e dos §§ 1º e 3º do art. 103-A da CF, aprovou a emissão de súmula vinculante para a matéria, a saber, a Súmula Vinculante nº 5, *verbis*:

*CF - Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/02/04)*

*§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.*

*§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.*

*STF, Enunciado da Súmula Vinculante nº 5*

*A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.*

Dois pontos devem ser destacados nesta esteira. Primeiramente, de acordo com o mencionado art. 103-A da CF, a súmula vinculante do STF veda qualquer possibilidade de interpretação contrária não só nas demais instâncias e órgãos do próprio Poder Judiciário como também estende seu poder vinculante até a Administração (o que não ocorria com a mencionada Súmula nº 343 do STJ, visto que a CF não confere poder vinculante a súmulas daquela Corte), conforme já se aduziu em **3.3.8**, e também reflete a doutrina E, por fim, vê-se definitivamente refletida na mencionada Súmula Vinculante a posição que a Administração sempre defendeu: não há nenhuma refração à participação de advogados nos processos disciplinares. Ao contrário, entende-se que tal presença contribui para um fortalecimento da defesa e do instituto do processo em si; tão somente a ausência da defesa técnica realizada por

advogado, por si só, não tem o condão de gerar nulidade processual de forma automática.

*“Com isso, todos os problemas criados para a Administração Pública pela Súmula 343 do STJ quedam-se resolvidos, pois enquanto esta Súmula do STF não for revista ou cancelada - o que é difícil de acontecer - ela terá de ser seguida até mesmo pelo STJ, não havendo mais o perigo de o Poder Judiciário vir a anular processos disciplinares porque acusados não quiseram exercer seu direito de contratar advogado e a Administração Pública não tinha condições de oferecer um defensor ao servidor desde o início do processo e que, ainda por cima, fosse advogado inscrito na OAB.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 149, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

De se mencionar que, por óbvio e como de outra forma não poderia ser, após a edição da Súmula Vinculante nº 5 do STF, o STJ também pacificou e harmonizou sua jurisprudência pela desnecessidade de advogado no processo disciplinar.

*STJ, Mandado de Segurança nº 12.492: “Ementa: 1. Nos termos da Súmula Vinculante nº 5/STF, a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a Constituição Federal, desde que seja concedida a oportunidade de ser efetivado o contraditório e a ampla defesa, como no caso.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 13.340: “Ementa: 1. Com a edição da Súmula Vinculante 5, do colendo STF, não há mais que se falar em indispensabilidade, no Procedimento Administrativo Disciplinar, de que a defesa do indiciado seja necessariamente realizada por Advogado, ou que, na ausência deste, a Administração esteja obrigada a nomear-lhe Defensor Dativo. 2. A presença de Causídico, nessa seara, não é essencial, uma vez que a própria lei prevê a manifestação pessoal do Servidor, fato este que, à toda evidência, não exclui a necessidade da existência de efetiva defesa, como decorrência, inclusive, do princípio do devido processo legal; a ausência de Defensor constituído no decorrer da instrução do Processo Administrativo Disciplinar não importa, necessariamente, em sua nulidade, desde que tenha sido oportunizada e efetivamente exercida a defesa do indiciado, ainda que pessoalmente. 4. A não realização do interrogatório do indiciado e sua ausência à audiência de oitiva das testemunhas foram inviabilizadas por culpa exclusiva do próprio impetrante, que desapareceu durante o transcorrer de todo o Procedimento Administrativo Disciplinar, demonstrando sua intenção em não colaborar com o andamento da instrução processual.”*

Por fim, cumpre ressaltar que a defesa técnica não é sinônimo de ampla defesa, que existem diversos instrumentos para assegurar este princípio e que o processo disciplinar reveste-se de peculiaridades que o tornam assaz distinto do processo judicial, onde, por sua própria natureza, o equilíbrio jurídico entre as partes envolvidas é exigido.

Existem ainda outros fatores que devem, obrigatoriamente, ser apreciados na presente discussão, e que sem dúvida contribuíram para a consolidação do entendimento esposado pela Corte Suprema.

Não se deve olvidar que existiam casos, que não podem ser ignorados, de servidores que, ao serem notificados de sua condição de acusados no âmbito do processo disciplinar, se mostravam inertes, e, agindo de má-fé, se recusavam a nomear um advogado, já imbuídos do propósito de, após sua demissão do serviço público, buscar no Poder Judiciário sua reintegração, se valendo do argumento da falta de defesa técnica. Ora, também aqui se opera o princípio geral de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza, refletindo-se no processo disciplinar o comando do art. 565 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), e é notório que antes da edição da Súmula Vinculante nº 5 do STF, isso acontecia de fato, com consequências muito sérias, tais como os elevados valores a título de remunerações atrasadas a que esse servidor teria direito a partir da sua reintegração, além do fato de que, se o cargo desse servidor reintegrado estivesse ocupado por um outro servidor, caso este não fosse estável, seria exonerado do serviço público, sem

possibilidade de exercer suas atribuições legais na qualidade de excedente.

*CPP - Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade relativa a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.*

Ao editar a sua Súmula Vinculante nº 5, o STF não apenas pacificou a polêmica matéria, tanto judicial quanto administrativamente, mas impediu que injustiças sejam cometidas, como os casos de acusados que, ao se valerem da pretensa obrigatoriedade da defesa técnica, apenas se mostravam inertes, renunciando ao direito de nomear um profissional habilitado, e, após sofrerem a aplicação da pena de demissão, conseguiram a sua reintegração por via judicial, acabando por se beneficiar da suposta nulidade a que eles mesmos teriam dado causa.

#### **4.3.6.4 - Ausências ao Trabalho e Deslocamentos para Acompanhar o Processo**

Complementando a questão do acompanhamento processual, obviamente, o ordenamento não comportaria a contradição de, por um lado, assegurar o direito à ampla defesa e ao contraditório ao acusado e, por outro, atribuir caráter irregular ao exercício deste direito. Ou seja, é dado ao servidor o direito de afastar-se de seu local de trabalho ou do exercício de suas atribuições legais para acompanhar pessoalmente a realização de atos de instrução probatória. Tendo sido regularmente notificado da realização de ato de instrução, o servidor tem automaticamente assegurado o direito de ausentar-se do serviço no intervalo de tempo necessário para acompanhar, de forma satisfatória, o ato, prescindindo de autorização formal de sua chefia.

Como a garantia legal abarca ainda o direito de o acusado produzir suas próprias provas e contraprovas, o servidor pode, mediante justificativa e motivação, solicitar à sua chefia dispensa de determinado horário, podendo, em contrapartida, a autoridade exigir a posterior comprovação da realização do ato.

Mas destaque-se que, de forma geral, a prerrogativa para se afastar em prol do processo disciplinar é pontual, apenas no período de realização do ato de instrução; não há previsão legal para dispensa do servidor, do cumprimento de seus deveres e atribuições legais, de forma contínua, ao longo de toda a fase de inquérito administrativo e nem mesmo da subfase da instrução.

Esta faculdade de o servidor poder se ausentar de suas tarefas cotidianas no momento de realização de atos instrucionais ou para comparecer ao local de instalação para ter vista dos autos não se confunde com o instituto do afastamento preventivo, previsto no art. 147 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e abordado em **4.3.9**. Enquanto o primeiro é um direito do servidor a ser pontualmente exercido, intercalado e compatibilizado com o exercício de seu cargo, o segundo é uma prerrogativa da Administração de afastar o servidor de suas atribuições legais por um determinado período.

A Lei nº 8.112, de 1990, à luz do inciso I do seu art. 173, não assegura, ao acusado, o pagamento de despesas com transporte e nem diárias para o exercício do direito de acompanhar ato de instrução a se realizar em localidade diferente de onde ele tem sua lotação, excetuando-se apenas o seu próprio interrogatório, conforme também assentam a jurisprudência e a doutrina. Como a citada Lei prevê a possibilidade de defesa mediante procurador, não exigindo a presença pessoal do acusado aos atos de instrução, não há amparo legal para o ordenador de despesas autorizar tais vantagens em favor do acusado nas mencionadas condições, relembrando-se ainda, em acréscimo, que, por força do *caput* do art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), a regra é de o processo disciplinar transcorrer na jurisdição em que o acusado é lotado (ou em que tem exercício, se diferente).

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 173. Serão assegurados transporte e diárias: I - ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado;*

*STJ, Recurso Especial nº 678.240: “10. O alegado cerceamento de defesa ocorreu, segundo o recorrido, porque ‘[a] comissão processante, ao deslocar-se ao interior do estado, para coleta de provas, não proporcionou as diárias a que tinha direito o A. para que pudesse acompanhar as diligências e tomada de depoimentos’ (fl. 4). 11. Em momento algum, a Lei n. 8.112/90 determinou à Administração Pública o pagamento do deslocamento do servidor investigado para acompanhar as diligências realizadas no PAD. Ao contrário, o art. 156, caput, daquele diploma normativo apenas garante o direito de o servidor acompanhar as diligências (obviamente, se quiser e se tiver condições).”*

*“Na condição de denunciado ou indiciado e estando o processo sendo realizado fora da cidade onde trabalha, a locomoção e as despesas com refeições não serão pagas pela administração, pois este inciso é claro quando diz ‘convocado para prestar depoimento’ e não para assistir depoimento de outras pessoas.” Wolgran Junqueira Ferreira, “Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União”, pg. 154, Edições Profissionais, 1ª edição, 1992*

De se ressaltar, no entanto, que nem mesmo a atual sistematização de o processo ser instaurado e transcorrer no âmbito do Escritório de Corregedoria (Escor) que jurisdiciona a Região Fiscal (RF) de lotação (ou de exercício, se diferente) do acusado assegura a este a absoluta proximidade com os autos e o poupa de eventuais custos para acompanhamento, pois pode ocorrer de a unidade em que o servidor desempenhe suas atribuições legais não se situar na mesma localidade em que se sedia o respectivo Escor, podendo haver, de toda forma, necessidade de deslocamentos do acusado, às suas expensas, no curso da instrução processual. O que se pode inferir é que, com o atual regramento, o risco de o acusado ter de suportar algum ônus financeiro no acompanhamento processual restará minorado em comparação à regra de o processo se vincular ao local da ocorrência do fato, pois é de se presumir que eventuais deslocamentos se restringirão à abrangência geográfica de apenas uma RF.

Assim, dentro de uma abrangência geográfica delimitada a uma RF, pode ser financeira e operacionalmente viável a comissão realizar alguma(s) oitiva(s) de servidor como testemunha na localidade de lotação (ou de exercício) do acusado, ainda que se façam necessários deslocamentos do próprio colegiado e da(s) testemunha(s), que, sendo servidor(es), gozam de previsão legal para recebimento de diárias e de passagens. Uma outra solução plausível para tentar contornar a ausência de previsão legal para concessão de diárias e de passagens para o servidor acusado acompanhar atos instrucionais realizados fora de sua sede (conforme limita o inciso I do art. 173 da Lei nº 8.112, de 1990), pode a comissão deliberar a realização, em dias subsequentes, de um interrogatório prévio (cuja aceitabilidade se defenderá em **4.4.16.1**) e de outros atos que requeiram acompanhamento pessoal (como oitivas e diligências, por exemplo).

Obviamente, estas duas soluções acima sugeridas se condicionam àquelas oitivas necessitarem, por avaliação da comissão, de forma indispensável do elemento presencial, pois, do contrário, nos atuais estágios tecnológico e jurídico, o emprego da ferramenta da videoconferência supre a forma mais econômica de se realizar o ato.

Ressalve-se, conforme melhor se abordará em **4.4.1.2**, que incumbe ao Chefe de Escor, como autoridade instauradora, mediante provocação do presidente da comissão, nos termos do art. 13 da Portaria Coger nº 14, de 2014 (na linha do art. 9º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito do Ministério da Fazenda - MF), propor e ao Corregedor, como ordenador de despesas, nos termos do § 1º do art. 80 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, decidir as questões atinentes a deslocamentos, diárias e passagens de servidores integrantes

das comissões designadas (sejam eles lotados na Corregedoria - Coger ou nos Escor, sejam convocados de unidades estranhas ao sistema correcional), bem como, por previsão regimental, por previsão regimental, nos incisos VIII e IX do art. 285 do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, as mesmas decisões no que se refere a deslocamentos, diárias e passagens de servidores intimados a depor ou a prestar interrogatório e de quaisquer outros que sejam de interesse correcional.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 173. Serão assegurados transporte e diárias:*

*I - ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado;*

*II - aos membros da comissão e ao secretário, quando obrigados a se deslocarem da sede dos trabalhos para a realização de missão essencial ao esclarecimento dos fatos.*

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 208. Ao Serviço de Atividades Auxiliares - Seaux e às Seções de Atividades Auxiliares - Saux compete executar e controlar as atividades relacionadas com pessoal, apoio administrativo, gestão de documentos, patrimônio e serviços gerais.*

*Parágrafo único. Ao Seaux da Coger e à Saux da Copei compete, ainda, executar as atividades financeiras e orçamentárias relacionadas com deslocamento de servidores e colaboradores eventuais no interesse das atividades da Coger e Copei, respectivamente.*

*Art. 285. Ao Corregedor incumbe, sem prejuízo das atribuições do Secretário da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

*VIII - autorizar viagens a serviço, relacionadas às atividades de interesse da Corregedoria; e (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 11 de dezembro de 2014)*

*IX - praticar os atos de gestão dos recursos orçamentários e financeiros destinados ao pagamento de diárias e passagens, nos deslocamentos de servidores e colaboradores eventuais no interesse da Coger. (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*Decreto-Lei nº 200, de 1967 - Art. 80.*

*§ 1º Ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.*

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 9º O presidente de comissão de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes de comissão, bem como solicitar prorrogação do prazo da comissão, quando necessário.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 13. O presidente de comissão de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes de comissão, bem como solicitar prorrogação do prazo da comissão, quando necessário.*

#### **4.3.6.5 - O Caráter Reservado das Reuniões Deliberativas da Comissão**

Conforme se abordará detalhadamente em **4.3.11.1**, no curso de seus trabalhos apuratórios, a comissão pratica, em síntese, a seguinte rotina: reúne-se isoladamente para analisar os autos, para elaborar os próximos rumos a serem dados às apurações, para discutir temas técnicos ou procedimentais e, sobretudo para decidir os atos de instrução probatória que pretende realizar. Caso desta reunião se extraia alguma decisão efetiva (seja de tomada de alguma providência, seja de adoção de algum entendimento), ato contínuo, na maioria dos casos, a comissão redige uma ata deliberação, conforme o § 2º do art. 152 da Lei nº 8.112, de

11 de dezembro de 1990, assinada por todos os integrantes, em que expõe a motivação acerca daquela conclusão e a materializa nos autos como um termo processual. Após notificar o acusado do teor da deliberação, a comissão pratica o ato deliberado.

Neste ponto, convém buscar o correto entendimento do comando do parágrafo único do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, cuja literalidade dispõe que tanto as reuniões da comissão quanto as audiências serão reservadas, trazendo à tona os aspectos sistemáticos e teleológicos de sua interpretação, à vista de toda a gama principiológica que informa a processualística disciplinar.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observando o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.*

*Parágrafo único. As reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado.*

*Art. 152.*

*§ 2º As reuniões da comissão serão registradas em atas que deverão detalhar as deliberações adotadas.*

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

A Lei nº 8.112, de 1990, estabelece um salutar equilíbrio de forças ao prever, de um lado, no *caput* do seu art. 149, o poder condutor do rito a cargo da comissão e, de outro lado, no *caput* do seu art. 156, ao assegurar ao acusado os direitos ao contraditório e à ampla defesa acerca dos atos instrucionais, *lato sensu*, que atuam de forma direta ou mesmo indireta na formação de convicção e de convencimento. Neste enfoque amplo e abrangente, aquelas garantias fundamentais se concretizam não só na prerrogativa de o acusado (e/ou de seu procurador) participar do ato de coleta de prova e nele atuar, bem como de contestar as provas porventura contra ele coletadas e ainda de apresentar as suas próprias provas, tanto já devidamente materializadas e hábeis para de pronto serem encartadas nos autos quanto ainda na forma de pedidos de atos instrucionais a serem realizados pelo colegiado e, por fim, de manifestar discordância quanto ao resultado de deliberações da comissão de cuja ata tenha sido notificado.

Todavia, esta extensa tutela a favor da defesa não inclui a faculdade de o acusado (ou seu procurador) participar das reuniões deliberativas da comissão, visto que, primeiramente, estes em si são meros atos do mundo concreto ainda à margem do foro jurídico processual e, além disto, jamais se consubstanciam em prova ou em elemento formador de convicção ou de convencimento que possa ser contrário a interesses da defesa. As reuniões deliberativas da comissão não se confundem com atos de coleta de provas; quando muito, podem ser apenas a conjectura e o planejamento da futura realização de um ato processual, este sim sujeito à faculdade do contraditório.

Ainda antes dos atos de coleta de prova, mencionam-se as atas de deliberação. Estas atas, diferentemente das concretas reuniões de que decorrem, já integram o mundo jurídico, pois consubstanciam como termo autuado no processo os resultados porventura atingidos pelo colegiado em suas discussões, estudos ou conjecturas. Uma vez que a comissão deve notificar o acusado do teor de suas atas de deliberação, estes termos processuais sujeitam-se à faculdade de a defesa exercer sobre eles o contraditório. Ainda assim, destaque-se que mesmo as atas de deliberação tão somente se prestam, em nome da transparência da condução, a

registrar nos autos a sequência de atos a serem realizados - seja de ofício, seja por pedido da parte -, e, igualmente às reuniões deliberativas, jamais se confundem com os atos de instrução probatória porventura discutidos e planejados e de futura coleta deliberada.

É de se compreender, portanto, que as reuniões da comissão e a redação das respectivas atas de deliberação são atos exclusivos do colegiado, como resultado da soberana e autônoma condução do rito que o *caput* do art. 149 da Lei nº 8.112, de 1990, lhe confere. E esta visão sistemática da Lei nº 8.112, de 1990, crescentemente enrobustece o entendimento ora defendido ao se verificar que o já mencionado § 2º do seu art. 152, em redação ainda mais inequívoca que a do discutido parágrafo único do seu art. 150, cita as “reuniões da comissão”. O sentido excludente da expressão é cristalino, em que o complemento nominal “da comissão” tem inequívoco efeito possessivo em relação a “reuniões”. Houvesse possibilidade ao contrário (qual seja, de participação do acusado de tais reuniões), neste ponto, o legislador teria expressado a permissão ou empregado complemento mais genérico para se referir às reuniões.

O contraditório a favor do acusado se manifesta e se assegura com a garantia a ele ofertada de contestar aquilo que foi registrado pela comissão nas suas atas de deliberação, mas jamais de participar das reuniões deliberativas e de interferir na redação das atas. Este entendimento em nada fere as inequívocas garantias de ampla defesa, de contraditório, de devido processo legal e de publicidade, visto que, ato contínuo a qualquer deliberação soberana da comissão, este colegiado obriga-se a notificar a defesa, com o que esta pode contestar o objetivo da decisão. Qualquer que seja o teor de uma ata que contrarie interesses do acusado e qualquer que seja a natureza do ato ali deliberado (mero ato interlocutório, resposta a um questionamento, decisão de realização *ex officio* de ato de instrução ou indeferimento de algum pedido da defesa), a garantia ao direito de contraditar restará assegurada com a obrigatória notificação à defesa, com o que a parte poderá, motivadamente, contestar convicções a seu desfavor ou apresentar pedido de contraprovas a seu favor.

Não cabe ao acusado o “abuso de defesa” de se considerar partícipe legal das reuniões internas da comissão. A comissão é um ente jurídico dotado não só de isenta e técnica oficialidade mas também de seus próprios métodos, conhecimentos, certezas, convicções, divagações, presunções, concordâncias, discordâncias, dúvidas e demais balizamentos de quaisquer atividades humanas, que, para serem harmonizados, requerem certo grau de ajuste e de organização de sua dinâmica interna, vez que é um colegiado composto de três pessoas. Fazer com que o acusado participe de suas reuniões internas e atue na lavratura das respectivas atas equivaleria a minar dos integrantes da comissão direitos seus fundamentais e inerentes a qualquer pessoa.

A liberdade na construção intelectual, no encadeamento de ideias, na formação do raciocínio, na conjectura de decisões, na discussão de rumos a serem tomados e na manifestação de pensamentos, de opiniões e de objetivos protegida de constrangimentos ou coações não só constitui, naturalmente, valor intrínseco de qualquer pessoa como também, juridicamente, é pilar fundamental do Estado Democrático de Direito para qualquer cidadão. Não se coaduna com o bom Direito, apenas pelo fato de que, naquele momento, elaboram ato administrativo com potencialidade de atingir relevantes bens jurídicos do acusado, eliminar daquelas três pessoas integrantes da comissão tais garantias fundamentais, ainda que exercitadas, de forma peculiar, *ex officio* e em trio.

Mais que isto, repisa-se a natureza inafastavelmente abstrata que caracteriza conceitos como convicções, ideias, pensamentos, conjecturas, discussões, estudos, projeções, objetivos ou estratégias. São ilimitadas potencialidades inerentes à condição humana e que, enquanto apenas objeto de reunião entre pessoas, mantêm-se à margem do processo concreto. Os integrantes da comissão, mesmo no exercício de seu múnus público, têm mantidas suas garantias fundamentais para o exercício daquelas potencialidades em momentos reservados somente seus. Mas, uma vez manifestados aqueles conceitos pela comissão por meio de ata de

deliberação, materializada como termo no processo, ganham contorno e valor jurídico. A partir deste momento, obriga-se a comissão a dar àquelas suas construções abstratas a devida publicidade a quem interessa, ou seja, ofertando ao acusado a prerrogativa de contestar juridicamente o teor de suas atas de deliberação.

A mera reunião em si dos membros da comissão bem como o ato contínuo de elaborar a ata de deliberação decorrente não trazem nenhum prejuízo à defesa. O que importa para a defesa é apenas o resultado concreto que pode (não necessariamente) advir de tal reunião em termos de elementos processuais autuados na ata de deliberação. Tudo mais que ocorrer envolvendo aqueles três integrantes (tais como seus diálogos, discussões, trocas de informações, de opiniões e de conclusões na sala da comissão ou mesmo em qualquer outro local) até o instante que antecede a autuação no processo da ata de deliberação em nada afronta ou cerceia direitos do acusado, vez que tais manifestações orais ou de qualquer outra natureza informal não se autuam; o prejuízo ao acusado - e consequentemente a tutela jurídica - somente surge com a eventual concretização de alguma decisão autuada como ata no processo, uma vez que somente passa a fazer parte do processo, juridicamente, aquilo que se faz constar da ata de deliberação. Toda a demais dinâmica do ato concreto de três pessoas se reunirem que restar à margem da ata também restará à margem do processo e, consequentemente, de eventual imputação de responsabilidade e, em última análise, não terá provocado o objetivo teleológico do legislador em assegurar a prerrogativa do contraditório a favor do acusado. Tanto é assim que, lembrando o relevante conjunto de bens jurídicos a favor do acusado que o legislador quis tutelar, tem-se que novamente o já mencionado § 2º do art. 152 da Lei nº 8.112, de 1990, determinou o registro formal das deliberações em ata autuadas no processo, a fim de que não possa a comissão agir com arbítrio ou com subterfúgios e a parte seja notificada e possa contestar, exercendo seu contraditório, de forma a não haver nesta dinâmica nenhum prejuízo às suas garantias fundamentais.

O caráter reservado igualmente aplicado às reuniões da comissão e às audiências (aqui entendidas como provas orais, de que são exemplos as oitivas de testemunhas, as acareações e os interrogatórios de acusados) significa que tais atos não podem ser realizados na presença de terceiros que não guardam nenhuma relação com o processo. Mas isto não significa que a Lei nº 8.112, de 1990, tenha igualado os *modus operandi* destes atos distintos e de natureza díspares.

Enquanto as audiências são, em essência, elementos de prova por serem atos de que se coletam convicção e convencimento, as reuniões internas da comissão são meros atos de organização procedimental que até podem, como exemplo, deliberar a realização de ato probatório mas não são em si o ato de prova. Assim, o contraditório recai inequivocamente e sem restrições ou limites, a favor da defesa, sobre aqueles atos formadores de convencimento, de que são rico exemplo as audiências, nas quais a garantia fundamental se concretiza com a efetiva participação do acusado (e/ou de seu procurador), inquirindo e reinquirindo. Mas não há que se cogitar, a menos que se abrace tese distorcida e de abuso de defesa, de garantia de o acusado ser copartícipe das reuniões que refletem o poder-dever exclusivo da comissão de conduzir o rito procedimental.

Ademais, é de se lembrar que o parágrafo único do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, como de outra forma não poderia ser, é de ser lido em harmonia com o *caput* do mesmo artigo. Aquele artigo inicia-se estabelecendo que “*A comissão exercerá suas atividades com independência imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração*”, para depois ser sucedido pelo mencionado parágrafo único, que estabelece o caráter reservado das reuniões da comissão e das audiências. Ou seja, antes mesmo de dizer que as reuniões da comissão e as audiências não podem ser presenciadas por terceiros, a citada Lei assegurou, no exercício das atividades da comissão, o sigilo necessário à elucidação do fato. É de se compreender, nos termos já expostos em **2.5.6.2.1**, que o termo “reservado” se insere, como espécie, no termo “sigilo”, em gênero, de forma que o parágrafo único em nada destoa do *caput* do art. 150 da Lei nº

8.112, de 1990. Convém aqui reforçar que o sigilo de que trata o art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, não é, em sua essência, uma cláusula de garantia a favor do acusado, mas sim uma instrumentalidade a favor da Administração, para garantir as devidas apurações, conforme também compreende a doutrina.

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.983: “Ementa: (...). 2. A eventual quebra do sigilo das investigações, com suposto vazamento de informações à imprensa, não tem o condão de revelar processo administrativo falho, porquanto o sigilo, na forma do art. 150 da Lei n. 8.112/90, não é garantia do acusado, senão que instrumento da própria investigação.”*

*STJ, 13.656: “Ementa: (...) V - O sigilo de que trata o art. 150 da Lei n.º 8.112/90, é aquele “necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração”, eis que instrumental à própria investigação.”*

Também no mesmo sentido de que reuniões deliberativas e a redação das consequentes atas de deliberação não são franqueadas à participação do acusado leem-se manifestações jurisprudenciais e doutrinárias, seja em clara e direta leitura, seja em leitura a *contrario sensu* quando descrevem ou modelam tais atos a cargo exclusivamente da comissão, o que permite inferir que não cogitam da presença da defesa.

*STJ, Mandado de Segurança nº 15.313: “Ementa: 3. No que pertine à realização de reuniões pela Comissão de inquérito sem a presença do acusado, melhor sorte não assiste ao impetrante. Isso porque, como bem explicitado nas informações, tais reuniões foram meramente deliberatórias, objetivando impulsionar os trabalhos realizados pelo trio Processante, razão pela qual prescindem da participação do acusado. Ademais, a própria Lei 8.112/90 garante o exercício das atividades da Comissão com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração. Por tal razão, as reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado, segundo as diretrizes estampadas no art. 150 da mencionada lei. O direito do acusado acompanhar o processo administrativo disciplinar em observância ao princípio do contraditório fica preservado, pois as reuniões e audiências serão registradas em atas que deverão detalhar as deliberações adotadas, as quais são juntadas aos autos, tendo o acusado amplo acesso.”*

*STJ, Recurso Especial nº 1.104.848: Decisão: “O caráter reservado de tais reuniões não contraria as garantias processuais fundamentais, notadamente a publicidade, ampla defesa e o contraditório, uma vez que as resoluções da comissão processante devem ter sua motivação registrada em ata, a ser juntada aos autos, conforme o art. 152, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, cumprindo ressaltar que somente após a notificação do servidor interessado é que o colegiado pratica o ato deliberado. Nesse sentido é a lição de José Armando da Costa: ‘(...) No início desta subfase do inquérito administrativo (instrução) deverá ser realizada a primeira reunião da comissão processante. Nesta reunião de trabalho, se fará a deliberação a respeito das primeiras diligências a serem desencadeadas. Obviamente que tais providências se destinam à elucidação das irregularidades que foram acoimadas ao funcionário acusado. Sintetizadas em atas as iniciais deliberações, deverá o acusado ser notificado a este respeito, a fim de que possa comparecer ao local dos trabalhos para assistir à tomada de depoimentos das testemunhas, e outras coisas mais (...).’ (Costa, José Armando da. *Processo Administrativo Disciplinar*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 171)”*

*TRF da 2ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 2005.51.01.004778-1: “Ementa: I - O princípio do contraditório e da ampla defesa não conferem ao servidor público que responde a processo administrativo o direito de presença nas reuniões da Comissão de Inquérito, ‘na medida em que o parágrafo único do art. 150 da Lei 8.112/90 prevê que as reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado’. II - No caso em foco, não*

*houve “audiência reservada” - como autoriza a Lei -, mas apenas reuniões sigilosas em que foram feitas certas deliberações, sendo que o servidor processado teve acesso às Atas das Reuniões, bem como às deliberações. Dessarte, não ocorreram quaisquer atos atentatórios ao direito subjetivo público consubstanciado no exercício da ampla defesa e do contraditório, previsto nos incisos LV e LVI do art. 5º da Lei Fundamental.”*

*Voto: “(...) No contexto em exame, impõe-se asseverar que os argumentos autorais expostos no sentido da nulidade do ato administrativo expedido pela Comissão de Inquérito - segundo o qual o Demandante não teria direito à participar de suas reuniões deliberativas - mostram-se infundados, posto que determinada medida decerto não revela qualquer violação do postulado do ‘due process of law’. (...) Em corroboração, citando os artigos 156, 157, 159, 161, 164 e 165, todos da Lei nº 8112/90, o em. órgão ministerial afirmou que ‘tais dispositivos regulam a forma como o direito de defesa do servidor, consubstanciado no direito de presença e de audiência, poderá ser exercido no curso do procedimento até a apresentação do relatório conclusivo pela comissão. O servidor poderá participar das audiências realizadas pela Comissão processante, nos termos dos artigos da Lei acima destacados, mas não das reuniões - apesar de ambas terem caráter reservados (parágrafo único do art. 150) -, por absoluta ausência de previsão legal’. (...)”*

*“Os atos dinamizados pela comissão de processo são formalizados em atas, termos, despachos e ofícios. Toda vez os membros desse colegiado se reunirem para estudo e deliberação sobre o andamento do processo, deverá o secretário fazer constar de ata as soluções adotadas. Daí o comando expresso, nesse sentido, do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112/90), proclamando que ‘as reuniões da comissão serão registradas em atas que deverão detalhar as deliberações adotadas (art. 152, § 2º)’.”, José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 226, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“Primeiras Ações da Comissão (...) a Comissão deverá abrir o processo oficialmente por meio da Ata de Instalação da Comissão. Nessa ata, a Comissão vai dizer quais as medidas iniciais que pretende tomar (...). Em seguida, a Comissão deliberará acerca das diligências e provas que devam ser colhidas, escolherá as testemunhas que serão intimadas para depor (art. 157, parágrafo único, Lei nº 8.112/90) e já poderá, inclusive, marcar as datas dos depoimentos.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 100, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

*“Instalada a comissão, providência que deverá ser adotada imediatamente após o ato de sua designação, os membros que a integram deverão reunir-se para conhecer os fatos denunciados, sobre eles trocar idéias e estabelecer a melhor forma ou o critério mais adequado para a condução dos procedimentos apuratórios e coleta de provas necessárias, materiais, testemunhais e periciais.”, Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 117, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“O início dos trabalhos de sindicância ou de processo disciplinar exige o planejamento da prova a ser produzida (...). Os responsáveis pela instrução, conseqüentemente, deverão identificar os meios de esclarecimento dessas questões e organizar uma pauta a ser cumprida, distribuindo, quando for o caso, as diligências e apazando os atos a serem praticados em audiência. Cumprido o roteiro, a comissão, em nova reunião, decidirá sobre as medidas complementares.”, Leo da Silva Alves, “Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas”, pg. 44, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005*

*“Modelo 18 - Ata de trabalhos - Aos ... dias do mês de ... do ano de dois mil ..., às ... horas, na sala de Comissão de ... (CPAD ou CSP), no ...º andar da ..., localizada à Av. ..., nº ..., bairro ... - ..., presentes os servidores ..., ... e ..., respectivamente presidente e membros da Comissão de ..., instituída pela*

*Portaria nº ..., de ... de ... de 20..., publicada no BS nº ..., de .../.../... (modificada pela Portaria nº ..., de ... de ... de 20..., publicada no BS nº ..., de .../.../...), que apura a denúncia constante no processo Administrativo nº ... e apensos nº ..., reuniu-se a referida Comissão, como tem feito diariamente desde a instalação dos trabalhos. Aberta a sessão, foram determinadas as seguintes providências: (...). Nada mais havendo a ser tratado, foi lavrado o presente termo que vai assinado pelo Presidente e demais membros.”, Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, “Processo Administrativo Disciplinar - Manual”, pgs. 325 e 326, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

### **4.3.7 - Repercussões da Notificação Inicial do Servidor**

Conforme se exporá adiante, o simples fato de um servidor figurar na condição de acusado em processo disciplinar, sem prejuízo da constitucionalmente consagrada presunção de inocência, já acarreta algumas repercussões na sua vida funcional. Daí, se, por um lado, não se deve postergar a notificação inicial do servidor envolvido por indícios de autoria (ou de concorrência) com os fatos sob apuração, a fim de propiciar-lhe o quanto antes a prerrogativa de exercer suas garantias constitucionais de ampla defesa e de contraditório, sob pena de os atos instrutórios serem declarados nulos, de outro lado, em contrapartida, tal ato de deve ser feito sem precipitação e leviandade, pois, independentemente do resultado do processo, já importa ônus funcionais ao servidor.

#### **4.3.7.1 - Férias, Remoção, Afastamentos e Exoneração e Aposentadoria Voluntárias**

De acordo com o que já se expôs em 4.3.4.1, por força do art. 6º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, e do art. 8º da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, que dispõem sobre a apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Fazenda (MF) como um todo e especificamente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), a notificação inicial de servidor deve ser comunicada, pela comissão, à autoridade instauradora e ao titular da unidade atual de lotação (ou de exercício, se diferente) do acusado. Tais comunicados podem tomar forma de memorandos, enviados por meio do correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002).

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 6º Instaurada a sindicância disciplinar ou o processo administrativo disciplinar, o servidor será notificado para, na condição de acusado, acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, oportunidade na qual o presidente da comissão comunicará expressamente esse fato à autoridade instauradora e ao titular da unidade de lotação ou de exercício do acusado.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 8º Instaurada a sindicância disciplinar ou o processo administrativo disciplinar, o servidor será notificado para, na condição de acusado, acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, oportunidade na qual o presidente da comissão comunicará expressamente esse fato à autoridade instauradora e ao titular da unidade de lotação ou de exercício do acusado.*

Reitera-se, do tópico acima mencionado, que, em razão do necessário controle das repercussões funcionais que a seguir se apresentarão, recomenda-se que, no caso de fato ocorrido em Agência da Receita Federal do Brasil (ARF), a comunicação dirigida à unidade de lotação (ou de exercício) do acusado seja endereçada ao Delegado da respectiva Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF).

A comunicação, por parte da comissão, de que o servidor passou a figurar como acusado no processo disciplinar se justifica porque a condução do inquérito é protegida por cláusulas de sigilo e de autonomia, de forma que nem mesmo a autoridade instauradora

monitora o teor de deliberações e de atos do colegiado. Assim, se não houver o comunicado por parte da comissão informando a condição de acusado, as autoridades competentes não terão como dar efeito ao *caput* do art. 172 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Este dispositivo legal, a fim de evitar que o servidor se evada e prejudique os trabalhos apuratórios, veda a exoneração a pedido e a aposentadoria voluntária enquanto figurar como acusado em instância disciplinar.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada. Parágrafo único. Ocorrida a exoneração de que trata o parágrafo único, inciso I, do art. 34, o ato será convertido em demissão, se for o caso.*

Quanto a este comando do *caput* do art. 172 da Lei nº 8.112, de 1990, apresentam-se duas ressalvas. A primeira é que, como não cabe ao aplicador da lei acrescentar restrições de direito onde o legislador não previu, tem-se que a notificação inicial como acusado não veda a aposentadoria por invalidez e a aposentadoria compulsória, até porque, presume-se, estes institutos se configuram por motivos alheios à vontade do servidor. A segunda é que aquela condição não impede que o servidor, no decorrer do processo disciplinar, seja exonerado, a pedido, de um cargo para ocupar outro da mesma esfera de governo, desde que continue vinculado ao mesmo regime disciplinar, segundo a manifestação do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), por meio de sua Formulação Dasp nº 1.

*Formulação Dasp nº 1. Exoneração a pedido  
Não contraria o disposto no art. 231 do Estatuto dos Funcionários a exoneração que não exclua o indiciado do serviço público federal quer porque acumulasse cargos, quer porque a exoneração resulte da posse noutro cargo da mesma esfera.  
(Nota: O art. 231 do antigo Estatuto vedava a exoneração a pedido de acusado, similantemente ao atual art. 172 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.)*

A propósito, a despeito de o *caput* do art. 172 da Lei nº 8.112, de 1990, não ter expressado, a interpretação sistemática do próprio diploma legal informa e impõe que também não cabe a Administração indeferir pedido de vacância do cargo ocupado por servidor acusado em processo disciplinar na hipótese de posse em outro cargo inacumulável, inclusive com a possibilidade de ser reconduzido ao cargo original, diante de eventual inabilitação no estágio probatório do segundo provimento, conforme preveem em conjunto o inciso I do art. 29 e o inciso VIII do art. 33 daquela Lei.

Aqueles comunicados da condição de acusado às autoridades correcional e local também se justificam por força da normatização infralegal e interna. Desde norma editada ao tempo em que a matéria correcional era exercida na linha hierárquica e sem o aprimoramento sistêmico hoje experimentado (a saber, o art. 10 da Portaria Mare/SRH nº 2, de 14 de outubro de 1998) e agora consubstanciada no *caput* e no inciso I do art. 8º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, e no *caput* e no inciso I do art. 10 da Portaria Coger nº 14, de 2014, no curso do processo disciplinar, a possibilidade de ser removido, o gozo de determinados direitos funcionais (tais como férias e licenças e afastamentos que a Administração tenha poderes discricionários para conceder) e até mesmo a realização de deslocamentos para fora da sede da unidade de lotação (ou de exercício), por parte do acusado, dependem de autorização da autoridade instauradora.

*Portaria Normativa Mare/SRH nº 2, de 1998 - Art. 10. É facultado ao Presidente da Comissão, quando julgar necessário, solicitar à chefia imediata do servidor acusado em processo de sindicância ou processo administrativo disciplinar, a reprogramação de suas férias.*

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 8º O servidor que estiver respondendo a sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar:  
I - somente poderá ser removido ou autorizado a entrar de férias, licenças ou*

*qualquer tipo de afastamento que a administração tenha poderes discricionários para conceder, bem assim deslocar-se a serviço para fora da sede de sua unidade, após o julgamento do processo, salvo se expressamente autorizado pela autoridade instauradora;*

*II - deve atender imediatamente a qualquer convocação da comissão disciplinar.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 10. O servidor que estiver respondendo a sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar:*

*I - somente poderá ser removido ou autorizado a entrar de férias, licenças ou qualquer tipo de afastamento que a administração tenha poderes discricionários para conceder, bem assim deslocar-se a serviço para fora da sede de sua unidade, após o julgamento do processo, salvo se expressamente autorizado pela autoridade instauradora;*

*II - deve atender imediatamente a qualquer convocação da comissão disciplinar.*

Diante dos termos genéricos empregados, na expressão “*ser removido ou autorizado a entrar de férias, licenças ou qualquer tipo de afastamento que a Administração tenha poderes discricionários para conceder*”, é de se buscar o exato alcance do comando normativo.

A remoção, conforme o art. 39 da Lei nº 8.112, de 1990, é o deslocamento do servidor no âmbito da RFB, mudando ou não de sede, e pode ser de ofício (no interesse da Administração) ou a pedido (a critério da Administração ou independente do seu interesse). Uma vez que os dois comandos normativos acima não delimitaram, é claro que a vedação em comento para servidor que figura como acusado em processo disciplinar alcança todas as espécies de remoção, indistintamente (com destaque óbvio para a hipótese de o acusado peticionar por sua remoção, já que a hipótese de a Administração ter intenção de remover servidor que responde a processo disciplinar parece menos factível).

Prosseguindo, a Lei nº 8.112, de 1990, estabelece, em seu Título III, a lista dos direitos e vantagens funcionais. Assim, além do vencimento e da remuneração (no Capítulo I), as vantagens (no Capítulo II) são as indenizações, as gratificações e os adicionais, a que se somam, no que aqui interessa, as férias (no Capítulo III), as licenças (no Capítulo IV) e os afastamentos (no Capítulo V). Da imediata leitura da literalidade legal, extrai-se que, se o Capítulo II congrega as vantagens, os demais Capítulos do Título III apresentam espécies diversas de direitos. Férias, licenças e afastamentos, portanto, são espécies do gênero direitos e, enquanto os arts. 77 e 78 da Lei nº 8.112, de 1990, não permitem margem de discricionariedade na auferição do direito a trinta dias de férias, as licenças e os afastamentos se desdobram em diversas espécies, em geral concedidas a critério da Administração e com poucas hipóteses de direito totalmente à margem do poder discricionário estatal, conforme se apresenta. A Lei nº 8.112, de 1990, estabelece, entre seus arts. 81 e 96-A, a licença por motivo de doença em pessoa da família, a licença por motivo de afastamento do cônjuge, a licença para o serviço militar, a licença para atividade política, a licença para capacitação (que sucedeu a licença prêmio por assiduidade), a licença para tratar de assuntos particulares e a licença para o desempenho de mandato classista; o afastamento para servir a outro órgão ou entidade, o afastamento para exercício de mandato eletivo, o afastamento para estudo ou missão no exterior e o afastamento para participação em programa de pós-graduação *stricto sensu*.

Deste rol, apenas a licença para o serviço militar, a licença para atividade política, a licença para o desempenho de mandato classista e o afastamento para exercício de mandato eletivo não comportam nenhuma discricionariedade a favor da Administração. Some-se que a licença para tratamento de saúde, a licença por acidente em serviço, a licença à gestante e à adotante e a licença-paternidade estão definidas nos arts. 202 a 214 da Lei nº 8.112, de 1990, inseridas no Título VI, da Seguridade Social, e especificamente incluídos como benefícios (Capítulo II) e não como direitos funcionais, estando portanto fora do alcance das normas em

comento. O fato de o servidor responder processo disciplinar não prejudica a fruição daqueles direitos e a obtenção destes benefícios, até porque seu gozo não passa por discricionariedade a favor da Administração.

Em resumo, o *caput* e o inciso I do art. 8º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, e o *caput* e o inciso I do art. 10 da Portaria Coger nº 14, de 2014, *a priori* - salvo autorização da autoridade instauradora -, vedam que servidor acusado em processo disciplinar seja removido de ofício ou a pedido, entre de férias ou entre de licenças por motivo de doença em pessoa da família, por motivo de afastamento do cônjuge, capacitação (ou prêmio por assiduidade) ou para tratar de assuntos particulares ou ainda entre em afastamento para servir a outro órgão ou entidade, para estudo ou missão no exterior ou para participação em programa de pós-graduação *stricto sensu* ou ainda demais licenças ou afastamentos que porventura venham a contemplar parcela de discricionariedade a favor da Administração para conceder, conforme também pontua a doutrina, inclusive do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU).

*“Além disso, férias, deslocamentos, remoção, licenças e afastamentos, também podem impactar negativamente no desenvolvimento dos trabalhos apuratórios das comissões, sendo possível a suspensão da fruição ou indeferimento dos pedidos.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 163, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

*“(…) pode ser recusado ou adiado o gozo de licença-prêmio, férias, licença para tratar de assuntos particulares ou para capacitação profissional por longo prazo, pleitos requeridos pelo funcionário acusado que podem ser incompatíveis com a participação dele na fase instrutória em regime contraditorial de processo administrativo disciplinar ou de sindicância investigativa.*

*55) É legal a suspensão do gozo de férias e de licença-prêmio de servidor público que responde a processo administrativo disciplinar enquanto não concluída a fase de inquérito, em que é fundamental a participação do acusado para a própria validade formal do feito, em vista das garantias de contraditório e ampla defesa.” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pgs. 413, 414, 1059 e 1060, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

E, merecendo menor esforço hermenêutico, também se inclui no comando aprioristicamente proibitivo meros deslocamentos a serviço, eventuais ou transitórios, pelo acusado, para fora da sede da sua unidade de lotação (ou de exercício). Tratando-se de deslocamentos realizados no interesse do serviço, embora passíveis de indenizações de diárias e de transportes, possuem natureza mais generalista de prerrogativas do servidor e não especificamente de direitos funcionais.

Apresentados os elementos positivados no *caput* e no inciso I do art. 8º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, e no *caput* e no inciso I do art. 10 da Portaria Coger nº 14, de 2014, cabe analisar sua aplicação.

É de se compreender, primeiramente, que, diferentemente da vedação legal sobre exoneração a pedido e aposentadoria voluntária, a normatização infralegal e interna não veda de forma absoluta a aplicação daqueles elementos ao servidor acusado em processo disciplinar mas sim a submete à prévia avaliação do Chefe de Escritório de Corregedoria (Escor) ou do Corregedor; ademais, eventual manifestação denegatória por parte da autoridade instauradora não possui natureza sancionatória e não se confunde com pena, até porque, não raro, o direito não é cassado, mas sim apenas tem sua fruição postergada (excluindo deslocamentos a serviço, que em geral são pontuais e de necessidade imediata de satisfação, a postergação pode ser aplicada a remoção, férias, licenças e afastamentos,

institutos em que o adiamento para outra data não necessariamente significa a perda definitiva daquele direito ou o desinteresse por parte do servidor em gozá-lo posteriormente). Estas repercussões, que têm como inteligência manter o acesso da comissão ao acusado e o acesso deste ao processo, tão somente, refletem garantias em prol da instrução processual. Trata-se de medidas cautelares de proteção do interesse público da efetiva apuração dos fatos e, desta forma, não afrontam ao princípio da presunção de inocência.

Dentre os direitos funcionais aqui elencados, aquele que periódica e mais comumente se contrapõe à continuidade do processo disciplinar, em razão de sua fruição anual, são as férias. Se, de um lado, o incidente da submissão do pedido de férias à autoridade instauradora é o mais frequente, por outro lado é o que se soluciona tanto de forma menos traumática para a vida funcional do servidor, em caso de ser necessária sua postergação, quanto de forma menos prejudicial ao processo, em comparação com remoção, licenças ou afastamentos, com eventual paralisação dos trabalhos por trinta dias ao ano. A unidade de lotação (ou de exercício) não deve deixar de enviar à autoridade instauradora os pedidos de férias do servidor sobre quem recebeu comunicado de que consta como acusado em processo disciplinar e, *a priori*, não é recomendável que os trabalhos apuratórios sejam prejudicados com interrupção tão somente a fim de que o acusado goze férias. Em virtude da independência e da autonomia da comissão, a autoridade instauradora não possui elementos para avaliar se o período solicitado pelo servidor para gozar férias interfere ou não na programação de atos de instrução de natureza contraditória a serem realizados. Convém, então, que a autoridade instauradora repasse o pedido de férias para o colegiado, para que este avalie sua plausibilidade, de acordo com sua agenda de atos já programados ou não. Em geral, é viável compor o cronograma previsto pela comissão com o período de férias pleiteado pelo acusado, com nenhum ou com pouco prejuízo ao andamento processual, sendo incomum ter de usar o poder para postergar a fruição do direito funcional. E, mesmo nos casos excepcionais em que os interesses e as programações processuais e particulares se superpõem, a matéria disciplinar não cassa o direito de férias do servidor, devendo haver a fruição quando já não mais puder postergá-la em virtude da vedação de acumulação de períodos.

Avançando na inteligência de tutelar e de submeter não só interesses pessoais do acusado na fruição de direitos funcionais, a fim de preservar o interesse público da apuração, além do já mencionado efeito sobre deslocamentos a serviço para fora da sede da unidade de lotação (ou de exercício), o art. 162 da Lei nº 8.112, de 1990, obriga o servidor a comunicar a mudança de seu endereço residencial. Neste ponto, detecta-se mais uma impropriedade da Lei, ao impor ao “indiciado” o dever em comento. Buscando compreender o objetivo da norma, claramente se pode concluir por uma interpretação extensiva, no sentido de se ler o mandamento para o “acusado” no processo. O dispositivo faz mais sentido em fase de instrução, quando a comissão pode ter necessidade de contatar o acusado para notificar da realização de atos de busca de provas, do que após a indicição. É acrescente-se que a determinação deve se estender à mudança do endereço não só residencial mas também de trabalho.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 162. O indiciado que mudar de residência fica obrigado a comunicar à comissão o lugar onde poderá ser encontrado.*

Cabe também menção ao uso de sistemas informatizados internos, embora tal acesso esteja mais para uma ferramenta necessária de trabalho do que para um direito funcional propriamente dito. Nesta senda, aquelas comunicações à autoridade instauradora e ao titular da unidade de lotação (ou de exercício) do acusado também se justificam porque as normatizações infralegal e interna, consubstanciadas no § 3º do art. 14 da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito da Pasta, e no art. 12 da Portaria Coger nº 14, de 2014, estabelecem que, no curso do processo disciplinar, o acesso do acusado a sistemas informatizados pode ser vedado por qualquer uma das autoridades.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 14.*

*§ 3º O acesso a sistemas eletrônicos por servidor que estiver respondendo a sindicância disciplinar ou a processo administrativo disciplinar poderá ser vedado, total ou parcialmente, mediante cancelamento da respectiva senha, por iniciativa do titular do órgão ou unidade que compõe a estrutura do Ministério da Fazenda de lotação ou exercício do servidor, ou por determinação da autoridade instauradora do feito disciplinar, podendo, se for o caso, ser restabelecido durante ou após a conclusão do processo.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 12. O acesso aos sistemas eletrônicos da RFB por servidor que estiver respondendo a sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar poderá ser vedado, total ou parcialmente, mediante cancelamento da respectiva senha, por iniciativa do titular da unidade de lotação ou exercício do servidor ou por determinação da autoridade instauradora, podendo, se for o caso, ser restabelecido durante ou após a conclusão do processo.*

A rigor, esta previsão de limitação de acesso a sistemas informatizados somente se aplica ao acusado, o que subentende o processo disciplinar já instaurado. Não obstante, caso se faça necessário, uma estratégia pertinente para antecipar a proteção do interesse público em face de servidor que se utiliza irregularmente de sistemas internos é o Chefe de Escor, antes mesmo de proceder à instauração, alertar a autoridade local acerca de juízo de admissibilidade positivo e provocá-la para, à luz de critérios seus de oportunidade e conveniência, rever os perfis de acesso concedidos ao servidor. Obviamente, dependendo da natureza da conduta funcional que se investiga, esta possibilidade há de ser temperada pela possível percepção que o infrator possa a vir a ter sobre o fato de estar sendo investigado e pelo conseqüente risco de destruir ou obstruir provas.

Aliás, neste sentido, não apenas no que diz respeito a acesso a sistemas informatizados, embora todos os dispositivos legal e infralegal em comento estabeleçam como condição para denegação de determinados direitos funcionais o fato de o servidor se encontrar notificado na qualidade de acusado em processo disciplinar, tendo em vista a inequívoca tutela de impedir que se evada da apuração de eventual responsabilidade disciplinar, é possível defender a postergação de suas fruições já desde quando a autoridade instauradora sabia da existência de indícios de conduta infracional do servidor e procedia à fase de admissibilidade. Na extensão da manifestação a que a jurisprudência se obrigou a expor especificamente para provocação sobre exoneração a pedido, é possível então defender o mesmo tipo de construção para direitos como remoção a pedido, licenças e demais afastamentos e aposentadoria voluntária.

*STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 20.811: “Ementa: É lícita a recusa da administração em exonerar o servidor se, ao tempo do requerimento, já estava adotando providências necessárias para a instauração de processo administrativo com vistas à responsabilização funcional do servidor.”*

Se, nos parágrafos antecedentes, se enfrentou a questão da possibilidade de se antecipar o efeito vedante dos dispositivos do § 3º do art. 14 da Portaria MF nº 492, de 2013, do *caput* e do inciso I do art. 8º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013, do *caput* e do inciso I do art. 10 e do art. 12, ambos da Portaria Coger nº 14, de 2014, para antes de o servidor figurar como acusado, agora também se faz relevante abordar a possibilidade de tais gravames serem retirados da vida funcional do servidor antes de formalmente ele deixar de constar do rol de acusados. Para isto, primeiramente informa-se que a condição de acusado se estende desde o recebimento da notificação inicial que lhe comunica tal condição até a efetivação do julgamento a cargo da autoridade competente.

Neste rumo, repisa-se a regra geral já informada em **4.3.4**: a condição de estar respondendo a processo disciplinar, figurando no polo passivo da relação processual (e, por conseguinte, a apriorística manutenção das repercussões de tal fato) e no rol de acusados

somente podem ser retiradas pela autoridade competente para julgamento - salvo a hipótese de exclusão prévia em caso de mais de um acusado, em que a análise preliminar é feita pela autoridade instauradora, já especificada em **4.3.4.2**. A exclusão do servidor do foco de apuração, por deliberação da comissão, ou o fim da subfase de instrução processual (com ou sem indicição e defesa escrita) e o início da subfase de elaboração de relatório não afastam, de imediato, tal condição de acusado e os gravames dela correntes. Não obstante, como aqueles comandos infralegais acima listados precipuamente mencionam direitos sobre os quais a Administração tem poder discricionário de conceder ou não, nada impede que, diante de peculiaridades do caso concreto, a autoridade instauradora, subsidiada por informações prestadas pela comissão, conceda determinados direitos funcionais (a princípio atingidos por aqueles dispositivos) ao servidor que formalmente ainda consta como que respondendo ao processo mas que, na prática, foi excluído do escopo das apurações pela comissão. Obviamente, tal liberalidade jamais alcança as vedações legais de aposentadoria voluntária e exoneração a pedido.

Também é importante enfrentar a questão de servidor que peticiona por sua exoneração a pedido ou por sua aposentadoria voluntária, apesar de sua condição de acusado em processo administrativo disciplinar (PAD) ou em sindicância disciplinar, sob alegação de prejuízo em decorrência de o prazo legal (de sessenta mais sessenta dias ou de trinta mais trinta dias, e mais vinte dias para julgamento), estabelecido no *caput* do art. 152 ou no parágrafo único do art. 145 e ainda no *caput* do art. 167, todos da Lei nº 8.112, de 1990, já ter sido extrapolado. Sem prejuízo de o Poder Judiciário poder vir a entender, em algum caso concreto, que o servidor não pode ser prejudicado em virtude de uma suposta inércia da Administração (em não concluir o processo no prazo legal), em tal situação, não cabe à autoridade administrativa (seja do sistema correccional, seja de gestão de pessoas) avocar algum entendimento jurisprudencial e diligenciar a favor da concessão do pleito. Ora, é de se compreender que a leitura do comando do inciso I do art. 172 da Lei nº 8.112, de 1990, é direta, determinística e inequívoca no sentido de ser vedado o deferimento de tais pleitos na condição de acusado, sem fazer qualquer remissão ou condicionamento àqueles outros dispositivos referentes a prazo processual. Não se está diante de uma situação em que a Lei permita se cogitar de mais uma possibilidade cabível e menos ainda se está diante de uma situação em que a Lei nada previu. Desta feita, à vista de comando claro e hialino, para cujos entendimento e aplicação basta a imediata leitura literal, não compete à autoridade administrativa - vinculada ao texto legal em vigor e sem dispor da visão dinamicamente contextualizada e flexibilizada com que o membro do Poder Judiciário pode aplicar a lei - espontaneamente se antecipar e fazer qualquer tipo de construção frágil e desautorizadamente alicerçada em suposta linha jurisprudencial, a fim de deferir pedido de exoneração ou de aposentadoria de forma imprevista na citada Lei.

Em decorrência do necessário controle das repercussões acima, além de os Escor (ou a Corregedoria (Coger), nos excepcionais casos em que o Corregedor figura como autoridade instauradora) terem de alimentar a base de dados externa do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, da CGU), devem também alimentar o sistema interno de gestão de pessoas, chamado Sistema de Apoio às Atividades Administrativas (SA3), não obstante este ser gerido pela Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas. A Portaria Coger/Cogep nº 1, de 18 de novembro de 2011, estabeleceu, neste sistema, um módulo específico para cadastramento e consulta de informações correccionais (dados funcionais do acusado, repassados pelas comissões, e, posteriormente, informações relativas ao julgamento), a serem cadastradas pelos Escor (ou pela própria Coger, quando for o caso) e com acesso parcial para unidades estranhas ao sistema correccional, a saber, as unidades de projeção de gestão de pessoas, a fim de que estas possam automaticamente emitir certidão comprobatória de que não constam registros de natureza disciplinar presente ou pretérito para determinado servidor sem necessidade de provocar o Escor ou a Coger. E, em complemento, no caso de haver registros de natureza disciplinar para o servidor, incumbe ao Serviço de Atividades Auxiliares (Seaux)

prestar a devida informação e tal competência é suprida também consultando os registros existentes no SA3. Isto, mais uma vez, faz destacar as importâncias de a comissão informar ao Escor (ou à Coger, quando for o caso) a notificação inicial como acusado e de esta unidade correcional informar nos sistemas esta condição do servidor e, posteriormente, o julgamento, conforme descrito em 2.1.4, em 4.3.4.1, no início deste tópico e em 4.10.6.3.

Melhor detalhando esta rotina de controle de repercussões de gestão de pessoas em função de ocorrência de natureza disciplinar, quando um servidor peticiona, na correspondente unidade de projeção de gestão de pessoas, por qualquer dos direitos aqui mencionados e cujo gozo deve ou pode ser restringido em razão de sua condição de acusado (em razão de o pleito poder prejudicar o regular andamento dos trabalhos correccionais), esta unidade utiliza-se de seu perfil de consulta no SA3, para verificar se há restrições para o peticionante (sem prejuízo de o próprio servidor poder consultar a si mesmo no sistema). Caso não haja nenhum registro atual ou pretérito de natureza disciplinar nos assentamentos do servidor, o sistema disponibiliza tal informação para a unidade de projeção de gestão de pessoas e esta pode emitir automaticamente a certidão de nada consta (que o sistema denomina de “Consulta a Procedimento Disciplinar” ou informalmente chamado de “Nada Consta Coger”) e dar o prosseguimento regular ao pleito. Caso haja registro atual ou pretérito de natureza disciplinar nos assentamentos do servidor, o sistema apenas informa a existência de ocorrência (sem descrevê-la) e indica que a unidade de projeção de gestão de pessoas consulte, por via do correio eletrônico institucional, o sistema correcional, a fim de que este se pronuncie sobre a ocorrência.

Na prática, a forma desta consulta da unidade de projeção de gestão de pessoas ao sistema correcional pode variar em função da natureza do pedido do servidor, a qual, por sua vez, pode acarretar diferentes espécies e durações de afastamento pleiteado, importando em distintos graus de rigidez de controle para sua concessão, em face da necessidade de prosseguimento dos trabalhos correccionais. Por um lado, no caso de o pedido ser para apenas gozar férias, a unidade de projeção de gestão de pessoas pode consultar diretamente a autoridade instauradora (que, em geral, é o Chefe do respectivo Escor), a fim de que esta verifique com a comissão a possibilidade ou não de o servidor ser liberado naquele período delimitado. Por outro, no caso de pedidos de maior repercussão, como licenças de média ou longa duração, exoneração e aposentadoria, a unidade de projeção de gestão de pessoas deve consultar, através do correio eletrônico institucional, o Seaux, a fim de que este se pronuncie, por meio de uma informação disciplinar, acerca da possibilidade ou não de o servidor ter seu pleito deferido, em função de haver registro atual (ou até pretérito, dependendo do tipo de pedido) de natureza correcional, nos termos disciplinados pela Portaria Coger/Cogep nº 1, de 2011.

*Portaria Coger/Cogep nº 1, de 2011 - Art. 3º O documento comprobatório de que o servidor não responde a sindicância ou PAD, não sofreu penalidade e não teve o registro de extinção de punibilidade por prescrição nos assentamentos funcionais, denominado “Consulta a procedimento disciplinar”, é emitido com base nos registros lançados no sistema SA3.*

*Art. 4º Havendo qualquer registro disciplinar relacionado ao servidor pesquisado, o banco de dados emitirá um alerta para que a Corregedoria-Geral seja consultada e se pronuncie por meio do Serviço de Controle da Atividade Correcional (Secac) da Corregedoria-Geral da RFB (Coger), que emitirá uma Informação Disciplinar Coger/Secac.*

*§ 2º A consulta deverá ser formulada por meio do correio eletrônico corporativo da RFB e encaminhada ao Serviço de Controle da Atividade Correcional da Coger, e deverá conter o nome do servidor, a matrícula siapecad e a motivação da consulta.*

*§ 3º Os registros disciplinares cadastrados no sistema SA3 não incluem as reintegrações precárias ou definitivas de servidores e não contempla, igualmente, as interrupções, suspensões ou anulações de processos. Nesses casos, o sistema emitirá um alerta para que a Corregedoria-Geral seja*

*consultada.*

*Art. 5º A comunicação de que trata o art. 9º, da Portaria RFB nº 3.131, de 15 de julho de 2011, deverá ser estendida ao Chefe do Núcleo de Corregedoria para os processos acompanhados por aquela unidade, exclusivamente para fins de registro no SA3.*

Esclareça-se a necessidade de, além do escopo deste tópico, o sistema correccional e as unidades de projeção de gestão de pessoas também terem controle da existência de registros pretéritos de natureza disciplinar no assentamento do servidor, tais como já ter sido punido ou já ter tido conclusão de cometimento de infração com punibilidade prescrita. Há direitos funcionais cuja regulamentação interna estabelece restrição de gozo não só ao servidor que, ao tempo do pedido, esteja respondendo a processo disciplinar, mas também àquele que já tenha sofrido punição ou que tenha registro de punibilidade prescrita, bem como também pode haver repercussões de natureza gerencial, como vedações para candidaturas em certames internos para designação para cargos em comissão ou para ocupação de funções de confiança. De se destacar, todavia, que todas estas espécies de repercussões pretéritas se limitam aos prazos de três e de cinco anos que o art. 131 da Lei nº 8.112, de 1990, estabelece para as penas de advertência e de suspensão, conforme se aduzirá em **4.10.6.3**.

Nesta linha, relembre-se o já aduzido em **2.5.7**, de que a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) deve ser registrada nos assentamentos funcionais do servidor, que este registro tem validade por dois anos contados após a vigência do acordo e de que a existência de tal registro válido impede a fruição do mesmo benefício pelo autor, conforme estabelecem o art. 5º e o *caput* do art. 9º, ambos da Instrução Normativa CGU nº 2, de 30 de maio de 2017.

*Instrução Normativa CGU nº 2, de 2017 - Art. 5º Não poderá ser firmado TAC com o agente público que, nos últimos dois anos, tenha gozado do benefício estabelecido por este normativo ou possua registro válido de penalidade disciplinar em seus assentamentos funcionais.*

*Art. 9º O TAC será registrado nos assentamentos funcionais do agente público e, após o decurso de dois anos a partir da data estabelecida para o término de sua vigência, terá seu registro cancelado.*

### **4.3.8 - Formalidades Iniciais a Cada Designação de Nova Comissão**

Conforme expresso em **4.2.8.3**, tendo se esgotado o prazo originário e o prazo prorrogado, totalizando 120 dias ou 60 dias desde a instauração, do *caput* do art. 152 e do parágrafo único do art. 145, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no caso de processo administrativo disciplinar (PAD) ou de sindicância disciplinar, sem que a respectiva comissão de inquérito ou de sindicância tenha concluído seus trabalhos, a autoridade instauradora deve designar novo trio para ultimar os trabalhos, podendo manter ou não a composição (na hipótese positiva, ao gênero “designação de nova comissão” se dá o nome específico de “recondução da comissão”).

As instrumentalidades para o pedido por parte da comissão e para a designação de novo trio por parte da autoridade instauradora já foram detalhadas no tópico acima mencionado, cabendo aqui apenas discorrer sobre eventuais formalidades que devem ser realizadas pela nova comissão designada para ultimar os trabalhos.

Assim, de imediato, se assevera que, não tendo havido longa interrupção nos trabalhos apuratórios, a designação de nova comissão não requer formalidades por parte do colegiado.

A única ressalva é na hipótese atualmente pouco comum de o secretário ser um servidor estranho à comissão. Neste caso específico, mesmo não tendo havido longo lapso temporal com os trabalhos parados, convém fazer redesignação do secretário e ainda que seja o mesmo servidor, publicando a portaria do presidente em boletim de serviço (ou,

excepcionalmente, no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora (que, no caso, é o Boletim de Serviço da Secretaria da Receita Federal do Brasil - BS RFB). A cautela se justifica, pois esta pode ser a única forma de se amparar o acesso deste servidor aos autos, em eventual deslocamento da sede ou a dedicação de horas de trabalho ao processo. A proceduralização para a aposição da assinatura digital e para a publicação da portaria no BS RFB e a recomendação para que se juntem aos autos a impressão da versão em extensão “*portable document format*” (pdf) da portaria e a(s) página(s) do Boletim que a contempla(m) podem ser revistas em **4.2.1.1**, de repetição desnecessária e a cuja leitura se remete. Caso contrário, sendo o secretário um dos membros, dispensa-se redesignação.

Destaque-se que, em hipótese alguma deve-se fazer nova notificação inicial ao acusado em razão de designação de nova comissão. Apenas se pode ressaltar que, na hipótese de ter havido um longo período com os trabalhos parados até que se designe nova comissão, convém que o trio dê ciência do reinício das apurações ao acusado.

Ademais, tendo se mantido ou não a composição original, apesar de formalmente se tratar de uma nova comissão, esta designação em nada prejudica a validade e o aproveitamento dos trabalhos de instrução já realizados pela comissão antecedente. A simples designação de nova comissão por decurso de prazo, sem declaração de refazimento por nulidade de parte da autoridade instauradora, *a priori*, faz subentender que os atos anteriores são todos válidos, ainda que tenha havido mudança na composição do trio.

E se a comissão tiver algum de seus integrantes substituídos, não é necessário que o recém-designado ratifique expressamente os atos instrucionais anteriormente realizados. A menos que faça expressa ressalva de não ratificação de determinado(s) ato(s), subentendendo-se a ratificação tácita na ausência de expressa manifestação.

Por sua vez, meras prorrogações de prazo da comissão não impõem nenhuma formalidade à comissão.

### **4.3.9 - Afastamento Preventivo e Exercício Provisório do Acusado**

Quando se vislumbra que o acusado, caso tenha mantido livre o seu acesso à repartição, na sua qualidade de servidor, traz ou possa trazer qualquer prejuízo ou risco à apuração ou à segurança dos demais servidores, seja destruindo provas, seja coagindo demais intervenientes na instrução probatória, pode a autoridade instauradora, com base no art. 147 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, lançar mão do instituto do afastamento preventivo, pelo qual retira-se do agente sua carga de trabalho e impede-se seu acesso às dependências da repartição como um todo (e não apenas de sua sala de trabalho). Neste sentido, também entendem a jurisprudência e a doutrina que a proibição de acesso à repartição não configura constrangimento ilegal.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.*

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

*STJ, ‘Habeas Corpus’ nº 7.309: “Ementa: Não constitui hipótese de constrangimento ilegal a proibição de que funcionários envolvidos em sindicância acerca do desaparecimento de processos, e suspensos de suas atividades, continuem a circular no local aonde teriam ocorrido os eventuais ilícitos.”*

*“Durante este período, fica o servidor impedido de comparecer ao serviço e*

*também de circular pela repartição, pois do contrário os efeitos preventivos buscados pela Lei desapareceriam.*

*(...) a regra é fundada num permissivo ('poderá') e não numa determinação (...).” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 95, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

*“O STJ não concedeu ‘habeas corpus’ [Habeas Corpus nº 7.309] a servidores que se diziam vítimas de constrangimento ilegal por estarem impedidos de circular no ambiente de trabalho. Veja-se que, na ocasião, estava em curso sindicância para apurar desaparecimento de processos, e os referidos servidores apareciam como envolvidos.*

*É preciso, nessa linha, entender que a garantia individual do ir-e-vir não é absoluta.” Léo da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, pg. 269, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

Na mesma linha, infralegal e internamente, o dispositivo é refletido no *caput* e no § 1º do art. 14 da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Fazenda (MF), e no *caput* e § 1º do art. 11 da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), ambos com similar redação.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 14. A autoridade instauradora do feito disciplinar poderá determinar o afastamento do exercício do cargo de servidor que responda a processo disciplinar, nos termos do art. 147 da Lei nº 8.112, de 1990, sempre que o servidor ofereça risco para a devida apuração da irregularidade ou para a segurança dos demais servidores.*

*§ 1º O servidor afastado deverá atender imediatamente a qualquer convocação da comissão disciplinar, comunicando, previamente e por escrito, qualquer necessidade de ausentar-se do seu domicílio.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 11. A autoridade instauradora poderá determinar o afastamento do exercício do cargo de servidor que responda a processo disciplinar, nos termos do art. 147 da Lei nº 8.112, de 1990, sempre que o servidor ofereça risco para a devida apuração da irregularidade ou para a segurança dos demais servidores.*

*§ 1º O servidor afastado deverá atender imediatamente a qualquer convocação da comissão disciplinar, comunicando, previamente e por escrito, qualquer necessidade de ausentar-se do seu domicílio.*

O afastamento preventivo deve ser compreendido como medida cautelar de proteção do interesse público da efetiva apuração dos fatos, a fim de evitar indevida influência do servidor, não configurando imputação de responsabilidade, não possuindo fim punitivo e não afrontando, portanto, o princípio da presunção de inocência. Uma vez que o instituto é aplicado de forma compulsória, não pode imputar prejuízo na remuneração do agente no período afastado.

Ademais, é de ser reforçado o caráter excepcional da medida cautelar, de emprego apenas quando outros meios legais de que dispõem a autoridade instauradora e o titular da unidade (por exemplo, as repercussões de ser notificado como acusado, conforme **4.3.7.1**, e até mesmo a determinação para exercício provisório em outra unidade, mencionada ao final deste tópico) não sejam suficientes, pois, além de retirar a carga de trabalho do servidor e de lhe impedir o acesso à repartição, mantém sua remuneração integral e traz dificuldades para o contato da própria comissão com o acusado, conforme também pondera a doutrina. Em contrapartida à incolumidade de sua remuneração, o servidor deve ficar à disposição da comissão, de forma a poder atender prontamente a qualquer convocação, devendo ainda comunicar por escrito qualquer necessidade de ausência prolongada de seu domicílio.

*“O afastamento preventivo do servidor, do exercício do seu cargo, somente deverá ser aplicado quando a Comissão julgar indispensável para a*

*tranquilidade do trabalho apuratório, pois, durante o afastamento preventivo, o servidor deixa de comparecer ao serviço, sem prejuízo de seus ganhos, sendo assegurada sua remuneração integral, na forma da Lei. É prudente que o afastamento preventivo não se transforme em benefício ao servidor acusado.”*  
*Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 95, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Quanto ao momento de aplicação, a rigor, a Lei não condicionou o emprego desta medida cautelar à notificação inicial do servidor para acompanhar o processo como acusado, na linha da manifestação do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), por meio de sua Formulação Dasp nº 39. Pode a autoridade instauradora, a seu exclusivo critério e motivadamente, afastar o servidor antes do início dos trabalhos apuratórios da comissão, seja já desde a fase de admissibilidade, seja no mesmo momento em que instaura o procedimento disciplinar. Pode também ocorrer de, não havendo de início motivos fundamentados para determinar o afastamento preventivo, posteriormente a autoridade instauradora vir a ser provocada pela comissão, por intermédio de memorando acompanhado de ata de deliberação com a devida motivação, que podem ser encaminhados por meio do correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002), e determinar então o emprego de tal medida extremada já após a notificação inicial do servidor como acusado no processo, em qualquer momento no curso da instrução. Sem prejuízo de um caso específico requerer a providência imediata por parte da autoridade instauradora, como recomendação geral, ela deve pesar que, uma vez afastado o servidor, a comissão corre maior risco de enfrentar dificuldade para contatá-lo e notificá-lo de seu direito de acompanhar o processo. Sendo assim, tem-se como razoável que é mais justificável a adoção da medida preventiva após a instauração do processo e, conseqüentemente, após a notificação inicial do acusado, mediante provocação do colegiado.

*Formulação Dasp nº 39. Suspensão preventiva*  
*A suspensão preventiva pode ser ordenada em qualquer fase do inquérito administrativo.*

Devem ser ponderados, na decisão da autoridade sobre a conveniência de afastar a qualquer tempo o servidor ou de preservar a prestação de serviços, os seguintes fatores exemplificativos: os acontecimentos, as circunstâncias da apuração e a ascendência do servidor sobre os meios de prova, com o objetivo de se aquilatar as possibilidades de sua influência nos trabalhos (por coação, ameaças, pressões diretas ou indiretas). Há previsão normativa interna, inclusive, nos termos do art. 38 da Portaria Cotec nº 19, de 28 de maio de 2007, para revogação de certificado digital e-CPF de servidor afastado preventivamente.

*Portaria Cotec nº 19, de 2007 - Art. 38. O presidente de comissão de sindicância ou de comissão de inquérito é competente para solicitar a revogação de certificado digital de funcionário da RFB quando, em processo disciplinar, for determinado o afastamento preventivo do servidor do exercício do cargo.*

A Lei define apenas que o prazo deste afastamento preventivo é de até sessenta dias, prorrogável por igual período. Assim sendo, a critério da autoridade instauradora, estes 120 dias que o legislador autorizou para ser aplicada a medida cautelar podem ser distribuídos em intervalos de quaisquer durações, desde que não ultrapassem aquele limite máximo. Nada impede que seja aplicado por um determinado período e que, uma vez que se entendam cessados os motivos que levaram à imposição do afastamento preventivo, não seja o afastamento prorrogado ou até mesmo seja o ato revogado ainda no curso de seu prazo (por exemplo, caso o servidor já tenha entregue sua defesa escrita e a comissão comece a elaborar o relatório sob vigência da portaria de afastamento do indiciado, pode o colegiado propor à autoridade instauradora o cancelamento da medida cautelar), como também entende a doutrina. Por outro lado, nada impede que se retome tal medida uma vez que se vislumbre a repetição dos motivos que levaram à sua primeira adoção, respeitado sempre o limite máximo

de 120 dias.

*“Como todo ato administrativo, o afastamento previsto é revogável a qualquer tempo, pela autoridade que o determinou, uma vez entenda esta que não mais persistem os motivos determinantes da medida.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 96, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

*“(…) Se o afastamento for inferior a 60 dias, e tiver havido uma prorrogação (exemplo: 30 + 30), nada impede que haja outras prorrogações, por igual período, sem que ultrapasse o máximo permitido, que é de 120 dias.” Judivan Juvenal Vieira, “Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 229, IOB Thomson, 1ª edição, 2005*

Qualquer que seja o momento em que se aplique a medida cautelar, a operação se dá por meio de portaria da autoridade instauradora, internamente publicada e com vigência em princípio imediata, determinando o afastamento por determinado período. O ato excepcional de afastar preventivamente o servidor requer, para sua validade, a clara motivação. Assim, se a determinação de afastar preventivamente advém da convicção da autoridade instauradora, esta deve fazer constar a motivação em sua portaria; se o afastamento preventivo se dá por provocação da comissão, deve a autoridade fazer remissão ao memorando do colegiado que, por sua vez, menciona como parte integrante a ata de deliberação em que expôs sua motivação para solicitar a medida cautelar. Prosseguindo na instrumentalidade, após a publicação da portaria, deve a autoridade instauradora comunicar ao Superintendente, ao Chefe da Divisão de Gestão de Pessoas da respectiva Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil (SRRF/Digep) e ao titular da unidade de lotação do servidor e a aplicação da medida cautelar, informando o período de afastamento, o não prejuízo da remuneração e a vedação de acesso à repartição salvo para direito de petição (na condição de acusado ou de contribuinte) e solicitando o registro do fato nos assentamentos funcionais e que seja dada ciência ao servidor, destacando seu dever de atender qualquer convocação do colegiado, conforme o § 1º do art. 11 da Portaria Coger nº 14, de 2014. Este memorando da autoridade instauradora é de dispensável autuação no processo.

É de se atentar que a eventual aplicação do afastamento preventivo não tem o condão de prejudicar o exercício de garantias constitucionais, como o direito à ampla defesa e ao contraditório, conforme ratifica a jurisprudência. Assim, ainda que afastado preventivamente o servidor, deve a comissão cuidar de lhe fornecer todas as necessárias comunicações de realização de atos instrucionais, para que, caso seja de seu interesse, compareça e acompanhe (por óbvio, especificamente no momento da realização de ato instrucional, é de se afastar o efeito de proibição de entrada do servidor nas dependências da repartição). Reforça-se, mais uma vez, a recomendação para que tal medida cautelar seja vista como remédio excepcional, uma vez que, retirando o servidor da sua rotina laboral, a própria comissão passa a experimentar dificuldades para encontrá-lo e para lhe entregar os necessários atos de comunicação. Também é de se reafirmar que o instituto em tela veda o acesso do agente público à repartição como um todo na qualidade de servidor, não podendo alcançá-lo quando este procura a instituição como um contribuinte qualquer.

*STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 128: “Ementa: (...) O princípio da mais ampla defesa foi claramente estendido ao processo administrativo, de natureza disciplinar, como garantia constitucional. Todavia, a providência cautelar da administração, baseada em lei, procurando evitar qualquer interferência nas investigações, não importa em cerceamento, desde que se instaure o procedimento adequado à apuração dos fatos, assegurados o contraditório e a ampla defesa.”*

Por fim, à vista do dispositivo do parágrafo único do art. 147 da Lei nº 8.112, de 1990, o instituto do afastamento preventivo ampara o entendimento de que o prazo de conclusão do processo não é fatal, conforme já comentado em **4.2.8.3**.

A título de informação, acrescente-se que a lei processual penal, no inciso VI do art. 319 do Código de Processo Penal (CPP), ao tratar de medidas cautelares diferentes da prisão, confere ao juiz o poder de determinar o afastamento do cargo de servidor que esteja respondendo à ação penal, quando entender que a permanência em exercício possa ser utilizada para a prática criminosa. De se destacar que se trata de instituto distinto e independente do afastamento preventivo previsto no art. 147 da Lei nº 8.112, de 1990. Enquanto aquele primeiro tipo de afastamento do cargo decorre de decisão judicial em vista da ação penal em curso e não tem marco final, o segundo tipo compete à autoridade administrativa em virtude de se vislumbrar possibilidade de interferência no curso do processo administrativo e não pode ultrapassar 120 dias. Na mesma linha, também o parágrafo único do art. 20 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, no que diz respeito especificamente à apuração penal ou administrativa de improbidade administrativa, confere tanto às autoridades judicial e administrativa o poder de determinar o afastamento do exercício do cargo, quando relevante para a instrução processual.

*CPP - Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011).*

*VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).*

*Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 20.*

*Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.*

Ainda neste tópico, aproveita-se para mencionar o comando estabelecido no § 2º do art. 14 da Portaria MF nº 492, de 2013, e reproduzido no § 2º do art. 11 da Portaria Coger nº 14, de 2014. Segundo tais dispositivos, pode a autoridade instauradora, sob os mesmos motivos justificadores do afastamento preventivo, em outra medida cautelar sem fim punitivo e sem afronta ao princípio da presunção de inocência, determinar o exercício provisório do acusado em qualquer outra unidade, desde que tal medida não importe em ônus para o erário.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 14.*

*§ 2º A autoridade instauradora também poderá, motivadamente, determinar, pelas mesmas razões referidas no caput e enquanto perdurar a instrução processual, o exercício provisório do servidor em outra unidade administrativa do órgão do Ministério da Fazenda, desde que não haja ônus para o Erário.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 11.*

*§ 2º A autoridade instauradora também poderá, motivadamente, determinar, pelas mesmas razões referidas na parte final do caput e enquanto perdurar a instrução processual, o exercício provisório do servidor em outra unidade administrativa, desde que não haja ônus para o Erário.*

A determinação, por parte da autoridade instauradora, para que o servidor venha a ter exercício provisório em unidade distinta daquela em que exercia suas atribuições legais também deve ser compreendida como uma medida cautelar, sem fim punitivo e de emprego excepcional, justificável apenas quando a manutenção de sua presença possa influenciar nos trabalhos apuratórios. Acrescente-se ainda que esta medida não pode acarretar qualquer espécie de prejuízo às garantias fundamentais de ampla defesa e de contraditório

Da mesma forma como mencionado no afastamento preventivo, quanto ao momento de aplicação, a rigor, a normatização também não condicionou o emprego desta medida cautelar à notificação inicial do servidor para acompanhar o processo como acusado. O emprego do exercício provisório pode se dar a qualquer momento, seja por imediata decisão da autoridade instauradora, seja por posterior provocação da comissão, diferindo daquela primeira medida no prazo, visto que pode perdurar por toda a instrução processual, não tendo

como limite pré-determinado um quantitativo de dias.

Pode a autoridade instauradora, a seu exclusivo critério, motivadamente determinar novo exercício para o servidor antes do início dos trabalhos apuratórios da comissão, seja já desde a fase de admissibilidade, seja no mesmo momento em que instaura o procedimento disciplinar. Pode também ocorrer de, não havendo de início motivos fundamentados para determinar o novo exercício, a autoridade instauradora vir a ser provocada pela comissão, por intermédio de memorando acompanhado de ata de deliberação com a devida motivação, e determinar então o emprego de tal medida cautelar já após a notificação inicial do servidor como acusado no processo, em qualquer momento no curso da instrução.

Não obstante estas possibilidades, como, neste caso, o servidor é mantido no exercício de suas atribuições legais, pondera-se que esta determinação pode ser compreendida como uma medida possível de, *a priori*, menor efeito constrangedor e que ainda possibilita à comissão mais fácil acesso ao acusado, em comparação aos efeitos de quando este é preventivamente afastado. Assim, por um lado, pode (o que não significa que necessariamente deve) ser tomada como uma tentativa de manutenção da normalidade antes de se chegar ao ponto de se adotar a providência mais forte do afastamento preventivo, de forma a ser inicialmente aplicável em situações quaisquer em que se vislumbre um menor espectro do poder de atuação do servidor sobre a apuração ou sobre os agentes intervenientes e em contextos em que a simples mudança do local de exercício de suas atribuições legais já assegurem a normalidade necessária. Mas, por outro lado, em sentido oposto, também pode ser tomada em situações extremadas, já após o esgotamento do prazo de 120 dias de afastamento preventivo e sem que tenham cessado os motivos da medida de exceção.

Qualquer que seja o momento em que se aplique a medida cautelar, a operação se dá por meio de portaria da autoridade instauradora, internamente publicada e com vigência em princípio imediata, determinando o novo exercício em outra unidade por toda instrução processual. O ato excepcional de alterar a unidade de exercício do servidor requer, para sua validade, a clara motivação. Assim, se a determinação de alterar o exercício advém da convicção da autoridade instauradora, esta deve fazer constar a motivação em sua portaria; se a alteração do exercício se dá por provocação da comissão, deve a autoridade fazer remissão ao memorando do colegiado que, por sua vez, menciona como parte integrante a ata de deliberação em que expôs sua motivação para solicitar a medida cautelar. Prosseguindo na instrumentalidade, uma vez que a mudança de unidade de exercício obrigatoriamente passa pela Digep e pela unidade local, não é necessário que a autoridade instauradora comunique aquelas autoridades regional e local, bastando, após a publicação da portaria, que a chefia da Digep registre o fato nos assentamentos funcionais e dê ciência ao servidor.

Em harmonia com a determinação expressamente contida no dispositivo em tela de que esta medida não pode impor ônus ao erário e com o entendimento principiológico de que também não pode acarretar prejuízos à defesa, tem-se que, em leitura sistemática com o *caput* do art. 3º da mesma Portaria Coger nº 14, de 2014, que determina que o processo disciplinar transcorra na jurisdição da unidade de lotação ou de exercício do acusado, este exercício provisório obrigatoriamente deve se dar em unidade situada na mesma Região Fiscal (RF) e, preferencialmente, localizada na mesma localidade em que originalmente o servidor exercia seu cargo.

#### **4.3.10 - Condução dos Trabalhos a Cargo da Comissão**

##### **4.3.10.1 - A Busca da Verdade Material**

A Administração (que, no processo disciplinar, se faz representar precipuamente pela comissão e também pelas autoridades instauradora e julgadora) é ininterruptamente movida

pela indisponibilidade do interesse público. Assim, configura verdadeiro poder-dever esclarecer as notícias de supostas irregularidades que chegam a seu conhecimento. O trabalho de apuração por parte da comissão tem como mote esclarecer o fato concreto objeto da representação ou denúncia e transformá-lo em realidade processual, buscando a chamada verdade material, já desde o início da instrução probatória, conforme melhor se aduzirá em **4.4.1.2.**

Para este fim, em função dos princípios da oficialidade e da verdade material, a comissão pode investigar, por impulso próprio, todos os dados, documentos e informações do mundo real de que tem conhecimento, relacionados ao fato. Como resultado, pode trazer para os autos tudo aquilo que colabora para esclarecer o fato, desde que juridicamente lícito e sem se deixar levar por vieses de pessoalidade. Assim já se manifestou a Advocacia-Geral da União (AGU), no Parecer AGU nº GQ-35, vinculante, ao se referir à forma de atuação da comissão:

*“10. A atuação da comissão processante deve ser pautada pelo objetivo exclusivo de determinar a verdade dos fatos, sem a preocupação de incriminar ou exculpar indevidamente o servidor, motivo por que lhe é atribuído o poder-dever de promover a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências, com vistas à obtenção de provas que demonstrem a inocência ou culpabilidade, podendo recorrer, se necessário, a técnicos e peritos. Com esse desiderato, efetua a completa apuração das irregularidades e, em consequência, indicia somente aqueles em relação aos quais são comprovadas a existência da infração e sua autoria.”*

Diz-se então que, no processo disciplinar, a comissão age por oficialidade na busca da verdade material, não se limitando à verdade formal trazida aos autos com apenas o que lhe provoca a parte. Tendo a comissão conhecimento da existência de determinada prova que se mostra relevante para o esclarecimento do fato, independentemente de ser contrária ou favorável à defesa e mesmo que esta sequer tenha provocado a realização de ato de instrução a seu favor, deve a comissão buscar a sua materialização como prova juridicamente válida nos autos. No processo disciplinar, não deve a Administração se contentar apenas com a verdade formal, uma vez que a verdade material prepondera.

Ademais, no atual estágio do Estado Democrático de Direito em que se vive, menos ainda se cogita de se aceitar o que se chamava de verdade sabida, em que a responsabilização prescinde de apuração contraditória, conforme também entende a doutrina.

*“Assim, não cabe mais falar no instituto da ‘verdade sabida’. Se este permitia à autoridade que tomasse conhecimento pessoal e imediato de fato punível, poder aplicar a sanção independentemente de apuração em processo disciplinar ou sindicância, com o advento da citada norma constitucional do art. 5º, LV, passa-se ao entendimento de que ‘mesmo nas penalidades de advertência e suspensão de até 30 dias, impõe-se a instauração de sindicância para apuração de responsabilidades, observando-se o princípio da ampla defesa - Parecer SAF nº 83/92, DOU 23.03.92.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 69, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

#### **4.3.10.2 - Os Instrumentos de Atuação da Comissão**

##### **4.3.10.2.1 - Possibilidade de Dedicção Integral**

Para atingir o fim acima descrito, de trazer à tona a verdade material, os integrantes designados para compor a comissão têm o dever funcional de esgotar as apurações sobre o fato que a autoridade competente, em seu juízo de admissibilidade, considerou relevante. Para isto, a Lei nº 8.112, 11 de dezembro de 1990, no § 1º do seu art. 152 (ainda refletindo o

contexto em que foi editada, quando não era comum os órgãos públicos federais disporem de estruturas especializadas na matéria correcional, o que importava na necessidade de convocar servidores estranhos à matéria para comporem comissões), estabelece que os integrantes dos colegiados, se necessário, podem se dedicar integralmente aos trabalhos disciplinares, priorizando-os em relação a suas tarefas cotidianas, com dispensa de assinatura de folha de frequência em sua unidade de lotação. Na mesma linha, infralegal e internamente, o dispositivo é refletido no *caput* do art. 12 da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Fazenda (MF), estabelecendo que o servidor convocado para integrar comissão, *a priori*, deve dedicar tempo integral à matéria disciplinar, com dispensa de registro de folha de frequência. Em outras palavras, a normatização de regência faculta à comissão adotar como seu horário de funcionamento a íntegra das oito horas diárias de jornada de trabalho, conforme também assenta a doutrina.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 152.*

*§ 1º Sempre que necessário, a comissão dedicará tempo integral aos seus trabalhos, ficando seus membros dispensados do ponto, até a entrega do relatório final.*

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 12. O servidor convocado para participar de procedimentos correcionais dedicará, sempre que necessário, tempo integral aos seus trabalhos, sendo dispensado do ponto até a conclusão do relatório previsto no art. 165 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*

*“Desde que seja necessário, a comissão dedicará todo o tempo aos trabalhos apuratórios do processo, ficando os seus membros, por conseguinte, dispensados do serviço na repartição e do livro de ponto, até a feitura do relatório final (art. 152, § 1º, da Lei nº 8.112/90). A esse respeito, já havia pacificado o velho Dasp que, havendo a comissão sido dispensada do serviço na repartição, ficarão os seus integrantes desobrigados de tal exigência. Acrescente-se que a competência para aferir sobre a necessidade dessa dedicação exclusiva é da própria comissão, a qual é dotada de plena autonomia para decidir questões relacionadas com o processo respectivo.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 200, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Por óbvio, para o contexto atual, sobretudo na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), que conta com sistema especializado e exclusivamente competente para a matéria correcional, com lotação própria de servidores que precipuamente compõem as comissões designadas no órgão, conforme já abordado em **4.2.5.1**, a previsão legal de dedicação integral à matéria disciplinar facultativa é praticamente inócua e redundante. Na peculiaridade da Corregedoria (Coger) e dos Escritórios de Corregedoria (Escor), a praxe é de as comissões terem como funcionamento a íntegra da jornada diária de oito horas de trabalho.

O comando legal que trata da dedicação integral reserva sua relevância apenas para os residuais casos em que a autoridade instauradora, a seu critério, lança mão da prerrogativa de convocar servidores estranhos ao sistema. Para estes casos específicos é que se faz necessário interpretar que, a rigor, a dedicação integral é uma faculdade legal ao dispor da comissão e não uma exigência da Lei. Não há impedimento legal para que os integrantes de comissão composta por servidores convocados, no intervalo entre um ato processual e outro, a seu critério, façam alguma tarefa de sua atividade cotidiana. E, conforme aduzido em **4.3.2**, neste caso residual, convém que a comissão informe à autoridade instauradora o seu horário de funcionamento (de oito horas diárias ou menos).

Dada a relevância e preponderância da matéria disciplinar, com a qual a Administração exercita o poder-dever de esclarecer as notícias de supostas irregularidades, o *caput* do art. 172 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, veda a exoneração a pedido e a aposentadoria voluntária do servidor que estiver respondendo a processo disciplinar. Na

mesma esteira, as possibilidades de o acusado obter remoção (a pedido ou de ofício) e de se deslocar para fora da sede da sua unidade de lotação ou de exercício bem como o gozo de direitos funcionais tais como férias, licenças e afastamentos que a Administração tenha poderes discricionários para conceder, dependem de autorização da autoridade instauradora, conforme o *caput* e o § 1º do art. 8º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Pasta, e o *caput* e o § 1º do art. 10 da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, que dispõe sobre apuração de irregularidades funcionais no âmbito da RFB. Mas recomenda-se que a autoridade instauradora, face à independência e autonomia da comissão, remeta o pedido ao colegiado, para que este avalie sua plausibilidade, de acordo com os atos já programados ou não, nos termos já aduzidos em **4.3.7.1**.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada. Parágrafo único. Ocorrida a exoneração de que trata o parágrafo único, inciso I, do art. 34, o ato será convertido em demissão, se for o caso.*

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 8º O servidor que estiver respondendo a sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar:*

*I - somente poderá ser removido ou autorizado a entrar de férias, licenças ou qualquer tipo de afastamento que a administração tenha poderes discricionários para conceder, bem assim deslocar-se a serviço para fora da sede de sua unidade, após o julgamento do processo, salvo se expressamente autorizado pela autoridade instauradora;*

*II - deve atender imediatamente a qualquer convocação da comissão disciplinar.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 10. O servidor que estiver respondendo a sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar:*

*I - somente poderá ser removido ou autorizado a entrar de férias, licenças ou qualquer tipo de afastamento que a administração tenha poderes discricionários para conceder, bem assim deslocar-se a serviço para fora da sede de sua unidade, após o julgamento do processo, salvo se expressamente autorizado pela autoridade instauradora;*

*II - deve atender imediatamente a qualquer convocação da comissão disciplinar.*

Obviamente, também não coaduna com o bom senso que o transcurso do processo disciplinar seja prejudicado por episódios ocorridos na vida funcional do integrante da comissão, sobretudo quando este servidor é lotado no sistema correccional e subordinado à autoridade instauradora. As hipóteses de remoção de ofício ou a pedido, de deslocamentos a serviço para fora sede da comissão, de férias, de licenças e de demais afastamentos que a Administração possua poder discricionário para conceder devem receber o devido tratamento gerencial por parte da autoridade instauradora, em termos de controle e de melhor gestão de sua força de trabalho. É certo que eventuais gozos de férias ou licenças ou demais afastamentos não acarretam prejuízo à continuidade dos trabalhos, pois a autoridade instauradora tem competência para substituir o membro na composição do trio, seja apenas pelo período da ausência, seja em definitivo até o fim do inquérito administrativo; já diante de remoção do membro, tanto pode a autoridade instauradora mantê-lo na comissão, caso tenha sido removido para unidade sediada na mesma localidade, quanto pode substituí-lo em definitivo, caso tenha sido removido para unidade situada em outra localidade.

Pode-se defender também que, nos limites do *caput* do art. 80 da Lei nº 8.112, de 1990, e ainda com base no art. 13 da Portaria RFB nº 136, de 6 de fevereiro de 2013 (único dispositivo desta norma ainda em vigor, conforme exposto em **2.2.2.1**), e de forma extremamente excepcional, a autoridade instauradora tem competência para interromper férias de subordinados, dos integrantes de comissões e de acusados ou indiciados.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 80. As férias somente poderão ser interrompidas por motivo de calamidade pública, comoção interna, convocação para júri, serviço militar ou eleitoral, ou por necessidade do serviço declarada pela autoridade máxima do órgão ou entidade. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*Portaria RFB nº 136, de 2013 - Art. 13. Fica subdelegada competência ao Corregedor-Geral e aos Chefes de Escritório de Corregedoria para declarar a necessidade de interrupção de férias dos servidores subordinados e dos acusados ou indiciados em sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar, bem assim daqueles designados para integrarem as respectivas comissões, quando houver necessidade do serviço, de acordo com o disposto no art. 80 da Lei nº 8.112, de 1990, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997.*

*§ 1º A competência de que trata este artigo não poderá ser subdelegada.*

*§ 2º Considera-se, também, necessidade do serviço a convocação do servidor acusado em sindicância disciplinar ou processo administrativo disciplinar para comparecer às respectivas comissões a fim de receber notificação, intimação, citação ou praticar qualquer ato processual.*

#### **4.3.10.2.2 - Autonomia da Comissão e o Sigilo da Instância Disciplinar**

Na busca da verdade material, a comissão constitui-se em órgão autônomo na Administração Pública federal. O colegiado não se subordina hierarquicamente nem mesmo à autoridade que o designou e muito menos a qualquer outra. Não obstante cada um dos servidores que compõem o colegiado, quando individualmente tomado, inserir-se em sua própria linha de hierarquia e dever obediência funcional a seu chefe (que, no caso do sistema correccional, coincide com a própria autoridade instauradora) e submeter-se a seus controles gerenciais de gestão de pessoal, quando tomados em conjunto, no trio, formam uma entidade autônoma e à margem da linha hierárquica dos seus componentes e de qualquer outra linha hierárquica.

Como tal, a comissão deve agir com independência e imparcialidade. A rigor, mais que conceder uma prerrogativa, um poder ou um direito, a parte inicial do *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, dirige um comando, uma determinação à comissão, a fim de que esta aja de forma exclusivamente independente e imparcial. Sendo comando impositivo, significa não o livre arbítrio à margem de qualquer controle administrativo, mas sim determina que a comissão busque instruir os autos para a autoridade que a designou e para a autoridade que irá julgar o feito sem se acomodar, sem se intimidar e sem se submeter a quem quer que seja e ainda sem qualquer ânimo pessoal favorável ou desfavorável em relação ao acusado.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 150. A comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.*

*Parágrafo único. As reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado.*

Em síntese, extrai-se da base legal da processualística disciplinar que a autoridade competente que tiver ciência de suposta irregularidade deve promover sua imediata apuração, designando para isto comissão de três membros.

Após esta atuação pontual na instauração, designando a comissão, a autoridade instauradora sai de cena, ficando toda a segunda fase, contraditória (do inquérito administrativo), a cargo da comissão; a autoridade instauradora volta a atuar novamente apenas na última fase (do julgamento), que pode ainda contar com outra autoridade, de maior hierarquia, para aplicar pena de maior gravidade.

Portanto, a comissão é o foro legalmente competente para proceder às apurações, no inquérito contraditório. Nesta fase, não é concedido à autoridade instauradora direito ou poder para interferir na condução dos trabalhos realizados pela comissão e para influenciar na convicção, segundo a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GQ-98. Isto não afasta a possibilidade de recepcionar e encaminhar pleitos da comissão com vista à formação de provas, por exemplo. Muito menos afasta a regular atuação da autoridade ao final dos trabalhos da comissão, em que se inclui a legítima hipótese de determinar refazimento de atos realizados com vício ou coleta de atos que não haviam realizados.

*Parecer AGU nº GQ-98, não vinculante: “11. Porém, à investigação se procede com o objetivo exclusivo de precisar a verdade dos fatos, sem a preocupação de incriminar ou exculpar indevidamente o servidor. (...)*

*12. É defeso à autoridade que instaura o processo, por qualquer meio, exercer influência sobre o colegiado a que a Lei assegura independência no seu mister elucidativo (art. 161 aludido) e, a este, não é admitido prejudicar a culpabilidade do servidor.”*

Apesar da cláusula de independência, é certo que o trabalho da comissão primeiramente visa a atender a determinação da autoridade instauradora para que determinado fato seja exaustivamente apurado e, ato contínuo, superada a exigência da instrução satisfativa, visa a subsidiar a autoridade julgadora, a fim de poder emitir seu julgamento. Em síntese, a comissão atua no preparo dos autos para a autoridade julgadora, que pode ou não ser a mesma autoridade que a designou.

Sem prejuízo da autonomia de convicção a favor da comissão, não cabe compreender este colegiado imune a controles tanto de natureza gerencial (que, na verdade, recaem sobre cada um dos seus integrantes individualmente, tais como de dedicação ao trabalho, de cumprimento de jornada, dentre outros) quanto de natureza técnico-procedimental (tais como o poder concedido à autoridade instauradora ou à autoridade julgadora para determinarem a realização de atos de instrução, no que se inclui, extensivamente, até a elaboração de indicição e a coleta de defesa). Pensar ao contrário significaria crer na tese absurda de que caberia à comissão delimitar o *quantum* a atender da ordem emanada pela autoridade instauradora e delimitar o universo sobre o qual deve se debruçar a autoridade julgadora para emitir sua convicção, decidindo até onde atenderia a ordem estampada na portaria inaugural e decidindo com que provas o julgador teria de decidir o processo.

Além disto, por serem unidades especializadas na matéria, o Escritório de Corregedoria (Escor) e a Corregedoria (Coger, mais especificamente a sua Diaco de Análise Correcional - Diaco) têm como competência prestar orientação técnica nas ações disciplinares, devendo então a comissão, sempre que necessário, consultar para dirimir dúvidas acerca de aspectos legais (rito processual e forma de atos), sem que jamais se possa invadir o mérito do caso sob apuração. Esta fonte de consulta deve ser explorada pela comissão, com o fim de se evitar erros formais, que acarretem desperdício de tempo e de recursos, uma vez que o trabalho deverá ser refeito em caso de nulidade.

O *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, além de assegurar independência à comissão, também confere que toda a instância disciplinar é protegida por cláusula de sigilo a favor das apurações a cargo da Administração. Assim, em complemento ao aduzido em **2.5.1**, em **2.5.6.2.1** e em **3.3.1.7**, uma vez instaurado o processo disciplinar, opera-se a cláusula de sigilo associada à natureza dos dados ali encartados; ou seja, trata-se de um sigilo em gênero, sem atribuição de espécie e sem prazo de validade, não atingido pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Com isto, apenas o servidor acusado e seu procurador constituído têm amplo acesso à instância disciplinar, não se concedendo acesso a representante, denunciante e terceiros em geral. Já para terceiros, o processo disciplinar é sigiloso, tanto para atender ao interesse da Administração na elucidação do fato quanto, secundariamente, para preservar a intimidade do acusado. É, à luz da leitura a *contrario sensu* do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527,

de 2011, e do art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, o sigilo do processo disciplinar se estende aos elementos da fase prévia investigativa (a fase de admissibilidade), visto estes elementos terem sido realizados e autuados não como fim em si mesmos, mas sim apenas para amparar a decisão a favor da instauração da instância disciplinar.

Convém reiterar que o sigilo de que trata o *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, não é, em sua essência, uma cláusula de garantia a favor do acusado, mas sim uma instrumentalidade a favor da Administração, para garantir as devidas apurações, conforme também sustenta a jurisprudência. Se a regra no ordenamento pátrio é da publicidade, a imposição de sigilo requer motivação. Neste caso, a razão do sigilo da instância disciplinar reside na possibilidade da elucidação do fato ou no interesse da Administração, quando a divulgação obstruiria as apurações, e não como proteção do agente público. Até se reconhece que, secundariamente, pode o sigilo da instância disciplinar atuar em favor da preservação da honra, da privacidade e da intimidade do servidor envolvido, mas não é este o fundamento do sigilo em tela. Tanto é verdade que, conforme aduzido em **3.3.1.7**, uma vez encerrado o PAD ou a sindicância disciplinar, com seu julgamento e remessa dos autos para o arquivo, afasta-se a cláusula de sigilo imposta pelo *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, operando a regra geral da publicidade a favor até de terceiros, temperada pelos requisitos e pela instrumentalização imposta pela Lei nº 12.527, de 2011, e por suas normas regulamentadoras, já mencionadas em **2.5.6.2.3**, conforme voltará a se abordar em **4.10.6.8**.

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.983: “Ementa: (...). 2. A eventual quebra do sigilo das investigações, com suposto vazamento de informações à imprensa, não tem o condão de revelar processo administrativo falho, porquanto o sigilo, na forma do art. 150 da Lei n. 8.112/90, não é garantia do acusado, senão que instrumento da própria investigação.”*

*STJ, 13.656: “Ementa: (...) V - O sigilo de que trata o art. 150 da Lei n.º 8.112/90, é aquele “necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração”, eis que instrumental à própria investigação.”*

O tema foi tratado na Nota Técnica Coger nº 2012/3.

*Nota Técnica Coger nº 2012/3: “Ementa: Os acusados devem ter amplo e irrestrito acesso aos autos dos processos disciplinares sujeitos ao contraditório e a ampla defesa. Ao terceiro interessado, em hipóteses excepcionais, em face de requerimento devidamente justificado e fundamentado, deve ser permitido o acesso, mas restrito à sua necessidade de conhecer.*

*5. Nesses casos, o acesso deve ser restrito à necessidade de conhecer do terceiro, dispondo a Administração de meios para tanto, tal como a extração de certidão quanto ao conteúdo dos autos, a disponibilização de documentos específicos, a manutenção de documentos sigilosos em autos apartados ou mesmo a ocultação de partes / excertos dos processos disciplinares, quando da necessidade de exibição dos autos. Tal acesso se dará ao tempo da solicitação do interessado, independentemente do estágio do processo disciplinar.*

*9. No caso da obtenção de vistas dos autos vir a ocorrer por procuração, é imprescindível que esta seja específica, outorgada pelo acusado / indiciado ou, quando for o caso, pelo terceiro interessado. Não é permitida a outorga de procuração para outro servidor, sob pena de se configurar a vedação prevista no artigo 117, inciso XI, da Lei nº 8.112/90.”*

#### **4.3.10.3 - Os Delimitadores da Atuação da Comissão**

A fim de suprir o salutar equilíbrio de forças, no dinâmico jogo de pesos e de contrapesos por que se manifesta a aplicação do Direito público punitivo, eis que, ao lado dos já apresentados instrumentos oficiais de atuação disciplinar (em que se encerram os poderes e prerrogativas indicadoras da relevância da matéria), têm-se necessários condicionantes a esta persecução em face do servidor acusado.

Diferentemente do processo judicial, em que a regra é de o Estado ser provocado a julgar a lide entre duas partes (acusação e defesa), aqui, a Administração age de ofício e simultaneamente como parte e juiz, em desigualdade a ser compensada pela atuação isenta, conforme também entende a doutrina. Esta dupla atuação da Administração, como agente condutor das apurações e como julgador, impõe que se busque o equilíbrio, de forma que as prerrogativas de agente persecutório sejam ponderadas e temperadas por freios delimitadores da ação estatal, em face do acusado, que reage apenas individualmente no processo, sem dispor do mesmo ferramental oficial.

*“No procedimento apuratório de ilícito funcional, a relação é bilateral. De um lado, o servidor público e de outro, a administração que, ao proceder às investigações e decidir sobre o feito, o faz no próprio interesse e nos limites que a lei lhe impõe.*

*Não age a Administração Pública, nesse caso, como terceira pessoa, estranha à relação processual. Apura e decide consoante o mandamento legal, no exclusivo interesse do serviço público.*

*Essa dupla função de julgar e acusar, atribuída à Administração Pública, é vista por muitos como fator de desequilíbrio nas relações processuais.*

*No entanto, surgem, por imperativo constitucional, como solução restabeecedora da igualdade processual, as garantias conferidas ao servidor público, consistentes no contraditório, na ampla defesa e na observância do devido processo legal.*

*A essas garantias, a Lei nº 8.112/90, no art. 150, acresceu outra consistente na obrigatoriedade da comissão atuar com independência e imparcialidade, de modo a satisfazer o equilíbrio entre as partes.*

*O trabalho elucidatório conferido à comissão apuradora encontrará, portanto, o seu ponto de equilíbrio na descoberta real dos fatos, pela aplicação de métodos científicos, sem a preocupação de ensejar a declaração de inocência ou culpabilidade do servidor acusado.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pgs. 123 e 124, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

#### **4.3.10.3.1 - Conduta Reservada, Presunção de Inocência e Ônus Probante**

A primeira delimitação à atuação persecutória da Administração que se pode elencar é a forma de agir contida, delimitada e atenta à imagem do acusado. A leitura de mão dupla que se extrai da cláusula de sigilo específica para a instância disciplinar, imposta pelo *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é que deve a comissão pautar sua conduta na discrição, na reserva, na urbanidade e no respeito pessoal no trato com o acusado e seu procurador.

Uma vez que o processo disciplinar pode ter repercussão punitiva, deve-se atentar para os princípios da razoabilidade, positivado no *caput* do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e já abordado em **3.3.2.6**; da presunção da inocência, positivado no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal (CF), e do *in dubio pro reo*, positivado no inciso VII do art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), já abordados em **3.3.1.3**, além de caber à comissão o ônus de provar a acusação, segundo o comando do *caput* do art. 156 do CPP, segundo manifestações da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio dos seus Pareceres AGU nº GM-3 e nº GM-14, além de ratificação jurisprudencial. E de outra forma não poderia ser, pois o Estado Democrático de Direito não se harmonizaria com persecução processual e com julgamento condenatório irrazoável, com presunção de culpabilidade e com inversão do ônus probante.

*CF - Art. 5º*

*LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;*

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 2º A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

*CPP - Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008)*

*I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*

*II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*

*Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:*

*VII - não existir prova suficiente para a condenação. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*

*Parecer AGU nº GM-3, não vinculante: “Ementa: (...) Incumbe à administração apurar as irregularidades verificadas no serviço público e demonstrar a culpabilidade do servidor, proporcionando seguro juízo de valor sobre a verdade dos fatos. Na dúvida sobre a existência de falta disciplinar ou da autoria, não se aplica penalidade, por ser a solução mais benigna.(...)”*

*50. (...) compete à administração, por intermédio da comissão de inquérito, demonstrar a culpabilidade do servidor, com satisfatório teor de certeza.”*

*Parecer AGU nº GM-14, não vinculante: “8. (...) É reiterada a orientação normativa firmada por esta Instituição, no sentido de que o ônus da prova, em tema de processo disciplinar, incumbe à administração.”*

*TRF da 3ª Região, Apelação Criminal nº 2.300: “Ementa: (...) III. Se pelos elementos e provas carreadas, que compõem a instrução probatória, a autoria e culpabilidade dos acusados não restaram evidenciadas, de forma indubitável nos autos, a ponto de justificar uma condenação, é de ser aplicado o princípio do ‘in dubio pro reo’, insculpido no inciso VI do artigo 386 do Código de Processo Penal.”*

*(Nota: O antigo inciso VI do art. 386 do CPP passou a ser inciso VII, com a redação dada pela Lei nº 11.719, de 09/06/08)*

Não obstante, faz-se necessário esclarecer que a subfase da instrução probatória (que inclui até, se for o caso, a indicição) rege-se pela oficialidade impulsionada pela adoção temporária da máxima do *in dubio pro societate*, em reflexo à busca da verdade material esperada pela sociedade, autorizando-se, no escopo do trabalho da comissão, a reversão para a máxima do *in dubio pro reo* apenas no momento conclusivo do relatório. Não é dispensável deixar registrado que a adoção, ao final da fase de inquérito administrativo, da máxima do *in dubio pro reo* significa que os indícios responsabilizadores inicialmente apontados na fase de admissibilidade e que justificaram a instauração do processo disciplinar não foram efetivamente convertidos em prova, tendo restado dúvida na imputação ao acusado, o que em nenhum momento se confunde com comprovação de sua inocência.

Ademais, o ônus probante a cargo da Administração não impõe que a comissão fique refém de alegações vazias apresentadas pelo acusado, com a obrigação de comprovar teses fantasiosas, impossíveis, inverídicas e procrastinatórias. Na contrapartida, cabe ao interessado a prova dos fatos que alega, conforme o art. 36 da Lei nº 9.784, de 1999, e com respaldo doutrinário.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.*

*Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.*

*“(...) a regra do ‘in dubio pro reo’ se aplica, em geral, somente em relação ao fato típico, cuja prova incumbe ao acusador. As causas justificatórias ou circunstâncias eximentes devem ser provadas pela defesa.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pg. 530, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Importante encorajar e estimular a comissão, bem como autoridades que atuem no processo disciplinar, a levarem em conta, à luz do princípio da razoabilidade, o fator humano, as condições de trabalho, os costumes, a praxe administrativa, as peculiaridades e culturas locais e regionais e o contexto onde se deu o fato supostamente ilícito sob apuração, conforme já se discorreu em termos mais jurídico-formais em **3.3**, ao amparo de comandos do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB). Em que pese a legalidade ser um princípio e um valor inafastável da seara pública, o integrante da comissão, ao apurar a conduta de outro servidor, não deve se afastar do conhecimento concreto que ele tem do contexto e exigir do acusado uma conduta além daquela que se exige e que se espera do ser humano normal ou mediano, menos ainda exigir do acusado uma postura que vá além das condições de trabalho que lhe propicia a Administração ou atos de bravura ou heroísmo. Quisesse a lei uma análise fria e distanciada da realidade, teria dispensado o rito contraditório conduzido por três servidores. A presença de três servidores na condução das apurações pode ser compreendida como a autorização, embora tácita, do legislador para que se agregue ao trabalho a visão dinâmica e abrangente que caracteriza o ser humano, além da literalidade das normas e regulamentos.

Ora, tanto é assim que o art. 375 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) reflete esta capacidade humana de o julgador se permitir influenciar por sua percepção do mundo real, por meio da sua experiência e da sua observação comum dos fatos e fenômenos cotidianos.

*CPC - Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.*

Não age com leviandade e menos ainda com deslealdade institucional o integrante do sistema correcional (e aqui se estende a aplicação desde o agente impulsionador da fase de admissibilidade, passando pelo membro da comissão processante, chegando até a autoridade instauradora ou julgadora) que, ao analisar a conduta alheia, do acusado no processo disciplinar em curso, se permite irrigar e se sensibilizar pela sua própria experiência concreta pretérita na mesma área de atuação sob análise e tendo ele mesmo sofrido com as lacunas operacionais ou sido vítima das incertezas interpretativas da legislação vigente ou ainda se obrigado a tomar decisões imediatas sob condições precárias de trabalho ou obrigado a mitigar aspectos técnicos em razão de limitações pragmáticas, conforme também defende a doutrina.

*“Ademais, impõe-se aos integrantes dos conselhos disciplinares e autoridades decidir acerca do cometimento de infração funcional pelo servidor, de acordo com a realidade logística e estrutural de trabalho, o ambiente e as circunstâncias nas quais se encontrava o acusado quando do exercício do seu cargo (...), enfim, aplicando o direito administrativo disciplinar sob uma ótica concreta, e não, como sói ocorrer, de se exigir do funcionário processado a perfeição no cumprimento dos seus ofícios públicos (...).” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pg. 260, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

*“As praxes administrativas configuram a cristalinização da atividade reiterada e uniforme da Administração no tratamento e na solução de determinados casos.*

*Embora haja divergências entre os doutrinadores sobre a validade das praxes administrativas como fonte do direito, desposamos o entendimento de que elas, nos casos em que forem silentes as leis, podem prestar valioso auxílio ao Direito Processual Disciplinar.*

*As praxes, conquanto não se confundam, em sentido rigorosamente científico, com os costumes, devem, no nosso entender, ter a mesma receptividade conferida a estes.*

*De conformidade com a Lei de Introdução ao Código Civil, os costumes são fontes secundárias do direito (art. 4º).”, José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 47, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

O integrante do sistema correcional, tão somente por ocupar este relevante posto de trabalho voltado para indispensável tarefa de controle interno, não deve perder de vista a condição humana que a todos permeia, a fim de evitar a irrazoabilidade de exigir do outro conduta exemplar que ele mesmo sabe irrealizável na prática.

#### **4.3.10.3.2 - Condução Transparente**

Independentemente do princípio do formalismo moderado que vigora no processo disciplinar, a comissão jamais pode perder de vista que seu trabalho deve garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa ao acusado (sob pena de crítica de possível nulidade) e que, ao final, os autos passarão pela análise de diversos outros agentes e autoridades estranhos ao trio e que, por não terem participado das investigações, não sabem como foi conduzida a tarefa.

Portanto, para evitar possíveis críticas (mesmo que improcedentes) não só por cerceamento ao direito de o acusado saber claramente os rumos da peça acusatória, mas também de entendimento por parte de quem vai analisá-lo posteriormente, convém que, não sendo prejudicial à estratégia adotada na busca da elucidação do fato, a comissão torne o processo explicativo e autointeligível, manifestando, no que for cabível, a origem, a motivação, o objetivo e o resultado dos atos processuais praticados.

O processo hermético pode prejudicar o exercício das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e a posterior análise de autoridades intervenientes.

É recomendável que, quando for factível operacional e estrategicamente, as deliberações, as juntadas de documentos, as pesquisas em sistemas informatizados e no ordenamento, as apurações e os atos de instrução probatória em geral sejam expressos nos autos, por meio de atas, termos, despachos ou atos de comunicação, demonstrando, quando for o caso, antes da realização, o porquê daquele ato, o que se busca com ele, e após sua efetivação, o que se conseguiu, o que se está juntando aos autos, que informação relevante se extrai dos documentos juntados, quem praticou o ato e da parte de quem (comissão ou acusado) decorreu a intenção de trazer os documentos para o processo. Especial atenção deve ser dada pela comissão na redação de dois atos de extrema relevância: a indicição, se for o caso de existir esta peça, e o relatório, que sempre existe - estas duas peças da lavra da comissão requerem respectivos graus de detalhamento e de profundidade, com elementos essenciais que não devem faltar.

À medida que surgem fatos novos ou que se determinem novos rumos a se tomar, não contemplados na fase de admissibilidade e na decisão da autoridade instauradora em deflagrar o processo disciplinar, é necessário que a comissão se reúna, delibere e depois expresse em atas o resultado de tais reuniões.

Afinal, se a própria autoridade julgadora que, em tese, é especializada na matéria

disciplinar, tiver dificuldade de entender o que se fez no processo, é provável que ainda mais incompreensível o procedimento tenha se tornado para o acusado. E é basilar do direito de defesa, antes de tudo, ter clara consciência do que se está sendo acusado.

Destaque-se, todavia, que tais condutas não são exigidas expressamente em lei, aqui figurando como mera recomendação, cujo emprego condiciona-se à viabilidade de cada caso concreto, destacadamente no que se refere à questão estratégica de nem sempre se poder expor as linhas de apuração, sob pena de se por a perder efeitos preservados unicamente no elemento surpresa.

#### **4.3.10.4 - Eventuais Necessidades de Designação de Secretário Remoto ou *Ad Hoc* em Casos de Ausência ou Distância dos Membros da Comissão**

A despeito dos esforços da Administração e da normatização interna para que a comissão esteja instalada e que o processo disciplinar transcorra, sempre que possível, na mesma localidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do acusado, ainda podem ocorrer situações em que, simultaneamente, atentando-se também para o grau de especialização e de qualidade que se obtém ao se concentrar o uso da força de trabalho apenas nos servidores lotados no próprio Escritório de Corregedoria (Escor) ou na própria Corregedoria (Coger), esta configuração se demonstre inviável. No atual estágio infraestrutural do sistema correcional, esta situação pode ocorrer sobretudo quando o servidor se encontra lotado ou em exercício em unidade situada em município distinto da sede da respectiva unidade de correição.

Nestes casos, embora fosse possível convocar servidor da própria unidade de lotação ou de exercício do acusado ou ainda, mais excepcionalmente, da unidade de ocorrência do fato, de acordo com a praxe atual de apenas muito raramente se lançar mão da prerrogativa de convocar servidores estranhos ao sistema correcional, muito provavelmente, a autoridade instauradora designa servidores lotados no próprio Escor para comporem a comissão. E, em razão da necessária cautela que se deve ter com o ônus de arcar com despesas para diárias dos integrantes, recomenda-se que, de fato, a comissão, tanto em termos formais como fisicamente, se instale e se mantenha no próprio Escor, e que, após deliberação conjunta, designe um secretário lotado (ou com exercício) na unidade de lotação (ou de exercício) do acusado.

Esta designação deve atender ao formalismo já apresentado em **4.3.3**, qual seja, este secretário remoto deve ser um servidor, não necessariamente estável (visto que ele não participa das decisões e elaborações de mérito da comissão), cujo nome pode partir de indicação do titular de sua unidade, solicitada pelo presidente do colegiado ou pela autoridade instauradora, e deve se dar por meio de portaria do presidente, a ser publicada no boletim de serviço (ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora (que, no caso, é o Boletim de Serviço da Secretaria da Receita Federal do Brasil - BS RFB). A cautela se justifica, pois esta pode ser a única forma de se amparar o acesso deste servidor aos autos, em eventual deslocamento da sede ou a dedicação de horas de trabalho ao processo. A procedimentalização para a aposição da assinatura digital e para a publicação da portaria no BS RFB e a recomendação para que se juntem aos autos a impressão da versão em extensão “*portable document format*” (pdf) da portaria e a(s) página(s) do Boletim que a contempla(m) podem ser revistas em **4.2.1.1**, de repetição desnecessária e a cuja leitura se remete.

Por mera liberalidade, ao longo deste texto, se concederá adjetivar este incomum secretário de “remoto”, como forma de diferenciar do secretário ordinariamente previsto no § 1º do art. 149 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que se presume atuar fisicamente junto à comissão (e, frequentemente, na maioria das vezes, compondo mesmo o colegiado) e, uma vez que pode ter sua atuação prolongada por toda a fase de inquérito administrativo,

também para não se superpor à denominação de *ad hoc*, aceita na hipótese a seguir descrita, mas condicionada a colaboração em atos pontuais ou demarcados em curto período de tempo. Em outras palavras, do acima exposto se extrai ser aceitável que, com a motivação de facilitar o acesso do acusado aos autos, uma comissão possua mais de um secretário com atuação prolongada na fase de inquérito administrativo, sem se cogitar de ilegal extensão do citado comando legal e muito menos de nulidade processual, visto em nada prejudicar a defesa.

A solução ora sugerida permite contemplar que os integrantes da comissão possam desempenhar suas demais atribuições legais no Escor (que precipuamente são de integrar outros colegiados, inclusive adotando idêntica configuração para conduzir simultaneamente mais de um processo com acusado distante, ou até mesmo compor outros grupos ou equipes de trabalho dedicados a outras atividades do processo de trabalho correccional) e se deslocar apenas para a eventual realização de atos de instrução probatória fora da sede do colegiado, ao mesmo tempo em que propicia que a defesa não sofra prejuízo no acesso aos autos e que o secretário remoto mantenha inalterado o cumprimento de suas atribuições legais cotidianas em sua unidade, visto que sua dedicação ao processo disciplinar em questão não se dá de forma ininterrupta (grosso modo, atua apenas quando surgir alguma provocação da defesa e caso se realizarem atos instrucionais em sua unidade). O processo original deve ficar de posse do secretário remoto (a quem incumbe a preservação de sigilo e, para tal, devem lhe ser fornecidas condições de preservação de segurança dos autos, já elencadas em **4.2.4.3**), a fim de que este conceda vista e cópia dos autos, quando solicitadas, e autue todas as petições que porventura a defesa apresentar.

Para que a dinâmica acima sugerida se efetive, faz-se necessário que a designação do secretário remoto seja notificada à defesa já na própria notificação inicial que dá ciência ao servidor de sua condição de acusado - ou por meio de qualquer outra notificação específica, caso esta configuração se concretize, por qualquer motivo (em decorrência de remoção, por exemplo), já no curso da instrução probatória.

A rotina de trabalho exige que a comissão mantenha em dia o fornecimento de cópia digitalizada (escaneada) do processo para o secretário remoto conceder vista ou cópia e que este encaminhe, precipuamente via malote, eventuais petições do acusado para o colegiado autuar e realizar seus trabalhos de deliberação e de análises em sua sede.

Analogamente à situação acima descrita, de a comissão, permanentemente ao longo de todo o trabalho apuratório, se encontrar geograficamente afastada da unidade de lotação (ou de exercício) do acusado, também pode o colegiado necessitar de algum remédio juridicamente válido para suprir um curto e delimitado período de tempo em que todos seus integrantes, simultaneamente, precisem se afastar da sua sede onde transcorre o processo disciplinar. Isto pode ocorrer, a título de exemplos não exaustivos, em função de inscrição voluntária ou de convocação *ex officio* para participar ou para atuar em eventos de qualquer natureza (reuniões de trabalho, treinamentos, cursos, execução de tarefas ou mandados ou ordens judiciais, dentre outros) ou de férias, licenças ou quaisquer outros afastamentos ou de recessos comuns em época de fim de ano ou ainda de retorno às unidades de origem no caso excepcional de servidores convocados de outras localidades. Ou seja, trata-se aqui de situações impeditivas da normalidade da condução dos trabalhos apenas temporariamente, de forma que não se cogita de substituição do trio, mas tão somente do breve aguardo de seu retorno.

Nestas situações excepcionais de ausência de todos os integrantes por apenas alguns dias, a comissão deliberar, para o intervalo de tempo delimitado, designar um servidor (em princípio do próprio Escor) para figurar como secretário *ad hoc*, ou meramente, em solução ainda mais simples em termos de instrumentalização (dispensando-se edição e publicação de portaria), solicitar à autoridade instauradora para que aquele servidor ou para que esta autoridade conceda vista ou cópia dos autos, mediante cópia integral digitalizada do processo - que a comissão deve entregar atualizada até o último dia de expediente antes de se ausentar -

, e receba quaisquer outras petições porventura apresentadas pela defesa. Por óbvio, a participação destes agentes (secretário *ad hoc* ou autoridade instauradora e, se for o caso, seu substituto eventual, conforme prevê o art. 38 da Lei nº 8.112, de 1990) se resume estritamente a conceder vista ou cópia a partir da versão digitalizada que ficou em seu poder e a recepcionar petições, cujas apreciação e implementação, se for o caso, competem exclusivamente à comissão, após seu retorno.

Tratando-se de situações excepcionais e de curta duração de ausência simultânea de todos os integrantes, não se faz necessário o formalismo de notificar o acusado acerca da designação de secretário *ad hoc* ou da solicitação dirigida à autoridade instauradora, conforme se recomendou acima para a hipótese de a comissão estar permanentemente afastada da localidade onde se encontra o servidor. No caso em tela, pode a comissão, após deliberação conjunta, apenas fixar um aviso na porta da sala de sua instalação, indicando à defesa que, caso compareça no período da delimitada ausência, busque contato com o servidor designado temporariamente como secretário *ad hoc* ou com a autoridade instauradora, a fim de ter vista ou cópia dos autos ou ainda de dar entrada em outras petições a serem oportunamente apreciadas pelo colegiado.

De se destacar, por fim, que a designação de secretário remoto ou de secretário *ad hoc* (seja para todo o curso dos trabalhos apuratórios, seja apenas na curta duração de alguma ausência dos integrantes) ou a solicitação à autoridade instauradora (que automaticamente se estende, em seus impedimentos, para o substituto eventual) para que se concedam vista e cópia dos autos e para que se recebam demais petições da defesa se, por um lado, não obrigam que tais agentes se dediquem exclusivamente a se disponibilizarem e a se prontificarem, por todo o horário de expediente, na sala da comissão, no aguardo de suposta provocação da defesa, também, por outro lado, devem efetivamente contemplar o direito de efetivo acesso do acusado e de seu procurador aos autos. Em outras palavras, estendendo-se o que já se expôs em 4.3.4.1, acerca de horário de atendimento, o secretário remoto ou o secretário *ad hoc* ou a autoridade instauradora (e seu substituto eventual) podem manter suas rotinas de trabalho e dedicação às suas tarefas cotidianas, mas sem prejuízo de atentarem para o fato de que, na medida do possível, devem estar presentes na repartição em horário comum de expediente, a fim de poderem ser localizados na hipótese de a defesa comparecer para apresentar qualquer petição, sob pena de posteriormente se ter de enfrentar alegação de que houve suposta obstrução ao direito de acesso aos autos.

Com o advento do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), restou possível ao acusado na ativa (e não licenciado ou afastado) consultar e gerar cópia a qualquer tempo o processo em formato digital, praticamente tornando sem sentido a concessão de vista ou o fornecimento de cópia dos autos, o que pode mitigar, dependendo dos contornos de cada processo em si, a importância da designação das duas espécies de secretários acima descritas. Assim, nada impede que se conceda vista ou cópia dos autos a acusado não habilitado (acusado ativo afastado ou licenciado ou inativo ou ex-servidor) ou até mesmo, de forma muito eventual, a acusado habilitado (e não licenciado ou afastado), embora este tenha acesso aos autos a qualquer tempo, que porventura queira consultá-los por meio de estação de trabalho do secretário remoto ou *ad hoc*, redigindo, nestes caso, o termo de concessão de vista ou de cópia.

#### **4.3.10.5 - Divergência na Comissão**

A comissão deve ter como regra a necessidade de ser o mais coesa e uniforme possível ao longo do processo disciplinar. Todavia, em função da própria natureza da matéria jurídica, que comporta entendimentos e interpretações pessoais, pode ocorrer de haver divergência entre os integrantes da comissão acerca de determinado rumo a tomar ou conclusão a exarar, seja em alguma ata de deliberação para realizar ou não determinado ato, seja sobre a forma de realizar o ato, ou seja acerca de questões relevantes de mérito ou de convicção acerca de

absolvição ou de responsabilização na indicição ou no relatório. Nesta hipótese, de imediato e independentemente se a divergência reside no presidente ou em algum dos vogais, incumbe ao colegiado discutir e debater ao máximo o assunto, com o objetivo de uniformizar o entendimento interno. Não sendo isto possível e à vista de que o integrante da comissão, como agente público, tem o direito inafastável de manifestar sua convicção, caso este membro divergente não concorde com algum termo do processo e faça questão de consignar sua discordância, pode ele, então, expor seu voto em separado.

Embora, a rigor, a divergência possa se estabelecer em qualquer momento do inquérito administrativo, no caso excepcional de tal incidente se fazer insuperável dentro da comissão, é mais recomendável que, se, pela natureza da divergência, for possível postergar sua manifestação, o integrante divergente o faça apenas no relatório. Obviamente tal recomendação é mais viável de ser acatada se a divergência repousa em questão de mérito ou de convicção e não na discussão se deve ou não ser realizado determinado ato processual ou na forma de realizá-lo. No caso de divergência insuperável na comissão quanto a realizar ou não determinado ato de instrução processual, em razão da exaustividade da busca da verdade material, pode se fazer mais pertinente acatar pela realização, conforme também entende a doutrina.

*“É possível, inclusive, que haja um relatório final, em separado, de um dos membros, caso discorde da opinião dos demais. Obviamente, o ideal é que antes de partirem para a cizânia, os membros discutam entre si e cheguem a um acordo, mas nunca deve haver imposições por parte do presidente. Nos casos em que a divergência for sobre a produção de uma prova é sempre melhor optar pela sua produção, pois a finalidade do processo é a busca da verdade.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 92, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Já na hipótese de divergência sobre mérito ou convicção, pode, por exemplo, tal incidente se estabelecer na deliberação de indiciar ou não o servidor, ao final da instrução probatória. Neste caso, alguns argumentos se apresentam para a recomendação de postergá-lo para o relatório. Primeiramente, se menciona que o integrante divergente poderá melhor amparar sua convicção tomando a cautela de permitir que o processo esteja devida e mais completamente instruído e o fato de o servidor ser indiciado e forçado a apresentar defesa escrita pode ao final suprir ainda mais argumentos a favor do integrante que era favorável a não indiciar; indica-se também o conflito que pode ocorrer na defesa do servidor caso haja divergentes convicções de indicição, sendo cabível o questionamento de para qual delas deve apresentar suas teses de defesa; aponta-se ainda a relevância de se suprir a autoridade julgadora com completos elementos para sua decisão. Ademais, em caso de divergência neste momento processual, deve-se tomar como esteio o princípio do *in dubio pro societate*, procedendo à indicição de forma mais gravosa, ainda que seja postura minoritária, a fim de provocar a defesa a trazer todos os seus argumentos e de possibilitar que a autoridade proceda ao julgamento com os autos exaustivamente instruídos, desde que a indicição comporte todos os fatos de que se acusa o servidor, sem necessidade de determinar a ulatimação de atos processuais, risco que pode se concretizar caso se decida preliminarmente pela não indicição. Destaque-se que esta recomendação não afronta o entendimento geral de que, já a partir da deliberação de se dar por encerrada a instrução processual e deliberar por indiciar ou não, opera-se a inversão do *in dubio pro societate* para o *in dubio pro reo*, conforme se expõe em **4.4.18.1**, pois esta máxima se opera na presunção de normalidade dos trabalhos e de uniformidade de convicção, ou seja, quando os três membros, unanimemente, se sentem inseguros para prosseguir, devendo então todos acatarem a presunção de inocência. Não é o caso de que aqui se trata, quando pelo menos um dos membros cogita de indiciar ou de fazê-lo de forma mais gravosa.

Seja em virtude uma divergência configurada já desde a deliberação de indiciar o acusado, seja uma divergência que se manifesta somente no momento de externar a conclusão

final, na esteira do que se aduziu acima, indiferentemente, o incidente somente terá registro no relatório. E como é fácil presumir que a discordância reside em algum aspecto específico, não se crê em divergência na íntegra de um documento extenso e politemático como o relatório e menos ainda em toda a condução do processo. Tendo-se chegado a este ponto incontornável, na hipótese residual de a comissão não lograr a uniformidade de entendimento e o integrante fazer questão de registrar sua discordância, deve-se redigir um relatório único, primeiramente com a peça integral, em que se inclui o trecho divergente merecedor da posição majoritária do trio, assinada pelos três integrantes, seguida de um tópico extra ao final, com o voto divergente vencido acerca daquele ponto específico, assinado apenas pelo membro destoante, conforme também entende a doutrina.

*“Cabe ao (...) divergente dar seu voto em separado, que seguirá como primeiro anexo ao texto do relatório. O relatório deverá ser, como todas as demais peças de deliberação coletiva, assinado por todos os membros da Comissão. (...)”*  
*Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 172, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Relembre-se, com amparo doutrinário, que o direito a voto na comissão é igualitário; ou seja, o voto do presidente tem o mesmo peso que o voto de cada vogal, podendo aquele ser posição vencida em relação aos outros dois integrantes.

*“Não há hierarquia entre os membros da comissão. Entretanto, o vencido deve se submeter à maioria e assinar todos os termos, inclusive a indicação e o relatório. Fica a ele reservado o direito de consignar voto em separado.”*  
*Léo da Silva Alves, “Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas”, pg. 72, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005*

A despeito de aqui se ter destacado o tema da divergência em um tópico, é de se ressaltar que, em que pese a esta possibilidade de se consignar a divergência nos autos, antes de tudo, a comissão deve sempre atentar que a existência de voto divergente pode, em tese, enfraquecer a conclusão e que, por isto, o incidente deve ser ao máximo evitado.

#### **4.3.11 - Tipos de Atos Processuais e Suas Formas**

A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, não se dedicou a discriminar os tipos de atos processuais e muito menos a estabelecer rigorosos e pormenorizados requisitos formais para sua feitura, validade e autuação. E este silêncio pode ser compreendido com a aplicação do princípio do formalismo moderado no processo disciplinar, segundo o qual a verdade material prevalece sobre a forma e a validade dos atos processuais não depende, como regra, de forma determinada, a menos de expressas previsões legais, podendo-se ainda ter como válidos os atos que, mesmo realizados de modo distinto, alcancem sua finalidade essencial.

Mas, ainda que assim seja, em complemento à regra geral da liberdade de forma, é de se ressaltar que alguns requisitos formais são necessários aos atos. Uma vez que a Lei nº 8.112, de 1990, praticamente não estabeleceu forma para os atos do processo disciplinar, é válido buscar os regramentos gerais de forma previstos na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e por fim na lei processual civil. Daí, a Lei nº 9.784, de 1999, no *caput* e no inciso IX do parágrafo único do art. 2º e no *caput* e no § 1º do art. 22, refletindo dispositivos art. 188, do art. 277 e do § 2º do art. 282, todos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), além de expressamente consagrar a aplicação do princípio do formalismo moderado, em instância administrativa, também estabeleceu alguns requisitos de forma para validade de determinados atos processuais. Não obstante, ratifica-se que, não sendo a forma requisito preponderante para a validade do ato processual em instância administrativa, a eventual inobservância de alguma destas recomendações não necessariamente fulmina por nulidade o ato realizado ou todo o processo, visto que a nulidade requer a comprovação de efetivo prejuízo à defesa.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 2º A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

*Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*

*IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;*

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

*§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.*

*CPC - Art. 188 Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial..*

*Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.*

*Art. 282.*

*§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.*

Feita esta introdução, se é possível afirmar que nem para os atos produzidos pela comissão requerem rigidez formal, menos ainda há de se cogitar de se impor requisitos de forma para se aceitar atos da lavra da defesa. A propósito, enquanto pode-se sintetizar que o acusado ou seu procurador atuam no processo sobretudo por meio de petições, de arrazoados e de sua peça de defesa escrita, é certo que os principais tipos de atos produzidos pela comissão para se manifestar no processo são:

- atas de deliberação, detalhando os rumos da apuração;
- despachos e decisões interlocutórias, destacadamente como meios de resposta a provocações do acusado, aproximando-se dos conceitos estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 203 do CPC;
- termos, materializando a realização de atos de instrução ou registrando diversos tipos de ocorrência em geral;
- e atos de comunicação.

*CPC - Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.*

*§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.*

*§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.*

*§ 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.*

*§ 4ª Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.*

Em atendimento ao § 1º do art. 22 da Lei nº 9.784, de 1999, como regra geral, os atos processuais têm registrados o local e a data de sua ocorrência ou feitura. Em alguns, como atos de comunicação, a data vem na forma de cabeçalho e o local vem na forma de rodapé; em outros, como atas de deliberação e termos de ato de instrução, tais informações iniciam o corpo do texto; em outros, como despachos, decisões e julgamentos, vêm no fecho do corpo

do texto; por fim, em outros ainda, como termos de ocorrência a data inicia o corpo do texto e o local vem na forma de rodapé.

Além dos dispositivos gerais acerca de forma elencados no art. 22 da Lei nº 9.784, de 1999, na ausência de previsão desta natureza na Lei nº 8.112, de 1990, e também na Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, encontram-se, em patamar infralegal, embora não específicos para o processo disciplinar, detalhados regramentos de forma na Portaria Normativa MPOG/SLTI nº 5, de 19 de dezembro de 2002, e no Manual Prático de Formalização, Preparação, Apreciação, Julgamento e Movimentação do Processo Administrativo-Tributário (Maproc, aprovado pela Portaria SRF nº 374, de 20 de março de 2002).

Alguns destes detalhados regramentos formais podem ser aproveitados e adaptados, no que cabível, para a processualística disciplinar, somados a meras recomendações não positivadas extraídas da prática processual administrativa, destacadamente no que se refere a protocolização do processo, capa, tamanho de papel, padrão de redação, juntada e desentranhamento de documentos, numeração e renumeração de folhas, abertura, organização e encerramento de volumes e anexos, juntada, desapensação e desmembramento de processos. **Antecipe-se que tais aspectos formais preservam importância em processos físicos, com suporte documental em papel, restando quase totalmente descartados nos processos digitais, com suporte documental em meio digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo).**

A seguir, se apresentará sucinta descrição daqueles principais tipos de atos realizados pela comissão e se fornecerá uma breve síntese, adaptada, no que cabível, à instância correcional, de aspectos normativos referentes à formalização de atos processuais e à instrumentalização do processo disciplinar.

#### **4.3.11.1 - Atas de Deliberação Decorrentes das Reuniões Deliberativas da Comissão**

O *caput* do art. 149 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, confere à comissão o poder impulsionador e condutor do rito. Assim, constitui-se em verdadeiro poder-dever daquela comissão, atuando em nome da Administração e, como tal, em última instância, em absoluta convergência com o interesse público, estabelecer a sequência de atos a serem realizados na busca de provas e de demais elementos formadores de convicção e de convencimento, a fim de unicamente esclarecer os fatos supostamente irregulares demandadores da instauração do processo. Esta condução é movida, de forma impessoal e imparcial, tão somente pelos princípios da oficialidade, da verdade material e da finalidade, independentemente de pessoalidades a favor ou contra quem quer que seja ou de manifestações volitivas do acusado.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observando o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

Tal condução do rito, para que seja realizada com a qualidade exigida em trabalho marcadamente intelectual e que pode vir afetar de forma contrária direitos e bens jurídicos tão relevantes e graves para a pessoa (como sua dignidade e sua relação laboral), requer seriedade, organização e planejamento. É por meio de suas reuniões internas deliberativas que a comissão organiza e planeja a forma de atuar, dedicando o devido respeito não só ao interesse público do bom trabalho mas também à integridade e à honra pessoal e profissional do servidor envolvido, afastando de sua atuação os nefastos descaso, empirismo, despreparo ou improvisos.

E, como direto corolário do princípio da finalidade, a materialização deste técnico e imparcial planejamento, reduzida a termo nos autos (uma vez que não se aceita a oralidade no processo), se dá com a elaboração de atas de deliberação, por meio das quais a comissão externa ao acusado seus posicionamentos e os atos que vislumbra realizar (e com o que se respeitam os objetivos de uma condução motivada e transparente). As atas sintetizam as reuniões deliberativas da comissão, devendo, portanto, ser assinadas por todos os integrantes do colegiado. Tanto é relevante esta dinâmica que a Lei nº 8.112, de 1990, no parágrafo único do art. 150 e no § 2º do art. 152, prevê que as reuniões da comissão tenham caráter reservado (como espécie de sigilo) e que sejam registradas em atas que detalhem as deliberações adotadas exclusivamente pelos integrantes do trio processante.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 150.*

*Parágrafo único. As reuniões e audiências das comissões terão caráter reservado.*

*Art. 152.*

*§ 2º As reuniões da comissão serão registradas em atas que deverão detalhar as deliberações adotadas.*

As reuniões deliberativas da comissão e as consequentes atas de deliberação podem ater-se desde a decisão de realização de meros atos interlocutórios formais, sem repercussão na formação de convencimento (como um simples pedido de prorrogação de prazo, por exemplo) até a oferta de resposta a provocações e questionamentos apresentados pelo acusado e a realização de atos de coleta de prova formadora de convicção, sendo que estes últimos podem decorrer de intenção do próprio colegiado ou de pedido da defesa.

A dinâmica da condução processual pode ser sintetizada nos seguintes passos da comissão: reúne-se isoladamente para estudar os autos ou discutir temas técnicos ou procedimentais ou decidir próxima(s) ação(ões), de forma preferencialmente presencial, contando com os seus três integrantes; se for o caso de esta reunião concluir pela adoção de algum entendimento ou pela tomada de alguma decisão (nem sempre a construção intelectual leva a algum resultado concreto), redige a ata de deliberação em que expõe a motivação acerca daquela conclusão e a materializa nos autos como um termo processual; comunica o teor da deliberação ao acusado (e, em se tratando de realização de ato de instrução probatória, notifica-o do local e da data da realização, a fim de que a defesa possa, se quiser, se fazer presente); e, por fim, se for o caso, realiza o ato.

Esta rotina cuida de preservar a unicidade da condução. Ou seja, amparado por uma reunião interna da comissão e por uma ata de deliberação assinada pelo trio processante, posteriormente, um ato processual em si, dependendo de sua natureza, tanto pode ser praticado conjuntamente pelo colegiado, redundando em um termo assinado por todos os integrantes (atos formadores de convicção em geral, como oitivas, diligências, interrogatórios, etc), como também pode ser praticado por apenas um dos integrantes e ter o termo apenas por ele assinado (mandados a cargo do presidente ou atos meramente operacionais, que podem ser assinados apenas pelo secretário). O que importa é que, como regra geral, sendo o termo assinado por apenas um integrante, haja o prévio respaldo da anuência dos demais em ata de deliberação, afastando qualquer alegação de condução unilateral dos trabalhos. Este entendimento é refletido no julgado abaixo, de sorte a se poder estender o entendimento jurisprudencial emitido especificamente para a indicição para qualquer ato processual decorrente de deliberação colegiada.

*STJ, Recurso Especial nº 1.258.041: Ementa: (...) Ainda que ultrapassado o óbice da Súmula 283/STF, melhor sorte não socorre ao recorrente quanto ao mérito da controvérsia. Isso porque a Lei 8.112/90 não exige que o chamado “termo de indiciamento” no procedimento administrativo disciplinar conte com outra assinatura além da do Presidente da Comissão Processante.”*

Do exposto extrai-se então que, sem desqualificar sua importância como elemento que torna o processo autoexplicativo, em síntese, a ata de deliberação é apenas um documento que

reduz a termo uma conduta que a comissão tomará, como resultado de uma deliberação interna do colegiado. A ata de deliberação é apenas uma manifestação de intenção da comissão e não um ato instrutório em si mesma, aqui entendido ato instrutório como aquele capaz de carrear aos autos novo fato ou entendimento. Sendo assim, à vista do caráter reservado (como espécie de sigilo) das reuniões deliberativas da comissão (estabelecido no parágrafo único do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990), tem-se que, conforme já aduzido em **4.3.6.5**, não há previsão legal para direito de o acusado acompanhar as reuniões internas da comissão e muito menos de atuar na redação das consequentes atas de deliberação. O contraditório há de ser garantido com o registro por escrito na ata, que é juntada aos autos, ao qual o acusado tem amplo acesso, bem como na posterior realização do ato deliberado.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 150.*

*Parágrafo único. As reuniões e audiências das comissões terão caráter reservado.*

*Art. 152.*

*§ 2º As reuniões da comissão serão registradas em atas que deverão detalhar as deliberações adotadas.*

Obviamente, trazendo à tona o contexto histórico em que foi editada a Lei nº 8.112, de 1990, não presumia o legislador os avanços tecnológicos atualmente disponíveis. Assim, tomando também o princípio do formalismo moderado (que rege que a forma de um ato processual é mero meio para que se alcance o fim a que se destina o ato e não um fim em si mesma), o termo “reunião “ pode comportar nos dias atuais uma interpretação extensiva, além do encontro físico e concreto dos integrantes. Sem prejuízo de se ratificar que preferencialmente as reuniões devem contar com a presença física e simultânea dos três integrantes, mas sem perder de vista que basta que as atas noticiem no processo que as deliberações foram tomadas de forma colegiada e não isolada por determinado integrante, estas decisões podem decorrer tanto de reuniões presenciais como também, dentre outras formas, exemplificadamente, de reuniões virtuais realizadas por meio do correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002), seja utilizando mensagens eletrônicas padrão do aplicativo, enviadas e recebidas pelas caixas de entrada de cada usuário, seja utilizando a ferramenta de mensagens instantâneas (*Sametime*), em forma de *chat on time*, quanto ainda de conversas telefônicas, desde que posteriormente reduzidas em atas que demonstrem a concordância de todos os integrantes. Sendo as atas meras manifestações de conjugação de vontade dos integrantes da comissão e não se confundindo com os atos processuais em si nelas deliberados, nenhum prejuízo (e, consequentemente, nulidade) se configura na forma com que se dá a manifestação.

Tanto é assim que, mais ágil que o processo legislativo *stricto sensu*, refletindo a modernização do estágio tecnológico, o ordenamento legal e infralegal prevê a realização de reunião exclusiva de integrantes da comissão por meio da ferramenta da videoconferência, como forma de suprir agilidade e economia de recursos públicos quando um (ou mais) dos membros do colegiado se encontra(m) em diferente localidade dos demais, conforme o § 3º do art. 236 do CPC e o art. 1º da Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 1º de novembro de 2011. De se destacar que, embora aqui se remeta à leitura da instrumentalização da videoconferência para oitiva de testemunha, que se apresentará em **4.4.4.6**, para o caso de reunião da comissão aproveita-se apenas o que cabível, destacadamente o que se refere à infraestrutura de equipamentos e de auxílio técnico.

*CPC - Art. 236.*

*§ 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.*

Embora a norma de regência, a saber, a Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 2011 - com que o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), mais especificamente por meio da Corregedoria-Geral da União da CGU (CGU/CRG), que efetivamente exerce as atividades do órgão central do Sistema de Correição

do Poder Executivo Federal (SisCor-PEF), regulamentou, de forma vinculante para esta unidade seccional de correição, o emprego da videoconferência -, e também a outra norma que aqui se cita apenas como mera referência, a saber, a Portaria AGU nº 490, de 24 de outubro de 2011 (por meio da qual a Advocacia-Geral da União - AGU regulamentou o emprego da videoconferência apenas nas suas apropriadas atividades correccionais), prevejam a possibilidade de uso desta ferramenta tanto para a realização de audiências (provas orais, destacadamente oitivas de testemunhas e, excepcionalmente, interrogatórios de acusados) quanto para a realização de reuniões da comissão, necessário se destacar as inafastáveis diferenças procedimentais destes atos, em razão de suas inconfundíveis naturezas.

Assim, embora aquelas duas normas, em seus próprios corpos, mencionem tanto um tipo de ato quanto outro e, em razão da natureza contraditável das provas orais realizadas no curso do inquérito administrativo, sejam obrigadas a mencionarem a faculdade de participação da defesa, tal extensão, conforme já defendido em **4.3.6.5** não é de ser aplicada para as reuniões via videoconferência de participação exclusiva dos membros do colegiado.

*Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 2011 - Art. 1º O Sistema de Correição do Poder Executivo Federal SisCor-PEF, visando instrumentalizar a realização de atos processuais a distância, poderá promover a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa, na forma disciplinada nesta Instrução Normativa.*

*Art. 2º Poderão ser realizadas audiências e reuniões por meio de teletransmissão de sons e imagens ao vivo e em tempo real, destinadas a garantir a adequada produção da prova, sem prejuízo de seu caráter reservado, nos procedimentos de natureza disciplinar ou investigativa.*

*Portaria AGU nº 490, de 2011 - Art. 10. Os membros de comissões, se residirem em localidades diversas, deverão, sempre que possível, priorizar a utilização da videoconferência ou de outra ferramenta tecnológica similar, para a realização das reuniões apenas entre si.*

Acrescente-se ainda a possibilidade de, na ausência de um dos integrantes, os dois outros membros deliberem em ata pela realização de determinado ato e o concretizem para posterior ratificação do membro ausente, em nova ata, assinada pelo trio. Por óbvio, aqui se cogita de mero ato interlocutório, como, por exemplo, a lavratura e a entrega de um ato de comunicação para quem quer que seja. Pode-se ainda ter como válida a deliberação em ata de dois membros para a feitura de um determinado ato de instrução probatória e esta ata vir a ser ratificada pelo membro ausente no momento da reunião, em nova ata, assinada pelo trio, e todos estarem presentes na posterior feitura do ato de coleta de prova, vez que não se recomenda a prática de ato de instrução probatória com algum membro ausente.

*STJ, Mandado de Segurança nº 21.647: Ementa: 8. Em que pese da Ata da Deliberação 24 conter apenas a assinatura do Presidente da Comissão Processante, no Relatório Final do PAD a Comissão argumentou que todos os seus membros participaram daquela deliberação, de forma que, por força do Princípio da Presunção da Legalidade dos atos administrativos conjugado à ausência de provas pré-constituídas, no sentido de que tal deliberação teria sido tomada isoladamente pelo Presidente da Comissão Processante, não há como acolher-se a sustentada nulidade. 9. O reconhecimento de eventual nulidade do referido ato processual, em razão da ausência da assinatura dos demais membros da Comissão Processante, revelaria um formalismo exacerbado, ainda mais quando no Processo Administrativo Disciplinar vige o Princípio do Formalismo Moderado, ainda mais quando se trata da prática de meros atos de expediente, nada relativo à valoração de elementos probatórios, de modo que, mesmo que tal ato fosse praticado unicamente pelo Presidente da Comissão não haveria como se reconhecer a sua nulidade, diante da ausência de relevância e tendo em vista que o impetrante deixou de demonstrar os*

*prejuízos sofridos.”*

#### **4.3.11.2 - Despachos e Termos da Comissão**

Podem receber a denominação genérica de despachos as diversas respostas ou arrazoados a que se obriga a comissão a redigir em decorrência de petições formuladas pela defesa. Até é possível que determinada provocação da defesa de abrangência mais pontual e delimitada seja objeto de análise e registro em ata de deliberação, no corpo da qual a comissão não só manifesta seu entendimento acerca do que foi peticionado como também delibera dar ciência à defesa de seu posicionamento adotado. Mas também pode ocorrer de a provocação da defesa albergar tema técnico de maior complexidade ou elaboração, de forma a exigir extensa resposta, que se demonstre inviável manifestar no escopo de uma ata de deliberação.

Neste caso, pode a comissão adotar a prática de redigir a pormenorizada resposta à provocação em um despacho e, ato contínuo, elaborar uma ata de deliberação em que apenas manifeste a intenção de dar ciência de sua manifestação já juntada aos autos na forma do mencionado despacho.

Mais uma vez, ratifica-se a delimitada importância destes aspectos formais, não sendo relevante a denominação e a forma empregada para determinado ato processual, mas sim que, por meio dele, se atinja o fim desejado, qual seja, de a comissão manifestar um entendimento, com posterior notificação à defesa. É igualmente válido que a comissão elabore todo seu arrazoado no corpo de uma ata de deliberação na qual também decida notificar a defesa ou que o faça em um despacho seguido de ata de deliberação em que se decide apenas proceder à mencionada notificação.

Já a denominação de “termo” pode se aplicar para descrever todo tipo de ocorrência com que se depare a comissão ao longo de seu trabalho, desde fatos esperados e corriqueiros, até os mais incomuns ou inusitados, bem como para os atos de instrução probatória. Relembre-se a adequação da convenção adotada pois são atos “reduzíveis a termo”, ou seja, são ocorrências ou buscas de provas que podem ser descritas em um termo.

Apenas para fim exemplificativo, apresentam-se listas com alguns dos principais termos de atos de instrução, em regra decorrentes de ata de deliberação (a que se somam, em especial, a indicição e o relatório), e de alguns termos de ocorrência em geral, que podem surgir no processo disciplinar.

Exemplos de termos de atos de instrução:

- Termo de oitiva de testemunha;
- Termo de oitiva de declarante;
- Termo de diligência;
- Termo de diligência de busca e apreensão de bens e documentos na unidade;
- Termo de apreensão de bens e documentos na unidade;
- Termo de reprodução simulada;
- Termo de acareação;
- Termo de reconhecimento de pessoa (ou coisa);
- Termo de interrogatório do acusado.

Exemplos de termos de ocorrência:

- Termo de abertura de volume (ou de anexo) de processo;
- Termo de encerramento de volume (ou de anexo) de processo;

- Termo de renumeração de folhas;
- Termo de juntada de documentos;
- Termo de juntada de processos (ou de anexos);
- Termo de desentranhamento;
- Termo de desmembramento;
- Termo de concessão de vista (ou de entrega de cópia dos autos);
- Termo de recusa de recebimento de notificação (ou de citação);
- Termo de não comparecimento de intimado a ato de instrução;
- Termo de declaração de revelia;
- Termo de entrega de processo.

#### **4.3.11.3 - Atos de Comunicação da Comissão**

Em regra, os atos de comunicação são mandados assinados pelo presidente. Em abordagem sintética e sem grande rigor na intenção de classificar, costuma-se ter no processo disciplinar atos de comunicação dirigidos ao acusado e dirigidos a terceiras pessoas.

Os atos de comunicação dirigidos, de forma apriorística, ao acusado (ou, secundariamente, a seu procurador, porventura formalmente constituído e desde que sua procuração não excetue tal poder de receber, conforme já abordado em **4.3.6.2**), são:

- Notificação inicial: comunica ao servidor sua condição de acusado e informa a amplitude de seus direitos;
- Notificação: comunica ao acusado a realização de atos de instrução e respostas, decisões interlocutórias ou despachos decorrentes de petições ou questionamentos das mais diversas espécies com que a defesa provoca a comissão - à vista do formalismo moderado, é indiferente que tais termos sejam diretamente cientificados à defesa, nos seus próprios elementos autuados, sem a existência de uma específica notificação;
- Intimação: convoca o acusado para realização de algum ato processual a seu encargo ou para participação em algum procedimento;
- Citação: comunica ao servidor sua condição de indiciado e abre prazo de defesa.

Conforme já se introduziu em **4.3.6.1** e melhor se aduzirá em **4.4.3.2**, para que se concretize a necessária comunicação da comissão para a defesa (aqui, indistintamente se mencionando o próprio acusado e seu procurador), por meios dos atos acima, em princípio, basta que o colegiado cuide de comunicar apenas ao acusado, como seu apriorístico destinatário, ou apenas ao seu procurador, como seu destinatário subsidiário. A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, no *caput* do seu art. 26 e no seu 41, impõe a comunicação apenas ao interessado (acusado), não a prevendo também para seu procurador (destaque-se que esta Lei, sem índole punitiva, emprega apenas o instituto da intimação no gênero dos atos de comunicação). Não se faz necessário entregar atos de comunicação ao acusado e a seu procurador, podendo se deixar a critério e ao encargo da defesa sua comunicação interna, conforme também entende a jurisprudência. E, uma vez definido que basta comunicar a um dos dois agentes legalmente autorizados, justifica-se a eleição apriorística do próprio acusado com base na assertiva de que, ainda que tendo constituído procurador e ainda que este seja formalmente advogado, ninguém melhor, como regra, que o próprio servidor para cuidar de seus interesses. A convenção ora exposta somente se altera, centralizando-se os atos de comunicação no procurador, caso as condições do acusado dificultem ou inviabilize a entrega pessoal (destacadamente quando este se encontra em licença, afastado, preso ou em paradeiro

incerto e não sabido) ou caso este não possa, por qualquer motivo, ou manifeste não querer receber pessoalmente as comunicações da comissão.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.*

*Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.*

*STJ, Mandado de Segurança nº 10.404: “Ementa: 2. A ausência de intimação dos procuradores dos impetrantes não acarreta nulidade destes atos, haja vista a intimação pessoal dos acusados.”*

*STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.741: “Ementa: IV - Inexiste vício a macular o processo administrativo disciplinar no fato de as intimações terem sido feitas apenas ao advogado nomeado pelo servidor indiciado.”*

Os atos de chamamento de outras pessoas ao processo, de forma também apriorística, são:

- Intimação: para servidores ativos não autoridades, inativos, ex-servidores, procuradores e demais pessoas (particulares, terceiros e administrados em geral). Sendo especificamente para testemunhar, o mandado tem por base legal bastante e suficiente o *caput* do art. 157 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que determina, de forma genérica, que “*As testemunhas serão intimadas a depor*”; sendo para realizar qualquer outro ato ou qualquer outra participação processual, também se deve intimar e, em tais casos, convém que o mandado tenha por base legal o inciso IV do art. 4º e o art. 39 e, talvez até, dependendo das peculiaridades do caso específico, ainda reforçar, se cabível, com o mandamento do art. 28, todos da Lei nº 9.784, de 1999. Uma vez que a imensa maioria dos comandos da Lei nº 8.112, de 1990, dirige-se de forma mais específica ao servidor ativo (embora expresse de forma aparentemente genérica apenas “servidor”), se poderia cogitar de não haver poder para intimar pessoas alheias a este disciplinamento (tais como para obrigar participações outras de inativo ou de ex-servidor que não nos seus interrogatórios, já que, como acusados, aplica-se a regra geral da intimação, acima descrita, ou quaisquer participações de demais pessoas), mas esta ilação é totalmente afastada pela natureza pública do processo, conforme também manifesta a doutrina do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU). Decerto, não se recomenda o uso do termo “convite” ou da expressão “solicitação de comparecimento” para nenhuma espécie de destinatário, por expressarem forte grau de discricionariedade e de voluntariedade na decisão de atender ou não ao chamado;

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 157. As testemunhas serão intimadas a depor mediante mandado expedido pelo presidente da comissão, devendo a segunda via, com o ciente do interessado, ser anexada aos autos.*

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:*

*IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.*

*Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.*

*Art. 39. Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.*

*Parágrafo único. Não sendo atendida a intimação, poderá o órgão competente, se entender relevante a matéria, suprir de ofício a omissão, não se eximindo de proferir a decisão.*

*“Portanto, não cabe, em tese, ao cidadão negar-se a atender a intimação das comissões disciplinares, tendo novamente como fundamento os arts. 4º, IV, 39 e 28 da Lei nº 9.784/99, com a simples alegação de que não há interesse seu no processo administrativo disciplinar.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 169, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

- Memorando: segundo descrito no item 3.4 do Manual de Redação da Presidência da República, aprovado pela Portaria PR/CC nº 91, de 4 de dezembro de 2002, e refletido no item 8.3 do Manual de Redação e Elaboração de Atos Administrativos da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria RFB nº 1.887, de 26 de dezembro 2013, emprega-se memorando para autoridade do mesmo órgão (no caso, para autoridade da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB);
- Ofício: segundo as mesmas fontes acima, emprega-se ofício para autoridade fora do órgão (no caso, para autoridade, no âmbito do Ministério da Fazenda - MF mas fora da RFB ou para autoridade no âmbito de outro Ministério, de outro Poder ou de outro ente federado); (aqui apenas a título de informação que não se reflete na prática e na praxe do sistema correcional da RFB, também é defensável o entendimento de que, sendo a comissão órgão autônomo e independente na Administração Pública federal, não se insere em nenhuma estrutura e pode se comunicar no processo com pessoas estranhas somente por meio de ofício, não lhe cabendo usar memorando).

Convém discorrer com maior detalhe sobre a terminologia empregada nas linhas anteriores. Não é de se confundir a incidência abrangente da Lei nº 9.784, de 1999, sobre todos os administrados em geral, com os ditames mais específicos que esta Lei comporta para uma parcela de seu campo incidental, que são os interessados. É cristalino do texto legal que a Lei Geral do Processo Administrativo Federal tratou os administrados como um gênero no qual pode caber, como espécie, o interessado. Qualquer pessoa, integrante da coletividade, insere-se no gênero administrado e pode vir a se inserir, mais especificamente, na espécie interessado se houver um processo administrativo que o relacione (por meio de ligações de direitos ou deveres) à Administração. A leitura sistemática da Lei nº 9.784, de 1999, é suficiente para afastar qualquer possibilidade de dúvida acerca destes dois conceitos. Em seus dispositivos introdutórios (arts. 1º a 3º), a Lei menciona administrados - como detentores de direitos e de deveres diante da Administração - e, ao tratar da instauração do processo (arts. 5º a 9º), a norma passa a mencionar os interessados - como aqueles que dão início ao processo administrativo ou que possam ter direitos nele afetados, o que não é o caso de alcance do processo disciplinar em relação a particulares. Destaca-se o didatismo com que o inciso II do art. 3º da mencionada Lei trata da diferenciação em comento (na mesma linha, o já reproduzido *caput* do art. 39 da norma também enumera, com inequívoco intuito de diferenciação, interessados e terceiros):

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:  
II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;*

*“(...) a lei federal (n. 9.784, de 1999) agrupou-os em dois segmentos: de um lado, a Administração; do outro, os administrados, ora assim denominados, ora tratados sob o rótulo ‘interessados’ (...). Parece nítido, dos preceitos do referido diploma legal, que o nome ‘interessados’ está reservado para o administrado quando ele se torna sujeito da relação processual administrativa.” Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, “Processo Administrativo”, pg. 125, Malheiros Editores, 1ª edição, 2001*

Assim, não cabe a um terceiro, particular ou administrado em geral negar-se a atender qualquer intimação da Administração - e, mais especificamente, do sistema correcional, em cujo âmbito aquela pessoa jamais terá atingido um direito seu -, fundamentada no inciso IV do arts. 4º ou no caput do art. 39, ambos da Lei nº 9.784, de 1999, com a frágil alegação de que não se reveste da condição de interessado no processo disciplinar (ou mesmo ainda antes de sua instauração, na fase de admissibilidade).

Na mesma linha já defendida para as entregas da notificação inicial da condição de acusado, das notificações sobre atos de instrução probatória e da citação para apresentar defesa, e aqui estendida para também abarcar a entrega de atos de comunicação em geral para qualquer pessoa, evidentemente deve a comissão tentar privilegiar e priorizar a entrega pessoal ao destinatário, sobretudo se este é lotado ou tem exercício ou reside na mesma localidade em que se sedia o colegiado, podendo tanto o portador ir ao encontro do destinatário quanto este ir à sala da comissão. O encargo da entrega pode recair sobre apenas um dos membros da comissão (o presidente ou indistintamente qualquer dos dois vogais, não sendo necessária a formalidade de estarem presentes os três integrantes) ou sobre um servidor estranho à comissão, seja integrante do grupo de atividades administrativas dos Escritórios de Corregedoria (Escor) que porventura o possuam, seja ainda qualquer servidor do Escor (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros). Neste caso de se lograr realizar a entrega pessoal, o ato de comunicação deve ser extraído em duas vias, ficando uma via com o destinatário e coletando-se recibo datado na outra via, que fará parte do processo.

Não obstante este esforço apriorístico para a entrega pessoal, é certo que a melhor aplicação do Direito, obviamente, não pode dissociá-lo do contexto social em que se insere, não restando dúvida de que cabe ao aplicador da ciência jurídica interpretá-la e integrá-la à vista, inclusive, dos avanços tecnológicos de seu tempo. Assim, embora a Lei nº 8.112, de 1990, não pudesse ter previsto a difusão do uso das ferramentas de informática, é de se ter como aceitável a realização de atos de comunicação por via eletrônica, sobretudo se o destinatário é lotado, tem exercício ou reside em localidade distinta daquela em que se sedia a comissão.

Assim, atentando para o fato de que a Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002, estabelece como ferramenta de trabalho o correio eletrônico institucional no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), não se vislumbra vedação para que os atos de comunicação, quaisquer que sejam, se utilizem desta via eletrônica, se o destinatário é servidor da RFB (seja acusado, seja interveniente na instrução probatória, seja autoridade). Neste caso de se remeter e de se receber o ato de comunicação por via virtual completamente institucional, deve a comissão emitir a mensagem eletrônica com os recursos de confirmação de entrega e de aviso de recebimento e deve ainda solicitar no corpo da mensagem que o destinatário responda, também em via virtual, confirmando o recebimento, devendo estes comprovantes serem impressos e autuados ao processo. O simples envio de atos de comunicação no curso do processo disciplinar, por via eletrônica, seja para o acusado, seja para outros destinatários, não se inclui no escopo de obrigatoriedade de uso de criptografia, determinada pela Portaria Coger nº 106, de 8 de setembro de 2015, uma vez que não se obriga que o destinatário possua conhecimento técnico e suporte tecnológico (*softwares*) para abrir os documentos.

*Portaria SRF nº 1.397, de 2002 - Art. 1º O Correio Eletrônico, ferramenta de propriedade da Secretaria da Receita Federal - SRF, constitui instrumento de uso institucional, destinado ao intercâmbio de mensagens, para fins de racionalização do trabalho e aumento da produtividade.*

Avance-se ainda mais na possibilidade de emprego de correio eletrônico comercial ou particular do procurador ou até mesmo de acusado (sobretudo de servidor licenciado ou

inativo ou de ex-servidor) e de particulares em geral. Neste caso de se remeter o ato de comunicação por via virtual institucional mas com recebimento em via virtual privada, deve a comissão emitir a mensagem eletrônica, fazendo constar de seu corpo a solicitação para que o destinatário imprima o ato de comunicação, o assine e o remeta digitalizado (escaneado) de volta ao colegiado, sob compromisso de, se possível, entregar a via original no primeiro contato pessoal com o trio, devendo estes comprovantes serem impressos e autuados ao processo.

Acrescente-se também que, a rigor, a Lei nº 8.112, de 1990, não prevê o emprego de via postal para atos de comunicação em instância disciplinar. Entretanto, com base na aplicação subsidiária da Lei nº 9.784, de 1999, no § 3º do seu art. 26, o emprego da via postal é admitido para envio de atos de comunicação, quaisquer que sejam, sobretudo se o destinatário é lotado, tem exercício ou reside em localidade distinta daquela em que se sedia a comissão. Neste caso de se remeter o ato de comunicação por via postal, deve a comissão emitir o ato de comunicação em duas vias, ficando uma via no processo, enquanto a outra via é remetida para o destinatário utilizando o serviço de aviso de recebimento (AR, em que o remetente preenche um formulário próprio, que lhe é devolvido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, assinado e datado por quem recebeu a postagem, comprovando que a remessa foi entregue e quando o foi), devendo este comprovante posteriormente ser autuado ao processo.

Interessante destacar que a Lei nº 9.784, de 1999, no § 3º do art. 26; o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), no § 2º do art. 370; e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), no *caput* do art. 270 e no art. 273, equiparam a entrega pessoal da intimação (que aqui pode ser compreendida *lato sensu* tanto para a notificação quanto para a intimação em si) à entrega por via postal e até mesmo a entrega por meio eletrônico. E, mais que isto, o CPC, no *caput* do art. 275, chega mesmo ao ponto de condicionar a entrega pessoal à falha na prévia entrega via postal, priorizando tal meio. O mesmo efeito se obtém dos arts. 246 a 249 do CPC para a entrega da citação, priorizando a via postal.

*Lei nº 9.784, de 19/99 - Art. 26.*

*3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.*

*CPP - Art. 370.*

*§ 1º A intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996)*

*§ 2º Caso não haja órgão de publicação dos atos judiciais na comarca, a intimação far-se-á diretamente pelo escrivão, por mandado, ou via postal com comprovante de recebimento, ou por qualquer outro meio idôneo. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 1996)*

*CPC - Art. 246. A citação será feita:*

*I - pelo correio;*

*II - por oficial de justiça;*

*III - pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório;*

*IV - por edital;*

*V - por meio eletrônico, conforme regulado em lei.*

*Art. 247. A citação será feita pelo correio para qualquer comarca do país, exceto:*

*IV - quando o citando residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência;*

*Art. 248.*

*§ 1º A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro,*

*ao fazer a entrega, que assine o recibo.*

*§ 4º Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que, entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente.*

*Art. 249. A citação será feita por meio de oficial de justiça nas hipóteses previstas neste Código ou em lei, ou quando frustrada a citação pelo correio.*

*Art. 270. As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei.*

*Art. 273. Se inviável a intimação por meio eletrônico e não houver na localidade publicação em órgão oficial, incumbirá ao escrivão ou chefe de secretaria intimar de todos os atos do processo os advogados das partes:*

*I - pessoalmente, se tiverem domicílio na sede do juízo;*

*II - por carta registrada, com aviso de recebimento, quando forem domiciliados fora do juízo)*

*Art. 275. A intimação será feita por oficial de justiça quando frustrada a realização por meio eletrônico ou pelo correio.*

A aplicação extensiva na processualística disciplinar do comando estabelecido no § 1º do art. 248 do CPC deixa inequívoco que, na hipótese de se empregar via postal para entrega da notificação inicial, o único requisito exigido sobre a correspondência é que seja feita por meio de carta registrada com aviso de recebimento. E é importante destacar que o CPC, no § 4º do mesmo art. 248, ratificou a validade da entrega do ato de comunicação a porteiros ou demais empregados em caso de o acusado residir em condomínio ou qualquer outra espécie de moradia com controle de acesso, sendo certo que alcança também o empregado doméstico da sua própria unidade residencial. E, se o destinatário estiver ausente, o comando legal permite que o responsável pelo recebimento de correspondência recuse receber, desde que declare a ausência por escrito.

Acrescente-se ainda que, segundo a aplicação extensiva do parágrafo único do art. 274 do CPC à processualística disciplinar, na hipótese de mudança de endereço, temporária ou definitiva, por parte do acusado, sem a devida comunicação à Administração (conforme determina o art. 162 da Lei nº 8.112, de 1990), serão considerados válidos os atos de comunicação que lhe tenham sido enviados, por via postal, para o endereço original, ainda que não recebidos pessoalmente pelo destinatário.

*CPC - Art. 274. Não dispondo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às partes, aos seus representantes legais, aos advogados e aos demais sujeitos do processo pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria.*

*Parágrafo único. Presumem-se válidas as intimações dirigidas ao endereço constante dos autos, ainda que não recebidas pessoalmente pelo interessado, se a modificação temporária ou definitiva não tiver sido devidamente comunicada ao juízo, fluindo os prazos a partir da juntada aos autos do comprovante de entrega da correspondência no primitivo endereço.*

O caráter alternativo da entrega das notificações e intimações ao acusado ou ao seu procurador, já defendido acima, e a múltipla possibilidade de meios e formas de fazê-lo validamente foram referendados pela manifestação da CGU, por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 10, de 30 de outubro de 2015, desde que feita por escrito (não se aceita o comunicado meramente verbal) e com comprovação da ciência, na linha do § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 1999.

*Enunciado CGU/CCC nº 10, de 2015: “Validade da notificação de atos processuais. A validade de uma intimação ou notificação real fica condicionada a ter sido realizada por escrito e com a comprovação da ciência pelo interessado ou seu procurador, independentemente da forma ou do meio utilizado para sua entrega”.*

Inegavelmente, a entrega de atos de comunicação, por parte da comissão, ao acusado ou a seu procurador, pode se configurar em um verdadeiro entrave no bom andamento processual se a defesa adota a estratégica pouco leal de se esquivar do contato, forçando a postergação dos prazos. É de imperar na hipótese o princípio geral de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza, refletindo-se o comando do art. 565 do CPP, também adotado administrativamente pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), em seu Parecer PGFN/Cojed nº 295/2017. Mas é de se relembrar o já aduzido em **4.3.6.2**, de que não convém a comissão tentar desrespeitar a manifestação de vontade de acusado, expressa na procuração, quando ressalva a não transferência ao procurador da capacidade para receber atos de comunicação.

*CPP - Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade relativa a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.*

*Parecer PGFN/Cojed nº 295/2017: “24. Em decorrência das manobras realizadas pelo acusado, temos, então, a aplicação da teoria da ‘Venire contra Factum Proprium’ que proíbe comportamentos contraditórios. Segundo Flávio Tartuce, que milita no Direito Civil, ‘Pela máxima venire contra factum proprium non potest, determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade, decorrentes da boa-fé objetiva’.*

*25. Em termos mais claros, trata-se da proibição de se beneficiar de atos de incoerência. Ora, se foi o próprio acusado que efetuou manobras para não ser notificado do Processo Administrativo Disciplinar e de seus atos, bem como tirou sucessivas licenças que dificultaram a conclusão do processo, não cabe alegação de excesso de prazo. Desse modo, não houve transgressão ao princípio da boa-fé; se isso ocorreu, foi por parte do acusado.”*

#### **4.3.11.4 - Forma Escrita, Assinaturas e Rubricas**

Todos os atos, independentemente se produzidos pela comissão ou pela defesa, devem ser formalizados no processo de forma escrita (mesmo aqueles marcados pela oralidade, como oitivas, acareações e interrogatórios, devem ser reduzidos a termo) e em vernáculo, por clara exigência do § 1º do art. 22 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Se, por um lado, não são juridicamente válidos atos feitos apenas oralmente, em contrapartida, são válidos os documentos escritos apresentados até de forma manuscrita, desde que legíveis.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 22.*

*§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.*

Os atos e termos redigidos pela comissão devem primar pela síntese, simplicidade e dessacramentalização formal. Não se justificam redações excessivamente rebuscadas, herméticas, anacrônicas, atávicas, repetitivas, desnecessárias e respeitadas apenas a meras praxes ultrapassáveis e dispensáveis sem qualquer prejuízo ao conteúdo e à compreensão. A forma redacional deve ser compreensível por qualquer servidor leigo em ciências jurídicas e deve conter o núcleo mínimo para atender o fim a que se destina cada ato, sem sobrepor formalismos meramente ritualísticos e sem tampouco chegar a ponto de atingir e cortar as informações relevantes ao pleno exercício da defesa e à inequívoca compreensão das autoridades que atuarão no julgamento.

Ainda em termos de redação, há duas convenções adotadas no Manual de Redação e Elaboração de Atos Administrativos da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria RFB nº 1.887, de 26 de dezembro de 2013, que refletem um trabalho zeloso, sendo duas merecedoras de menção e de especial atenção, constantes dos seus itens 2.13 e 5.2.4.

Para nomes extensos e compostos, convencionou-se usar a grafia completa em caso de

menção única (por exemplo, “Secretaria da Receita Federal do Brasil”) e usar a grafia completa seguida de sigla na primeira menção caso o nome ainda se repita no corpo do texto (por exemplo, “Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB)”), empregando-se apenas a sigla nas(s) menção(ões) seguinte(s) (por exemplo, “RFB”). Em especial, destaque-se que as siglas de unidades, divisões, seções, serviços e setores no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil encontram a devida padronização na Portaria RFB nº 2.155, de 21 de fevereiro de 2011.

Para normas, convencionou-se usar a grafia completa “Norma nº x.xxx, de xx de xxxxxx de xxxx” na primeira ou única menção (por exemplo, “Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990”) e a grafia sintetizada “Norma nº x.xxx, de xxxx” na(s) menção(ões) seguinte(s) (por exemplo, “Lei nº 8.112, de 1990”).

Em acréscimo ao tema em apreço, embora se saiba dispor sobre a elaboração de leis, vale reproduzir aqui dispositivos da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, destacadamente em seu art. 11, ao detalhar técnicas de redação legislativa, apresenta comandos muito pertinentes até mesmo para a elaboração de atos e termos processuais no âmbito administrativo.

*Lei Complementar nº 95, de 1998 - Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:*

*I - para a obtenção de clareza:*

*a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;*

*b) usar frases curtas e concisas;*

*c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis;*

*d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;*

*e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;*

*II - para a obtenção de precisão:*

*a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma;*

*b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;*

*c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto;*

*d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais;*

*e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado;*

*f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto; (Redação dada pela Lei Complementar no 107, de 26/04/01)*

*g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões “anterior”, “seguinte” ou equivalentes; (Alínea incluída pela Lei Complementar nº 107, de 26 de abril 2001)*

Todos os integrantes da comissão devem presenciar os atos formadores de convicção (tais como diligências, depoimentos, interrogatórios, etc) e assinar os respectivos termos, atas de deliberação, indicição e relatório, como forma válida de comprovar sua atuação. Conforme já exposto em **4.3.11.1**, até é possível que a deliberação inicialmente tomada por apenas dois integrantes seja posteriormente ratificada pelo membro ausente, por meio de nova ata assinada pelo trio, mas não se cogita de a feitura do ato de instrução se dar com o

colegiado incompleto.

Garante-se a autenticidade destes documentos tão somente com as assinaturas dos integrantes na última folha e suas rubricas nas demais folhas. Destaque-se que quando há o secretário estranho à comissão, ele redige e assina atas de deliberação e termos de atos de formação de convicção apenas para informar esta sua condição de escrivão, sem se confundir com manifestar convicção. A regra, revigorada no § 2º do art. 22 da Lei nº 9.784, de 1999, e existente já desde o art. 31 da Lei nº 4.862, de 29 de novembro de 1965, e regulamentada ainda no *caput* do art. 9º do Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017, e refletida ainda internamente nos arts. 1º e 2º da Portaria RFB nº 1.880, de 24 de dezembro de 2013, é a dispensa do reconhecimento de firma em qualquer ato ou documento integrante do processo, a menos que haja dúvida de autenticidade.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 22.*

*§ 2º Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.*

*Lei nº 4.862, de 1965 - Art. 31. Salvo em casos excepcionais ou naqueles em que a lei imponha, explicitamente, esta condição, não será exigido o reconhecimento de firmas em petições dirigidas à administração pública, podendo, todavia, a repartição requerida, quando tiver dúvida sobre a autenticidade da assinatura de requerente ou quando a providência servir ao resguardo do sigilo, exigir antes da decisão final a apresentação de prova de identidade do requerente.*

*Decreto nº 9.094, de 2017 - Art. 9º Exceto se existir dúvida fundada quanto à autenticidade ou previsão legal, fica dispensado o reconhecimento de firma e a autenticação de cópia dos documentos expedidos no País e destinados a fazer prova junto a órgãos e entidades do Poder Executivo federal.*

*Portaria RFB nº 1.880, de 2013 - Art. 1º Fica dispensada a exigência de firma reconhecida nos documentos apresentados à Secretaria da Receita Federal do Brasil, exceto quando:*

*I - houver dúvida fundada quanto à autenticidade da assinatura aposta no documento apresentado; e*

*II - existir imposição legal.*

*Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica ao § 1º do art. 3º da Instrução Normativa RFB nº 944, de 29 de maio de 2009.*

*Art. 2º Verificada, em qualquer tempo, falsificação de assinatura em documento público ou particular, a repartição considerará não satisfeita a exigência documental e dará conhecimento do fato à autoridade competente, dentro do prazo improrrogável de 5 (cinco) dias, para instauração do processo criminal.*

Com a edição da Ordem de Serviço Coger nº 1, de 3 de junho de 2015, que determina a formalização dos processos disciplinares no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), os documentos produzidos pela comissão ou pela defesa de que conste a assinatura do acusado e quaisquer documentos produzidos por terceiros, por força de seu art. 3º, devem, depois de digitalizados (escaneados), ter a sua via em papel arquivada no Escritório de Corregedoria (Escor), até que ocorra a prescrição da pretensão de discussão judicial acerca de sua autenticidade. Por expressa previsão da norma, não se considera incluído na classificação de documento produzido por terceiro e merecedor de tal cautela se oriundo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) ou de unidades da RFB.

*Ordem de Serviço nº 1, de 2015 - Art. 3º Os documentos produzidos pela Comissão ou pela defesa nos quais conste a assinatura do acusado deverão, após sua digitalização, ser arquivados fisicamente no Escritório até que ocorra a prescrição da pretensão de discussão judicial de autenticidade.*

*§ 1º O procedimento previsto no caput deverá ser adotado para documentos produzidos por terceiros.*

*§ 2º Não se enquadram na categoria de documentos produzidos por terceiros*

*aqueles oriundos da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou de qualquer unidade da Receita*

Na verdade, esta norma interna específica da Corregedoria (Coger), em demonstração da sintonia com que atua este sistema correcional, antecipou o que posteriormente viria ser regulamentado para toda a Administração Pública federal, por meio do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015. Este Decreto veio disciplinar, destacadamente nos termos de dispositivos de seus arts. 2º, 5º, 7º, 10, 11 e 12, o uso de meio eletrônico para o processo administrativo *lato sensu* no âmbito da Administração Pública federal (iniciativa também já reconhecida em sede judicial, conforme instituiu a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, já desde o *caput* e o § 1º do seu art. 1º, e refletiu, de forma mais específica, o art. 193 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil - CPC).

*Lei nº 11.419, de 2006 - Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.*

*§ 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.*

*CPC - Art. 193. Os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei.*

*Decreto nº 8.539, de 08/10/15 - Art. 2º Para o disposto neste Decreto, consideram-se as seguintes definições:*

*I - documento - unidade de registro de informações, independentemente do formato, do suporte ou da natureza;*

*II - documento digital - informação registrada, codificada em dígitos binários, acessível e interpretável por meio de sistema computacional, podendo ser:*

*a) documento nato-digital - documento criado originariamente em meio eletrônico; ou*

*b) documento digitalizado - documento obtido a partir da conversão de um documento não digital, gerando uma fiel representação em código digital; e*

*III - processo administrativo eletrônico - aquele em que os atos processuais são registrados e disponibilizados em meio eletrônico.*

*Art. 5º Nos processos administrativos eletrônicos, os atos processuais deverão ser realizados em meio eletrônico, exceto nas situações em que este procedimento for inviável ou em caso de indisponibilidade do meio eletrônico cujo prolongamento cause dano relevante à celeridade do processo.*

*Parágrafo único. No caso das exceções previstas no caput, os atos processuais poderão ser praticados segundo as regras aplicáveis aos processos em papel, desde que posteriormente o documento-base correspondente seja digitalizado, conforme procedimento previsto no art. 12.*

*Art. 7º Os atos processuais em meio eletrônico consideram-se realizados no dia e na hora do recebimento pelo sistema informatizado de gestão de processo administrativo eletrônico do órgão ou da entidade, o qual deverá fornecer recibo eletrônico de protocolo que os identifique.*

*§ 1º Quando o ato processual tiver que ser praticado em determinado prazo, por meio eletrônico, serão considerados tempestivos os efetivados, salvo disposição em contrário, até as vinte e três horas e cinquenta e nove minutos do último dia do prazo, no horário oficial de Brasília.*

*§ 2º Na hipótese prevista no § 1º, se o sistema informatizado de gestão de processo administrativo eletrônico do órgão ou entidade se tornar indisponível por motivo técnico, o prazo fica automaticamente prorrogado até as vinte e três horas e cinquenta e nove minutos do primeiro dia útil seguinte ao da resolução do problema.*

*Art. 10. Os documentos nato-digitais e assinados eletronicamente na forma do art. 6º são considerados originais para todos os efeitos legais.*

*Art. 11. O interessado poderá enviar eletronicamente documentos digitais para juntada aos autos.*

*§ 1º O teor e a integridade dos documentos digitalizados são de responsabilidade do interessado, que responderá nos termos da legislação civil, penal e administrativa por eventuais fraudes.*

*§ 2º Os documentos digitalizados enviados pelo interessado terão valor de cópia simples.*

*§ 3º A apresentação do original do documento digitalizado será necessária quando a lei expressamente o exigir ou nas hipóteses previstas nos art. 13 e art. 14.*

*Art. 12.*

*§ 3º A administração poderá, conforme definido em ato de cada órgão ou entidade:*

*I - proceder à digitalização imediata do documento apresentado e devolvê-lo imediatamente ao interessado;*

*II - determinar que a protocolização de documento original seja acompanhada de cópia simples, hipótese em que o protocolo atestará a conferência da cópia com o original, devolverá o documento original imediatamente ao interessado e descartará a cópia simples após a sua digitalização; e*

*III - receber o documento em papel para posterior digitalização, considerando que:*

*a) os documentos em papel recebidos que sejam originais ou cópias autenticadas em cartório devem ser devolvidos ao interessado, preferencialmente, ou ser mantidos sob guarda do órgão ou da entidade, nos termos da sua tabela de temporalidade e destinação; e*

*b) os documentos em papel recebidos que sejam cópias autenticadas administrativamente ou cópias simples podem ser descartados após realizada a sua digitalização, nos termos do caput e do § 1º.*

#### **4.3.11.5 - Volumes, Anexos e Quantidade de Folhas**

Iniciando a abordagem por processos disciplinares físicos, ou seja, com suporte documental em papel, eis que o processo compõe-se, em princípio, de volumes, que contêm os atos processuais em si (denúncia ou representação, fase de admissibilidade, portarias, deliberações da comissão, atos de comunicação, atos de instrução probatória, pedidos da defesa, despachos e decisões interlocutórias da comissão, indicição, defesa escrita, relatório, julgamento). Os volumes, em síntese, refletem o rito processual e a sequência de atos previstos na Lei.

Sendo assim, é comum, à medida que o processo avança, que se realizem grandes quantidades de atos, os quais, se autuados em um só volume, podem dificultar o manuseio. À vista do disposto no item 5.8 da Portaria Normativa MPOG/SLTI nº 5, de 19 de dezembro de 2002, recomenda-se então a abertura de novo volume dos atos processuais quando se ultrapassar a quantidade referencial de duzentas folhas (obviamente, é um número de referência aproximada, não sendo conveniente interromper um termo ou documento para seguir fielmente aquele limite). Quando isto ocorre, os volumes seguem numeração contínua e crescente em numerais arábicos (Volume 1, Volume 2, etc), cada um com cerca de duzentas folhas, com paginação contínua.

*Portaria Normativa MPOG/SLTI nº 5, de 2002 - 5. Procedimentos com Relação a Processos*

*5.8. Encerramento do Processo e Abertura de Volume Subsequente*

*Os autos não deverão exceder a 200 folhas em cada volume, (...)*

*Quando a peça processual contiver número de folhas excedente ao limite fixado nesta norma, a partir do próximo número, formar-se-ão outros volumes.*

*Não é permitido desmembrar documento, e se ocorrer a inclusão de um documento que exceda às 200 folhas, esse documento abrirá um novo volume.*

Caso se faça necessário autuar uma quantidade tal de documentos acessórios que sua inserção em meio aos atos processuais prejudique a linearidade, o manuseio e a compreensão

do rito, pode-se lançar mão de anexos. Os anexos são úteis não só para autuar grandes quantidades de documentos que não sejam termos de atos de instrução; também convém autuar em anexos objetos que assumem valor de prova, tais como livros, brochuras, fitas, CDs, DVDs ou outras mídias eletrônicas.

À vista da reserva do processo disciplinar em que, em princípio, somente a própria defesa tem acesso aos autos, havendo apenas um acusado, podem ser juntados no próprio volume processual os dados protegidos por cláusulas especiais de sigilo referentes ao próprio acusado ou a terceiros (contribuintes, de forma geral, envolvidos com os fatos sob apuração), sobretudo de sigilos fiscal e bancário, sem prejuízo também de merecerem atenção especial os dados protegidos por sigilos profissional de forma geral e em especial médico-pericial, de comunicações, telefônico ou de qualquer forma relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem, por exemplo. Caso haja mais de um acusado e se faça necessário juntar respectivos dados protegidos por aquelas cláusulas de sigilo, pode a comissão adotar a praxe meramente formal de autuá-los fora do volume processual, em anexos separados individualmente, tão somente para ter melhor controle sobre o acesso a dados sensíveis. Não obstante, conforme já exposto em 4.3.4.1, é de imperar a inteligência do princípio da comunhão da prova, mencionado em 3.3.3.7, e o comando expresso na manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 19, de 10 de outubro de 2017, de que o acesso aos autos é integral. O mesmo se aplica para dados sigilosos de terceiros.

*Enunciado CGU/CCC nº 19, de 2017: “Direito de acesso integral ao procedimento correicional por todos os acusados. Havendo conexão a justificar a instauração de procedimento correicional com mais de um acusado, a todos eles será garantido o acesso integral aos documentos autuados.”*

Os anexos são montados para autuar cada tipo de documento ou de objeto trazidos ao processo. Como tal, recebem numeração sequenciada para cada anexo, crescente na ordem cronológica de autuação e em numerais romanos, para diferenciar dos volumes. Por exemplo, pode-se ter o Anexo I com cinquenta contratos; o Anexo II com quatrocentas notas fiscais; o Anexo III com oitenta extratos de sistemas informatizados; e o Anexo IV apenas com uma mídia eletrônica guardada em um envelope. Cada anexo tem sua própria paginação.

Como também para os anexos se mantém a referência de limite de quantidade de até duzentas folhas, caso se tenha um número maior de folhas de documentos de uma mesma natureza, o anexo a ser formado se desdobrará em mais de um volume (ou tomo). Seguindo no exemplo acima, o Anexo II se divide em dois volumes (Volume 1 do Anexo II e Volume 2 do Anexo II), cada um com cerca de duzentas folhas, mas com paginação contínua entre eles. Atente-se que, sendo quatrocentos documentos de mesma natureza, não se desdobram em dois anexos distintos.

Tanto volumes de atos processuais quanto anexos devem ter termo de abertura (constando número da folha inicial, que é o próprio termo) e termo de encerramento (constando quantidade de folhas, números das folhas inicial e final, que é o próprio termo). Também é altamente recomendável, sobretudo em processos extensos, que se faça um índice em cada volume ou anexo, para facilitar a localização de termos ou documentos.

*Com a adoção do processo digital, é de se registrar que o Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) não segrega o processo em volumes e anexos, compondo um corpo processual único, perdendo sentido, então, cogitar-se de termos de abertura ou de encerramento de volume ou de termos juntada, de abertura ou de encerramento anexo, bem como elaboração manual de índice, já que o sistema gera automaticamente um índice único para os arquivos pagináveis e não pagináveis.*

#### 4.3.11.6 - Tamanho, Fonte, Paginação e Numeração de Termos

Novamente iniciando a abordagem por processos disciplinares físicos, ou seja, com suporte documental em papel, recomenda-se a utilização de folha de papel tamanho A4 (21,0 x 29,7 cm) para formação de documento a ser autuado. Documentos impressos no sentido horizontal do papel, tais como tabelas e quadros, devem ter a furação no lado do cabeçalho, de forma a permitir sua leitura abrindo-se o processo na horizontal.

Havendo documentos maiores do que o tamanho A4, deve-se dobrá-los individualmente, na sua parte inferior, para se adequarem ao padrão. E documentos de tamanho inferior a 2/3 ao padrão A4 devem ser individualmente colados (sem grampos) a uma folha em branco, rubricada e numerada na forma das demais folhas, cuidando de colá-los apenas pela parte superior caso possuam algum dado no verso. Para evitar a retirada fraudulenta destes documentos, convém carimbar e rubricar suas extremidades, de tal forma que o carimbo marque tanto os documentos quanto a folha em branco que lhes serve de suporte.

Na produção de documentos por parte da comissão, recomenda-se adotar o padrão ofício, descrito nos itens 3.2 e 9.1.3.2 do Manual de Redação da Presidência da República, aprovado pela Portaria PR/CC nº 91, de 4 de dezembro de 2002, e refletido nos itens 2.16 e 5.2.7 do Manual de Redação e Elaboração de Atos Administrativos da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria RFB nº 1.887, de 26 de dezembro de 2013, que estabelecem o padrão de fonte *Times New Roman*, espaçamento simples entre as linhas e de 6 pontos após cada parágrafo, desdobrado em: tipo normal e tamanho doze no texto geral; tipo itálico (podendo ou não estar entre aspas), tamanho onze e recuo à esquerda de 3,5 cm nas citações longas, com mais de três linhas (citações curtas, que não excedem três linhas, são inseridas no texto, com tamanho 12 e tipo itálico, com ou sem aspas); e tipo normal e tamanho dez nas notas de rodapé.

Os autos processuais são compostos de folhas, que, por sua vez, contêm duas páginas (o seu anverso ou frente, normalmente utilizado, e o seu verso, em geral não utilizado). A rigor, não há vedação legal ou nem mesmo normativa para que se utilizem as páginas de anverso e de verso de cada folha. Apenas não se costuma digitar ou escrever na página de verso por mera praxe, sobretudo porque a grande maioria dos atos processuais se resumem a conteúdos curtos, que cabem em apenas uma página ou no máximo em poucas páginas e também porque o uso apenas das páginas de anverso facilita e agiliza a automação da extração de cópias. Daí, torna-se pouco eficiente usar as páginas de anverso e de verso para um documento cujo conteúdo caiba em apenas duas páginas, por exemplo, o que faria economizar apenas uma dentre duas folhas. Mas, por outro lado, em documentos mais extensos (como pareceres, informações, indicição, relatório), que se utilizam de muitas folhas, pode ser útil digitá-los, imprimir-los e autuá-los usando as páginas de anverso e de verso de cada folha.

Importante destacar que, como o que se numera são as folhas dos autos, quando excepcionalmente se utilizarem as duas páginas de determinada folha, apenas a sua página de anverso recebe a numeração, apondo-se na página de verso o mesmo número de folha do anverso, seguido da letra “v”, sem acrescentar novo número à numeração de folhas. E, na regra geral, em que não se utiliza a página de verso das folhas, esta deverá conter a expressão “Em branco”, escrita ou carimbada, ou um simples risco por caneta, em sentido vertical ou oblíquo.

Como exemplo de formalidade que a lei não dispensa, o § 4º do art. 22 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, determina que as folhas dos autos sejam numeradas e rubricadas, pelo secretário ou qualquer integrante da comissão, de forma contínua através dos volumes (não se numerando capa e contracapa e versos de folhas eventualmente utilizados) e de forma independente para cada anexo. Sempre que se tiver que renumerar as folhas do processo em decorrência de detecção de erro na numeração originalmente aposta, deve-se anular com um traço horizontal ou oblíquo a numeração anterior, conservando-se, porém, sua

legibilidade (não se aceita paginação alfanumérica, como fl. 1A, fl. 1B), além de se redigir o termo de renumeração de folhas, descrevendo as numerações que foram corrigidas.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 22.*

*§ 4º O processo deverá ter suas páginas numeradas sequencialmente e rubricadas.*

Com a adoção do processo digital e o emprego do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) pelo sistema correcional, necessário apontar diferenças acerca de numeração de folhas em razão do meio de suporte documental utilizado. Nos processos físicos, que possuem suporte documental em papel, as peças desentranhadas não ensejarão a renumeração das folhas, devendo serem mantidas em arquivo no Escritório de Corregedoria (Escor) até a decisão definitiva do processo disciplinar, quando então poderão ser destruídas. Nos processos digitais, formalizados no sistema e-Processo e que possuem suporte documental em meio digital, também não haverá a renumeração das folhas, já que os documentos, quando juntados em definitivo, recebem numeração permanente e, conseqüentemente, não há que se falar em termo de renumeração de folhas. Mas acrescenta-se que, mesmo após a exclusão de documentos, em que pese não mais integrarem o processo, permanece sua disponibilidade no sistema e-Processo, acessível a partir da funcionalidade de pesquisa a documentos.

Ao se fazer remissão a algum documento já acostado aos autos, para facilitar a defesa e a análise posterior, convém citar a numeração de folha e o volume ou anexo em que se encontra.

Com o fim de se facilitar a referência a atos processuais, convém que a comissão estabeleça uma numeração específica para cada tipo de ato a ser editado. Esta numeração pode seguir ininterrupta, ao longo de todas as prorrogações e designações de novas comissões, ou se pode reiniciar a numeração dos atos a cada passagem de ano, desde que se agregue o ano à numeração. Ambas as formas são aceitáveis. O que não convém é renumerar os atos a cada nova designação, visto que a referência pode ficar confusa e induzir a erros.

#### **4.3.11.7 - Juntada de Documentos Originais ou em Cópia e Desentranhamento de Elementos dos Autos**

Novamente iniciando a abordagem por processos disciplinares físicos, ou seja, com suporte documental em papel, é importante deixar registrado nos autos o recebimento, por parte da comissão, de documentos fornecidos pela defesa ou por outras unidades ou órgãos, consignando data, hora, nome e matrícula do servidor que recepcioná-los. Tal necessidade se aplica somente a documentos solicitados pela comissão ou a ela trazidos, não se aplicando a termos da própria lavra do colegiado (não se faz um termo de juntada para se autuar indicição, relatório, termos de atos de instrução probatória, termos de ocorrência e atos de comunicação, por exemplo).

Sendo poucos documentos a se juntar, pode-se adotar maior informalidade, bastando que o presidente determine a juntada por despacho (“Junte-se aos autos”), manuscrito nos próprios documentos para que, de imediato, sejam autuados no processo. Todavia, se a quantidade e a diversidade de documentos forem grandes, convém listar em termo próprio, chamado termo de juntada.

A mera juntada de documentos aos autos não requer imediato exercício de contraditório. Ou seja, não há nulidade na juntada de documentos ocorrida antes de se notificar inicialmente o servidor como acusado. Também, não há necessidade de se notificar o acusado a cada juntada de documentos que se fizer, visto que a decisão em si da comissão para juntar os elementos é soberana e não comporta questionamento da defesa, restando o exercício da garantia do contraditório sobre o conteúdo juntado, que pode ser exercido posteriormente, sem prejuízo, quando do recebimento de cópia e de vista dos autos.

As cópias reprográficas de documentos carregadas para os autos, quando apresentados os originais, sempre que possível, deverão ser autenticadas pelo secretário ou por qualquer membro da comissão, conforme autorizam o § 3º do art. 22 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e o *caput* e o § 1º do art. 10 do Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017, e assevera a doutrina.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 22.*

*§ 3º A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo.*

*Decreto nº 9.094, de 2017 - Art. 10. A apresentação de documentos por usuários dos serviços públicos poderá ser feita por meio de cópia autenticada, dispensada nova conferência com o documento original.*

*§ 1º A autenticação de cópia de documentos poderá ser feita, por meio de cotejo da cópia com o documento original, pelo servidor público a quem o documento deva ser apresentado.*

*“Outro aspecto relativo à autenticidade diz respeito à apresentação de cópias xerográficas de documentos. A regra, ainda aqui, deve ser a da presunção de veracidade. Mas se alguma dúvida houver a respeito, é de exigir-se a apresentação do documento original para que se proceda à autenticação das cópias (...). Sempre que possível, deve a autenticação ser firmada pelo órgão administrativo, como autoriza o art. 22, § 3º, porque é meio mais rápido e mais econômico para o interessado. Em relação a cópias juntadas por agentes administrativos, a presunção é, logicamente, mais ampla, de modo que só quando o interessado justificar sua dúvida, de forma clara e razoável, é que o administrador deverá certificar a autenticidade, assim mesmo considerando alguma situação peculiar envolvendo o aspecto de fidedignidade documental.”*  
*José dos Santos Carvalho Filho, “Processo Administrativo Federal”, pg. 149, Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2005*

Ainda que a Lei nº 9.800, de 25 de maio de 2005, volte-se especificamente para o processo judicial, pode-se estender que há previsão legal em nosso ordenamento para se utilizar sistemas eletrônicos e virtuais de transmissão de dados e imagens para encaminhar petições escritas e documentos em geral, ressaltando-se a responsabilidade do remetente pela qualidade e fidelidade do material transmitido e devendo os originais posteriormente serem entregues, para juntada, ou apresentados, para autenticação. Se tal facilidade é válida para o processo judicial, que sabidamente é mais formal que o processo administrativo, não há porque se impedir que a comissão pratique atos de sua competência à vista de transmissões eletrônicas ou virtuais comportadas pelo atual estágio tecnológico.

*Lei nº 9.800, de 26/05/99 - Art. 1º É permitida às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita.*

*Art. 2º A utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término.*

*Art. 3º Os juízes poderão praticar atos de sua competência à vista de transmissões efetuadas na forma desta Lei, sem prejuízo do disposto no artigo anterior.*

*Art. 4º Quem fizer uso de sistema de transmissão torna-se responsável pela qualidade e fidelidade do material transmitido, e por sua entrega ao órgão judiciário.*

No curso dos trabalhos, pode se demonstrar necessário, seja por motivação espontânea da comissão, seja a pedido da defesa, que se extraiam folhas ou peças já autuadas no processo. O desentranhamento de elementos dos autos pode decorrer, dentre outros motivos, mais comumente de desmembramento de um processo original para instauração de outro, contendo peças daquele primeiro, ou de se ter detectado alguma juntada de documentos absolutamente impertinentes ou desnecessários ou por decisão judicial. A formalização desta operação se dá

por meio do termo de desentranhamento e, dependendo do motivo do desentranhamento, pode-se manter vago o número de folha(s) desentranhada(s), conforme normatiza o item 5.5 da Portaria Normativa MPOG/SLTI nº 5, de 19 de dezembro de 2002, ou pode-se substituí-las por cópias autenticadas pelo próprio servidor encarregado do ato, quando houver necessidade, devendo constar do termo a solução adotada.

*Portaria Normativa MPOG/SLTI nº 5, de 19/12/02 - 5. Procedimentos com Relação a Processos*

*5.5. Desentranhamento de Peças*

*Sempre que houver retirada de folhas ou peças, lavrar, após o último despacho, o “Termo de Desentranhamento”.*

*O processo que tiver sua folha ou peça retirada conservará a numeração original de suas folhas ou peças, permanecendo vago o número de folha(s) correspondente(s) ao desentranhamento, apondo-se o carimbo de desentranhamento.*

Especificamente nos processos digitais, formalizados no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) e que possuem suporte documental em meio digital, não há que se falar em renumeração de folhas, pois os documentos, depois de juntados em definitivo, recebem numeração permanente e, mesmo após sua exclusão, permanecem disponíveis e acessíveis a partir da funcionalidade de pesquisa a documentos.

#### **4.3.11.8 - Juntada de Processos: Anexação e Apensação**

Em busca da eficiência, celeridade e uniformidade de decisões, no curso de processo disciplinar, pode-se revelar necessário juntar outro processo administrativo, disciplinar ou não. A juntada pode ser por anexação ou por apensação.

Em se tratando de processo físicos, com suporte documental em papel, a anexação é uma forma de juntada em definitivo de dois processos, em que o processo acessório passa a fazer parte integrante do processo principal e tem suas folhas renumeradas, de forma que se mantém a paginação e o nº do processo principal. Já a apensação é uma forma de juntada temporária, em que ambos os processos mantêm suas paginações e nº do processo inalterados.

Especificamente nos processos digitais, com suporte documental em meio digital, não existe no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), sistema em que são formalizados os processos, a funcionalidade de anexação, razão pela qual o procedimento se dá a partir de juntada de cópia de todos os documentos do processo secundário ao principal, mediante despacho do responsável e posterior arquivamento do processo anexado.

Diferentemente do que ocorre com a juntada por anexação, o sistema e-Processo possui funcionalidade específica para fins de juntada por apensação de um processo digital a outro com o mesmo suporte documental, fazendo com que os processos apensados somente percam sua individualidade em relação a movimentações e distribuições, em sentido amplo.

#### **4.3.11.9 - A Preservação da Confidencialidade do Armazenamento e do Envio de Informações por Meio de Criptografia**

Em acréscimo às questões formais abordadas nos tópicos antecedentes e em reflexo aos avanços tecnológicos, diante da inafastável preocupação com a inviolabilidade dos termos e autos referentes a todo tipo de atividade correcional, decorrente da cláusula de sigilo que impõe não só no curso do processo disciplinar em si, já estabelecida a relação contraditória, mas já desde a subfase investigativa em fase de admissibilidade, faz-se necessário assegurar a confidencialidade das informações e dados relacionados a todos os procedimentos disciplinares. Assim, no âmbito do sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), a Portaria Coger nº 106, de 8 de setembro de 2015, em seus arts. 1º a 3º,

estabelece a obrigatoriedade de todos os agentes, sejam servidores lotados e em exercício no sistema, sejam convocados ou colaboradores eventuais, utilizarem aplicativos de informática que criptografam arquivos eletrônicos relacionados a qualquer espécie de atividade correcional, para fins de armazenamento e de transmissão de forma segura.

De um lado, obriga-se o emprego do aplicativo VeraCrypt no armazenamento de volumes inteiros de arquivos, dados ou informações em estações de trabalho situadas tanto na Corregedoria (Coger) ou nos Escritórios de Corregedoria (Escor) quanto em demais unidades onde porventura esteja sendo realizado algum trabalho correcional, em dispositivos móveis (como *notebooks*, *pen-drives*, discos rígidos externos) institucionais de guarda do servidor ou até mesmo particulares, desde que contenham arquivos ou dados referentes a temas disciplinares. De outro lado, obriga-se o emprego do aplicativo AxCrypt no armazenamento de determinado(s) arquivo(s) quando não se justifica fazê-lo para todo um volume, na deleção de arquivo(s) e nas transmissões de arquivo(s) digitalizado(s) (escaneado(s)) e no envio de arquivo(s) criptografado(s), por meio da rede institucional.

*Portaria Coger nº 106, de 2015 - Art. 1º Os softwares abaixo descritos deverão ser utilizados pelos servidores que atuem em atividades da Corregedoria da RFB, a fim de garantir a confidencialidade das informações relacionadas a todos os procedimentos disciplinares:*

*I - VeraCrypt - aplicativo de código aberto de criptografia para Windows, Mac e Linux que cria volumes criptografados que podem ser montados como unidades virtuais;*

*II - AxCrypt - aplicativo de código aberto de criptografia de arquivos, que se integra com o Windows para compactar, criptografar, descriptografar, armazenar, enviar, deletar e trabalhar com arquivos individuais.*

*Art. 2º O uso do VeraCrypt é obrigatório nos seguintes casos:*

*I - Estações de trabalho localizadas na Corregedoria, nos Escritórios de Corregedoria e no Núcleo de Corregedoria;*

*II - Estações de trabalho localizadas em quaisquer unidades da RFB, onde esteja sendo desenvolvido trabalho correcional; e*

*III - Dispositivos móveis, tais como notebooks, pen-drives, HDs externos, tablets ou outros equipamentos e dispositivos cujo patrimônio o servidor possua a guarda e que contenham informações disciplinares.*

*Parágrafo único. A obrigação do uso do VeraCrypt se estende aos dispositivos de uso particular do servidor, caso estes contenham qualquer arquivo ou dado de procedimentos disciplinares.*

*Art. 3º O uso do AxCrypt é obrigatório nos seguintes casos:*

*I - Nas deleções de arquivos e de pastas que contenham informações de procedimentos disciplinares;*

*II - Nas transmissões de informações pela Rede Local relacionadas a procedimentos disciplinares, especialmente procedimentos digitalizados; e*

*III - Na criação de arquivos criptografados a serem enviados para demais unidades da RFB.*

Acrescente-se ainda que, conforme determinam a Portaria Coger nº 55, de 20 de julho de 2012, em seu art. 1º, e a Ordem de Serviço Coger nº 1, de 13 de junho de 2013, em seus arts. 1º a 5º, diversos momentos no curso do processo (ou do procedimento) obrigam que a comissão (ou o servidor responsável) forneça cópias de termos processuais relevantes ou proceda à digitalização da integralidade dos autos, a fim de disponibilizar, na pasta virtual compartilhada referente ao Escor. Assim, conforme se detalha em **2.5.5**, **4.2.8.2**, **4.2.8.3**, **4.9.2**, **4.10.6.7** e em **5.1.2**, devem ser fornecidas cópias em formato editável dos pareceres de admissibilidade, de análise em julgamento e de análise de pedido de reconsideração e de recurso hierárquico e também do relatório e deve-se proceder à atualização da cópia digitalizada integral do processo a cada pedido de prorrogação do prazo ou de designação de nova comissão, após a autuação do relatório e após o julgamento no âmbito do Escor ou após o encaminhamento para a autoridade julgadora competente.

*Portaria Coger nº 55, de 20/07/12 - Art. 1º Deverão ser digitalizados todos os processos disciplinares, sindicâncias acusatórias e sindicâncias investigativas no âmbito da Corregedoria-Geral, dos Escritório de Corregedoria nas Regiões Fiscais (Escor) e no Núcleo de Corregedoria em Manaus (Nucor).*

*Ordem de Serviço Coger nº 1, de 13/06/13 - Art. 1º A Divisão de Controle da Atividade Correcional (Dicac) criará, em pastas identificadas com os nomes dos Escritórios e do Núcleo de Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil (Escor/Nucor), no endereço <\\compartilhamentos.rfoc.srf\RFOC\ESCORXXDIGITAL>, subpastas denominadas:*

*I - PAD EM ANDAMENTO, onde serão armazenados cópias dos Processos Administrativos Disciplinares (PADs) e das Sindicâncias Disciplinares que estiverem em curso no Escor/Nucor;*

*II - PAD CONCLUÍDO, onde serão armazenados, após o encerramento dos trabalhos no âmbito do Escor/Nucor, cópias dos PADs e das Sindicâncias Disciplinares descritos no inciso I;*

*III - PROCESSOS CONCLUÍDOS COM JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NEGATIVO, onde serão armazenados cópias dos processos administrativos encerrados no Escor/Nucor que não resultarem em PAD ou Sindicância Disciplinar; e*

*IV - DOCUMENTOS EDITÁVEIS, onde serão disponibilizados, em formato editável, cópias dos relatórios finais produzidos pelas Comissões de Inquérito (CI) e pelas Comissões de Sindicância Disciplinar (CS), dos pareceres de juízo de admissibilidade, dos pareceres de julgamento, dos pareceres de análise de recursos e das informações relativas às atividades supervisionadas pela Divisão de Análise Correcional (Diac) prestadas ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à Advocacia-Geral da União, à Controladoria-Geral da União e a outros órgãos externos à Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

*§ 1º As subpastas PAD EM ANDAMENTO, PAD CONCLUÍDO e PROCESSOS CONCLUÍDOS COM JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NEGATIVO serão subdivididas em subpastas identificadas pelos números dos respectivos processos, cujas cópias deverão ser armazenadas com separação em volumes, anexos e apensos, conforme padrão estabelecido no Anexo I da Portaria Coger nº 55, de 20 de julho de 2012.*

*§ 2º A subpasta DOCUMENTOS EDITÁVEIS será subdividida nas subpastas RELATÓRIOS FINAIS DE CI E CS, PARECERES DE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE, PARECERES DE JULGAMENTO, PARECERES DE ANÁLISE DE RECURSOS e INFORMAÇÕES.*

*§ 3º As subpastas mencionadas no parágrafo anterior deverão estar organizadas por ano.*

*Art. 2º As Comissões de Inquérito e as Comissões de Sindicância Disciplinar enviarão à autoridade instauradora, a cada prorrogação, a cada recondução e após a autuação do relatório final, cópia digitalizada (em formato .pdf) da versão atualizada do PAD ou da Sindicância Disciplinar, para disponibilização na subpasta PAD EM ANDAMENTO.*

*Art. 3º Arquivado o feito ou decidido o seu encaminhamento para julgamento da autoridade competente, cabe ao Escor/Nucor transferir a versão atualizada de cópia do PAD ou Sindicância Disciplinar da subpasta PAD EM ANDAMENTO para a subpasta PAD CONCLUÍDO.*

*Art. 4º No caso de processo administrativo que resultar em arquivamento sem abertura de PAD ou Sindicância Disciplinar, o servidor responsável pelo juízo de admissibilidade enviará ao respectivo chefe de Escor/Nucor cópia da versão final do processo digitalizado, para disponibilização na subpasta PROCESSOS CONCLUÍDOS COM JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NEGATIVO.*

*Art. 5º Os presidentes de Comissão de Inquérito, os presidentes de Comissão de Sindicância Disciplinar e os demais servidores do Escor/Nucor, no âmbito de suas atividades, enviarão ao respectivo chefe de Escor/Nucor, para disponibilização na subpasta DOCUMENTOS EDITÁVEIS, a versão final, em*

*formato editável (.doc ou .odt), de cópia das seguintes peças: relatórios finais produzidos pelas Comissões de Inquérito e de Sindicância Disciplinar, pareceres de juízo de admissibilidade, pareceres de julgamento, pareceres de análise de recursos e informações relativas às atividades supervisionadas pela Diaco prestadas ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à Advocacia-Geral da União, à Controladoria-Geral da União e a outros órgãos externos à Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

#### **4.3.11.10 - Gerenciamento de Documentos em Processos Digitais Formalizados no Sistema e-Processo**

Nos processos digitais formalizados no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), não há a separação entre volumes e anexos e não há limite de quantidade dos documentos que integram o corpo processual. Em consequência, todos os documentos compõem um volume único de processo digital dotado de capacidade ilimitada, e sua inclusão (juntada) nos autos prescinde da formalidade de elaboração de termo de juntada. No ambiente da processualística digital, inclusão ou juntada de documentos são expressões sinônimas, aqui empregadas indistintamente.

Mas o sistema e-Processo reconhece e aceita duas diferentes espécies de documentos a serem juntados: os documentos encerrados em arquivos denominados pagináveis e os documentos encerrados em arquivos denominados não pagináveis (e que, doravante, serão chamados, respectiva e simplesmente, de documentos pagináveis e arquivos não pagináveis). Os primeiros recebem paginação numerada automaticamente à medida que são incluídos no processo digital e, em sintéticas palavras, abrangem os atos processuais propriamente ditos e que, em processos com suporte documental em papel, comporiam os volumes. De forma antagônica, os últimos não são automaticamente paginados e abrangem elementos das mais diversas naturezas (papéis e mídias, por exemplo) que comporiam os anexos físicos.

Cabe aqui uma ressalva acerca da inclusão de documentos e arquivos. Diante das duas espécies de elementos processuais acima descritas, o sistema e-Processo permite três diferentes combinações de juntadas em um mesmo ato: pode-se juntar apenas documentos pagináveis, pode-se juntar apenas arquivos não pagináveis e pode-se ainda juntar alguns documentos pagináveis e outros arquivos não pagináveis. À medida que documentos e arquivos são juntados no processo digital, o sistema automatiza a criação de um índice, ordenando tanto aqueles encerrados em arquivos pagináveis quanto aqueles encerrados em arquivos não pagináveis em uma única lista, de forma consecutiva.

A cada ato de inclusão, independentemente do(s) tipo(s) de elementos juntados, o sistema comporta que sejam incluídos arquivos que, no máximo, somem 150 MB (sem limitação quantitativa de arquivos). Esta limitação de tamanho pode levar a diferentes repercussões, dependendo do tipo de elemento a ser juntado. Para documentos pagináveis, pode-se ter de utilizar aplicativos específicos para fragmentar arquivos, antes de se iniciar o procedimento de inclusão, já que os resultados da fragmentação são individualmente juntados ao processo digital. E para arquivos não pagináveis, pode-se ter de utilizar aplicativos específicos, constantes de uma lista da *intranet* institucional, para manipular arquivos de dados de diversas naturezas (como de áudio, de vídeo ou de imagem, por exemplo), antes de se iniciar o procedimento de juntada, pois são as versões resultantes das manipulações que serão incluídas no processo digital.

Inicia-se, a seguir, a descrição do tratamento dispensado a documentos pagináveis e, ao final do presente tópico, faz-se análoga descrição para os arquivos não pagináveis.

Assim, quanto aos documentos pagináveis e elaborados para comporem o corpo processual principal, é de se dizer que, como regra geral, o sistema e-Processo não se presta a ser um editor de texto. Em outras palavras, a grande maioria dos termos e atos processuais

típicos de um processo disciplinar continuam sendo editados em aplicativos de editores de texto. Uma vez editados, posteriormente são convertidos em arquivos de extensão “*portable document format*” (pdf), a fim de serem juntados ao processo digital. E, dependendo do tipo de documento, esta geração do arquivo com extensão pdf pode se dar tanto submetendo o documento em papel a um procedimento manual de digitalização (escaneamento) quanto por meio de conversão eletrônica direta utilizando aplicativo de impressão virtual (o que fornece a vantagem de gerar um arquivo com extensão pdf do tipo texto pesquisável).

Convém mencionar que o próprio sistema e-Processo, quando do procedimento de juntada de documento paginável, possui funcionalidade que permite a conversão eletrônica de documentos editados em aplicativos de editores de texto para documentos de extensão pdf. Entretanto, a compatibilidade total do novo documento, ou seja, a manutenção das informações do documento original não é garantida quando do uso desta funcionalidade. Detalhadamente, dependendo das características do arquivo original, esta conversão do sistema e-Processo poderá gerar divergências na formatação ou até mesmo corromper o arquivo, especialmente quando o arquivo a ser convertido possuir macros originados por aplicações não corporativas, marcas d’água, múltiplas planilhas ou qualquer outra característica especial. Destarte, nessas hipóteses, recomenda-se que seja realizada a conversão desses documentos para documento com extensão pdf em ferramenta externa, previamente à sua juntada no sistema e-Processo. Ademais, em havendo a necessidade de se preservar as características especiais mencionadas, a juntada dos documentos poderá ter tratamento de arquivos não pagináveis, que serão adiante abordados.

A juntada definitiva de documentos pagináveis no processo digital passa por um sequenciado procedimento que, como regra geral, inicia-se com a inclusão do arquivo de extensão pdf no sistema e-Processo, avançando para sua classificação e para sua autenticação (estes três primeiros passos para todo e qualquer documento digital desta espécie a ser juntado, salvo as chamadas cópias simples, espécie documental para a qual não se pode fazer a autenticação e que se descreverá em passagem oportuna ao longo deste tópico) e ainda por sua assinatura digital (se for o caso, e a ser feita apenas pelo responsável ou por todos os integrantes da equipe, dependendo do tipo de documento).

Após se iniciar o procedimento marcando no sistema e-Processo a funcionalidade “Inclusão de Documentos” para inserir o documento no ambiente digital, na forma de arquivo paginável de extensão pdf, exige-se que o documento seja classificado e, para isto, o sistema ramifica classificações, subclassificações e tipos pré-definidos. Mas como o sistema foi originalmente elaborado para a processualística fiscal, apesar das contínuas evoluções e adequações experimentadas, os gêneros e as espécies documentais ainda não atendem completamente as especificidades do processo disciplinar. Com isto, de um lado, para alguns documentos muito específicos e de emprego residual, pode se fazer necessário ainda ter de se empregar definições de espécies residuais (“Outros”) para que o sistema ofereça o campo “Título”, onde o usuário pode definir detalhadamente o tipo de documento e seu nº. Não obstante, de outro lado, já há tipos documentais específicos que podem ser selecionados, a exemplos de “Denúncia”, “Ata”, “Portaria”, “Ofício”, “Memorando”, “Edital”, “Indiciação”, “Citação”, Parecer”, “Informação”, “Decisão/Julgamento”, “Despacho” e “Defesa”; e há ainda tipos documentais requeredores de maior detalhamento em seu título (como numeração, por exemplo), para os quais há os tipos “Notificação - Outros”, “Termos - Outros”, “Intimação - Outros”, “Relatório - Outros”, “Despacho - Outros” e “Representação - Outros”, para os quais se abre o já mencionado campo “Título”.

Convém interromper a descrição procedimental e informar que o gênero dos documentos pagináveis se divide nas espécies de documentos digitalizados e de documentos nato-digitais. E, basicamente, é a forma de sua assinatura pelo(s) signatário(s) que define esta natureza do documento (se aposta(s) de forma manuscrita em papel ou se realizada(s) de forma digital).

É chamado de digitalizado o documento feito à moda antiga, formalizado em meio físico, com suporte documental e impressão em papel, no qual se apõe(m) a(s) assinatura(s) manuscrita(s) do(s) subscritor(es), tais como a maioria dos termos e atos processuais, tais como atos de comunicação e termos de atos de instrução, laudos periciais ou quaisquer outros documentos em papel fornecidos ou no mínimo também assinados por agentes estranhos à comissão. Pode-se dizer que este tipo de documento concretamente já existe de forma completa após a aposição em papel de toda(s) a(s) assinatura(s) manuscrita(s) de seu(s) subscritor(es). Em síntese, o que define um documento digitalizado é a assinatura manuscrita.

E é chamado de nato-digital o documento cujo conteúdo é elaborado eletronicamente em um editor de texto e que é imediatamente convertido, por meio de recurso de impressão virtual, em arquivo de extensão pdf (ou ainda, embora não usual, que é impresso por meio do editor de texto para papel e que, sem que seu(s) subscritor(es) aponha(m) sua(s) assinatura(s) manuscrita(s), seja posteriormente digitalizado (escaneado) em arquivo de extensão pdf), tais como termos processuais da lavra exclusiva da comissão e que não requerem participação e assinatura de agentes estranhos, a exemplo de atas de deliberação, indicição e relatório. Pode-se dizer que este tipo de documento somente passará a existir de forma completa quando seu(s) subscritor(es) fizer(em) sua(s) assinatura(s) digital(is) no sistema e-Processo, decorrente de certificação digital de seu(s) *token(s)*. Em síntese, o que define um documento nato-digital é a assinatura digital feita no sistema, que pode ser verificada por meio de consulta à palavra-chave do documento ou por suas marcas d'água (marcas d'água são informações complementares aplicadas automaticamente pelo sistema no cabeçalho e no rodapé de um documento autuado, tais como numeração da folha e identificação de quem o autenticou, assinou e imprimiu, e que não existem no documento original, ou seja, não foram objeto de edição pelo usuário).

Esta definição dos documentos digitais cabíveis no espectro dos documentos voltados a comporem o volume processual principal, como arquivos pagináveis, repercute no prosseguimento da descrição instrumental pois a quantidade de passos restantes no procedimento de inclusão definitiva do documento no processo digital depende da forma pela qual foi elaborado.

Para qualquer dos tipos de documentos digitais pagináveis (seja digitalizado, seja nato-digital), após se ter então marcado a funcionalidade “Inclusão de Documentos” e classificado aquele arquivo de extensão pdf, o responsável deve fazer sua autenticação, por meio de certificação digital de seu *token*. A autenticação equivale ao “confere com o original” do processo físico, por meio da qual o responsável apõe a sua fé pública para declarar a igualdade entre o documento original em papel ou apenas digitado no editor de texto e o documento de extensão pdf incluído no processo digital. Antes disto, qualquer documento juntado ao processo digital na forma de arquivo de extensão pdf e classificado mas que ainda não tenha sido autenticado (ou confirmado, no caso da já mencionada cópia simples) fica no *status* de minuta, o que equivale a um rascunho visualizado apenas pelos integrantes da equipe (comissão).

Como o documento digitalizado (escaneado) já teve a(s) assinatura(s) manuscrita(s) do(s) seu(s) subscritor(es), bastam a inclusão do arquivo paginável de extensão pdf, a classificação e a autenticação realizada pelo responsável para encerrar sua juntada de forma definitiva no processo digital. A data do documento digitalizado no sistema e-Processo é a mesma da assinatura do documento físico, figurando a data da autenticação apenas como aquela em que se atestou sua autenticidade.

Já o documento nato-digital, que apenas teve seu conteúdo digitado no editor de texto sem assinatura(s) manuscrita(s), para ter sua juntada de forma definitiva no processo digital, deve ainda ser assinado digitalmente pelo responsável ou, se for o caso, por todos os integrantes da equipe (comissão), por meio de sua(s) assinatura(s) digital(is) decorrente(s) de certificação digital de seu(s) *token(s)*. Isto significa que, no caso de comissão, após o

responsável fazer sua assinatura digital, deve redistribuir o processo digital para outro integrante poder fazê-lo (o que faz alterar o responsável e cancelar eventuais habilitações por nº de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), conforme já aduzido em **2.4.3**.

Mas antes da autenticação e da(s) assinatura(s) digital(is) propriamente dita(s) do documento nato-digital, convém que se faça o procedimento facultativo prévio (não obrigatório) de definir a(s) assinatura(s) digital(is) do responsável ou dos integrantes da equipe no sistema e-Processo. A rigor, o sistema aceita a definição prévia de assinatura mesmo que somente um servidor venha a assinar o documento e assim se recomenda que seja feito. Definindo-se então previamente a assinatura ou todas as assinaturas digital(is) requerida(s) para a convalidação daquele documento específico, o sistema reconhece que o documento deve permanecer na condição de documento validado, como um documento ainda não definitivamente juntado e visualizável apenas pelos integrantes da comissão, enquanto não receber a assinatura ou todas as assinaturas digital(is) previamente definida(s). Esta rotina é de adoção recomendada sobretudo para documento requeredor de assinaturas de todos os integrantes, como se dá na maioria dos termos e atos processuais da comissão, pois se mostra útil para lembrar ao colegiado que, nestes casos frequentes, todos devem assinar os documentos, para evitar nulidade. Não obstante, a definição prévia de assinatura(s) deve ser feita a cada documento, já que, se fosse feita de forma global para todo o processo digital, aqueles documentos requeredores de apenas uma assinatura (tais como atos de comunicação) ficariam desnecessariamente pendentes como minutas ou como validados.

Portanto, no caso de documento nato-digitalizado, deve-se realizar a seguinte sequência de procedimentos: inclusão do arquivo paginável de extensão pdf, classificação, definição da(s) assinatura(s), autenticação e assinatura(s) digital(is). A data do documento nato-digital é a data da última assinatura necessária, quando for o caso, mesmo que o documento já tenha sido autenticado ou, em última análise, mesmo que a assinatura digital tenha sido registrada após o documento ter sido incluído definitivamente no processo digital - embora, conforme já aduzido, não seja recomendável deixar de definir previamente a(s) assinatura(s) necessária(s).

Embora os atos de comunicação dispensem assinatura de agentes estranhos à comissão, recomenda-se sua feitura como documento digitalizado, com assinatura manuscrita do seu subscritor (ou ainda por intermédio do Sistema Solução de Assinatura de Documentos Digitais - e-Assina RFB), não sendo aceitável fazê-lo como documento nato-digital porque o destinatário não terá como verificar a autenticidade da assinatura digital.

Mencione-se ainda a espécie documental também paginável e que o sistema e-Processo denomina de cópia simples (digitalização obtida de cópia xerográfica ou impressão em papel, executada por uma máquina fotocopadora ou digitalizadora, com o fim de substituir o documento original, mas desprovida de fé pública, ou seja, sem autenticação por cartório ou sequer por servidor competente). O tratamento a ser dado a uma cópia simples se diferencia da regra procedimental inclusão-autenticação-assinatura digital, não se fazendo autenticação, mas sim confirmação (quando o usuário responsável pela análise não tem competência para autenticar ou quando quem tem competência para fazê-lo não o faz por não estar de posse do documento original). Em outras palavras, a cópia simples excepciona e flexibiliza a presunção geral do sistema e-Processo de que as cópias de documentos, sendo apresentadas com o fim de serem juntadas aos autos acompanhadas dos respectivos originais, devem ser autenticadas por integrante da comissão. Não havendo possibilidade de acesso a estes documentos originais, a funcionalidade em apreço permite a juntada de documentos com o *status* de confirmado, oriundos de cópia simples, que não requerem autenticação.

Em consequência dos procedimentos acima, o sistema aceita diferentes *status* para os documentos pagináveis, em termos de já terem sido ou não definitivamente juntados ao processo digital:

- Minuta: documento digitalizado ou nato-digital juntado em sua extensão pdf mas que

ainda não foi autenticado pelo responsável. Também é tratada como minuta a cópia simples ainda não confirmada. As minutas são tratadas como rascunhos, aparecem no índice de documentos em azul claro e podem ser visualizadas apenas pelo responsável e pelos demais integrantes da equipe.

- **Autenticado:** documento digitalizado ou nato-digital juntado em sua extensão pdf e já autenticado pelo responsável. Os documentos autenticados existem formalmente no processo digital, recebem numeração de folhas, podem ser visualizados por todos usuários e aparecem no índice de documentos em azul escuro. Também se chama autenticado o documento nato-digital autenticado e assinado digitalmente sem que se tenha feito definição prévia de assinaturas (que não é obrigatória).
- **Validado:** documento nato-digitalizado juntado em sua extensão pdf e autenticado pelo responsável e para o qual foram definidas previamente assinaturas mas que ainda não foi assinado digitalmente por todos integrantes. Os documentos validados são tratados como documentos não definitivos, aparecem no índice de documentos em vermelho e podem ser visualizados apenas pelo responsável e pelos demais integrantes da equipe.
- **Convalidado:** documento nato-digitalizado juntado em sua extensão pdf, autenticado pelo responsável e para o qual foram definidas previamente assinaturas e que já foi assinado digitalmente por todos integrantes. Os documentos convalidados existem formalmente no processo digital, recebem numeração de folhas, podem ser visualizados por todos usuários e aparecem no índice de documentos em azul escuro.
- **Confirmado:** documento gerado e juntado automaticamente pelo sistema e-Processo (termo de desentranhamento, decorrente de exclusão de documento que estava definitivamente juntado, seja por decisão espontânea da própria comissão, em decorrência de percepção de que a manutenção da peça nos autos se faz dispensável, ou por provocação da defesa ou ainda por determinação judicial, e despacho de encaminhamento, possível de ser gerado em movimentação do processo digital); ou cópia simples, documento juntado por quem não pode efetuar autenticação no sistema (terceirizado e empregado do Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro) ou ainda por servidor competente detentor da prerrogativa para o “confere com o original”, mas que não pode fazê-lo por não estar com a posse do documento original ou de cópia xerográfica com autenticação de cartório ou de servidor público competente (enquanto não confirmada, a cópia simples fica como minuta). Os documentos confirmados aparecem no índice de documento em azul escuro.

Uma vez definitivamente juntados ao processo digital, por meio da autenticação e da convalidação ou da confirmação, os documentos digitalizados ou nato-digitais em azul escuro no índice somente podem ser excluídos com a apresentação de justificativa, que será registrada em termo de desentranhamento. Estes tipos de documentos, mesmo excluídos, continuam disponíveis no sistema e-Processo e consultáveis pelos usuários (não de forma direta no processo digital, mas sim por meio de uma funcionalidade de pesquisa a documentos). O sistema gera automaticamente um termo de desentranhamento, que não pode ser excluído do processo digital, e não renumera as folhas para suprimir a exclusão.

Os documentos que figuram no índice em azul claro ou vermelho (minutas e validados) ainda não foram definitivamente juntados no processo digital e podem ser excluídos sem gerar termo de desentranhamento.

Em outras palavras, pode-se sintetizar que o sistema e-Processo contempla duas espécies de juntada de documentos: provisória (para minuta e validado) e definitiva (para autenticado, convalidado e confirmado). Os documentos provisórios que forem excluídos do processo digital deixam de existir no sistema, sem nenhum registro de seu histórico. Já os documentos juntados em definitivo recebem numeração de folha contínua, sequencial e permanente, não sendo possível, portanto, renumeração de folhas, nem mesmo após a sua

exclusão, em que os nº de folhas originais não são reatribuídos a outros documentos subsequentes, causando uma excepcional situação de descontinuidade da paginação.

Conforme introduzido, agora complementando o presente tópico com os arquivos não pagináveis, é de se dizer que, como o sistema e-Processo formaliza os processos digitais em um único volume composto de arquivos de extensão pdf, disponibiliza-se uma funcionalidade que permite autuar elementos processuais em outras extensões ou que não se quer que faça parte do corpo processual. Assim, suprem-se as eventuais necessidades de autuar arquivos de áudio, de vídeo, de imagem e planilhas, por exemplo, ou de autuar conjuntos de documentos que, embora relevantes, não justificam ser inseridos em meio à sequência de atos processuais encartados no volume. Em outras palavras, pode-se dizer que esta funcionalidade em tela reproduz, nos processos digitais, a possibilidade, facilmente contornável, de autuar mídias ou grandes quantidades de documentos em papel em anexos em processos físicos, conforme já exposto em **4.3.11.5**.

O sistema denomina este tipo de elemento de arquivo não paginável e exige como condição de sua juntada que esteja compactado, em extensões zip ou rar. Daí, atendida esta condição, deve-se realizar a simples sequência de procedimentos: inclusão do arquivo não paginável compactado e classificação, sendo que, neste caso específico de inclusão, todos os três níveis (classificação, subclassificação e tipo) devem ser selecionados como arquivo não paginável, para que, por fim, o sistema abra o campo “Título”, onde o usuário pode descrever detalhadamente o conteúdo do arquivo.

Duas ressalvas são necessárias quando se emprega um arquivo não paginável para autuar um conjunto de diversos documentos que devem ficar apartados do volume processual (como os anexos do processo físico). Mesmo estando estes documentos já digitalizados (escaneados) para um arquivo único de extensão pdf, ainda assim é necessário convertê-lo para extensão zip ou rar, pois, diferentemente da juntada de documentos no corpo do processo em arquivos pagináveis, que sempre requer extensão pdf, a juntada de arquivo não paginável somente pode ser feita, em qualquer caso, com arquivo compactado. Ademais, como a própria denominação deste tipo de arquivo sugere, convém que as folhas dos documentos sejam numeradas manualmente antes de serem digitalizadas e inseridas no processo digital, pois, do contrário, remissões a folhas do arquivo juntado ficarão sem sentido, já que não são numeradas automaticamente.

Também convém juntar como arquivo não paginável (o que impõe que seja compactado) o documento cuja versão original já possa ter sido incluída como documento paginável em outro processo ou dossiê digital e da qual se quer que sejam preservadas as marcas d'água, que, conforme já exposto linhas acima, são informações complementares, geradas automaticamente pelo sistema e-Processo, tais como a numeração da folha e a identificação de quem o autenticou, assinou e imprimiu. A juntada, como arquivo não paginável, daquele documento com tal peculiaridade acerca do seu conteúdo a ser mantido sob visualização no segundo processo digital faz-se interessante porque, caso fosse novamente juntado como documento paginável, ao ser autenticado ou confirmado, automaticamente o sistema sobreporia as marcas d'água da nova versão sobre as anteriores, o que prejudicaria a compreensão daquelas informações complementares que se queria que restassem preservadas e consultáveis.

De forma similar, também convém juntar como arquivo não paginável (e, portanto, compactado) duas espécies de arquivo com extensão pdf que são editadas em aplicativos próprios para manipulação destes arquivos, que são os chamados “arquivo pdf com assinatura encapsulada” e “arquivo pdf com arquivos encapsulados”. Antes de descrever a forma de suas juntadas em processo digital, necessário se faz informar o que são estas duas espécies de arquivos. A expressão “arquivo pdf com assinatura encapsulada” refere-se ao arquivo com extensão pdf já editado no aplicativo gerador, no qual o(s) subscritor(es) utiliza(m) recurso de assinatura digital; ou seja, o arquivo já traz consigo, desde sua edição, a informação extra de

conter a(s) assinatura(s) digital(is). Já a expressão “arquivo pdf com arquivo encapsulado” refere-se a arquivo composto de um arquivo propriamente dito com extensão pdf e que traz outro(s) arquivo(s) vinculado(s), com algumas extensões comportáveis pelo aplicativo gerador (tais como extensões de áudio ou de vídeo ou de imagem, a exemplo de um documento processual qualquer que tenha anexados arquivos de imagem com as impressões digitais de seus subscritores). Reitere-se que, no estágio de desenvolvimento atual, o sistema e-Processo não gera estas duas espécies de arquivos de extensão pdf, sendo sempre provenientes de origem externa, não obstante até poder aceitar suas juntadas em processo digital. Mas, para que se mantenha todo seu conteúdo sob visualização no processo digital, suas juntadas devem ser feitas de acordo com as condições que por ora ainda se impõem e que a seguir se descrevem.

O “arquivo pdf com assinatura encapsulada” até poderia ser juntado em processo digital como documento paginável; todavia, ao ser autenticado ou validado, o sistema e-Processo não preservaria como disponíveis para visualização a(s) informação(ões) extra(s) da(s) sua(s) assinatura(s) digital(is) apostas no aplicativo gerador. Caso se queira manter consultável, após a juntada, aquele conteúdo que se encontrava encapsulado no arquivo original, deve-se optar por sua juntada como arquivo não paginável, pois assim o sistema preserva a(s) informação(ões) extra(s) nele contida(s) da(s) assinatura(s) digital(is) e possibilita sua(s) confirmação(ões). Já o “arquivo pdf com arquivo encapsulado” não é aceito de forma alguma no sistema e-Processo como documento paginável, podendo ser juntado ao processo digital apenas como arquivo não paginável e, assim, o sistema preserva consultáveis na íntegra não só o arquivo original como também o(s) outro(s) arquivo(s) vinculado(s).

Conforme já abordado linhas acima, repise-se que em havendo a necessidade de preservar as demais características especiais de quaisquer documentos, como, por exemplo, as macros e as funções de documentos textos ou planilhas eletrônicas, a sua juntada deverá ser processada como arquivos não pagináveis, na medida em que a sua conversão para documento de extensão pdf irá comprometer as informações do documento origem.

O acusado ativo (e não licenciado ou afastado) pode formalizar no sistema e-Processo solicitação de juntada de documento (SJD), autenticado ou confirmado, oriundo de cópia simples que não requer autenticação, ou ainda de arquivo não paginável.

Informe-se ainda que, além das já mencionadas cores dos documentos encerrados em arquivos pagináveis no índice de documentos, o sistema e-Processo fornece outras indicações por cor na tela da caixa de trabalho e no índice do processo digital, com o fim de alertar o usuário acerca de alguma pendência:

- Indicador laranja: solicitação de juntada pendente de análise;
- Indicador verde: documento pendente de autenticação ou assinatura;
- Indicador amarelo: pendência de ciência;
- Indicador azul: pendência de manifestação da ciência;
- Indicador vermelho: pendência de cadastro no sistema Sief (não obrigatório para processos disciplinares).

Quanto à destinação de documentos físicos produzidos no curso do processo digital, cabem alguns desdobramentos em razão da origem.

Os documentos produzidos exclusivamente pela comissão, pela Corregedoria (Coger), pelos Escritórios de Corregedoria (Escor), por qualquer unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) ou pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), sem assinatura do acusado, residem na regra geral da juntada como documento paginável, qual seja, devem ser convertidos para arquivo de extensão pdf, seja por procedimento de digitalização (escaneamento), seja por meio de conversão eletrônica direta de impressão

digital, podendo ser descartadas suas respectivas matrizes físicas com suporte documental em papel após a inclusão no processo digital, conforme se extrai do § 2º do art. 3º da Ordem de Serviço Coger nº 1, de 3 de junho de 2015.

De outro giro, no caso de documentos produzidos pela comissão, pela Coger, pelos Escor, por qualquer unidade da RFB ou pela PGFN e que possuam assinatura do acusado e também os documentos produzidos exclusivamente por terceiros, após os documentos pagináveis de extensão pdf serem incluídos no processo digital, as matrizes físicas de suporte documental em papel devem ser arquivadas fisicamente em dossiê no Escor, até a remessa definitiva do processo digital para arquivo.

Já no caso de qualquer tipo de documento apresentado pela defesa (desde provas documentais, passando por petições e provocações, até a peça de defesa escrita - mas ressalvando-se aqueles que tenham sido levados aos autos por meio de SJD para a hipótese específica de acusado ativo e não licenciado ou afastado), após os documentos pagináveis de extensão pdf serem incluídos no processo digital, as matrizes físicas devem ser devolvidas ao autor, se for possível, mediante coleta de termo de recebimento de documento, a ser também autuado no processo digital. Se a devolução não for possível, as matrizes físicas devem se juntar ao mesmo dossiê arquivado no Escor, mencionado acima, até o fim da tramitação do processo digital.

Ao final de cada ano, os dossiês de documentos físicos referentes a processos digitais definitivamente arquivados no curso daquele período devem ser juntados em um único processo com suporte documental em papel, a ser remetido ao Arquivo Geral da Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda (Samf).

A rigor, percebe-se que esta procedimentalização manualizada pela Coger difere da positivação do *caput* e do § 1º do art. 3º da Ordem de Serviço Coger nº 1, de 2015, que determinaria que o arquivamento das matrizes físicas no Escor se prolongasse até o fim do prazo de prescrição da pretensão de discussão judicial acerca da autenticidade dos documentos.

*Ordem de Serviço Coger nº 1, de 2015 - Art. 3º Os documentos produzidos pela Comissão ou pela defesa nos quais conste a assinatura do acusado deverão, após sua digitalização, ser arquivados fisicamente no Escritório até que ocorra a prescrição da pretensão de discussão judicial de autenticidade.*

*§ 1º O procedimento previsto no caput deverá ser adotado para documentos produzidos por terceiros.*

*§ 2º Não se enquadram na categoria de documentos produzidos por terceiros aqueles oriundos da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou de qualquer unidade da Receita Federal do Brasil.*

Por fim, quanto ao arquivamento definitivo, informe-se que o sistema e-Processo reserva um espaço virtual, denominado Arquivo Único, para o qual podem ser movimentados os processos digitais ao fim de sua tramitação. A rigor, o Arquivo Único é uma equipe, já que processos digitais somente podem ser movimentados para equipes. Mas trata-se de uma equipe peculiar, que não possui usuários integrantes e, conseqüentemente, para a qual um processo sigiloso pode ser movimentado sem atribuição de responsável. E é de se reconhecer que o sistema e-Processo contempla perfis, não exclusivos de usuários da corregedoria, que dão poder ao usuário de desarquivar qualquer processo digital encaminhado ao Arquivo Único (mais, especificamente, os perfis “Epro-Arquivo” e “Epro-Processo Sigiloso”).

Conforme se detalhará em **4.10.6.8**, se, de um lado, é certo que a cláusula de sigilo imposta pelo *caput* do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ao processo disciplinar é afastada com o seu julgamento e com sua remessa definitiva para arquivo, à luz do § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, de outro lado, também não se discute que o art. 22 da mesma Lei excepciona a publicidade dos dados protegidos por cláusulas específicas de sigilo de outras naturezas, tais como o sigilo fiscal, o sigilo bancário,

o sigilo profissional (em que se inclui a documentação de perícia médica), o sigilo telefônico e demais dados relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem e o segredo de justiça.

*Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 7º*

*§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.*

*Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.*

Portanto, os processos disciplinares em meio digital que contenham dados protegidos por sigilo bancário, profissional, telefônico e relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem e sob segredo de justiça não devem ser movimentados para o Arquivo Único do sistema e-Processo, devendo ser arquivados na equipe Arqui de cada Escor ou da Coger. Percebe-se que a mera existência de documentos com dados protegidos por sigilo fiscal, não oponível no âmbito da RFB, não impede a movimentação do processo digital para o Arquivo Único do sistema, mantidas as marcações de sigilo previamente estabelecidas para usuários internos e externos.

## 4.3.12 - Fornecimento de Cópia e de Vista do Processo

### 4.3.12.1 - Quem Tem Direito

Desde que para uso na defesa de direitos ou no esclarecimento de situações pessoais, a os incisos XXXIII e XXXIX do art. 5º da Constituição Federal (CF) garantem ao administrado receber informações de interesse particular que estejam em poder de órgão público. Infraconstitucionalmente, a Lei nº 9.051, de 18 de maio de 1995, já em seu art. 2º, regulamentou este direito para terceiro, não diretamente envolvido no processo, condicionando a concessão à demonstração da motivação do pedido, ou seja, exigindo que se comprove a existência de interesse jurídico legítimo e justificável. Na esteira, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, no inciso II do seu art. 3º e no seu art. 46, garante aos interessados, no processo administrativo *lato sensu*, a ciência da tramitação do processo bem como vista e obtenção de cópia (ou certidão) dos autos.

*CF - Art. 5º*

*XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;*

*XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;*
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;*

*LXXII - conceder-se-á habeas data:*

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;*

*Lei nº 9.051, de 2005 - Art. 2º Nos requerimentos que objetivam a obtenção das certidões a que se refere esta Lei, deverão os interessados fazer constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido.*

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:*

*II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;*

*Art. 46. Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.*

Todavia, no processo disciplinar (não obstante vigorar, como em toda a Administração Pública federal, o princípio da publicidade), diante da peculiaridade da matéria, esta publicidade deve ser vista com reserva, conforme já aduzido em **3.3.1.7** e à luz do art. 150 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Nesta instância específica, em que a ampla publicidade pode ser prejudicial ao interesse público (no que concerne bom andamento das investigações) e privado (em referência à honra e à privacidade do servidor), aquelas garantias acima se manifestam no fato de que, somente ao acusado ou a seu procurador devidamente qualificado, são asseguradas obtenção de uma cópia integral do processo (a cópia extraída do processo supre a previsão constitucional de fornecer certidão) e vista dos autos.

É de se destacar que o processo disciplinar é público mas não na abrangência generalística do termo. A publicidade aqui é estrita, no sentido de não transcorrer de forma sigilosa e escusa contra quem tem efetivo interesse. Somente a quem o processo deva interessar é garantido livre acesso aos autos.

Em consequência, como regra geral, o representante ou denunciante não tem direito de acesso aos autos, de cópia ou de vista do processo, conforme já se abordou em **2.5.6.2.3**. O mesmo se aplica a representante sindical e terceiros em geral, sem o devido mandato. Excepcionalmente, tais pessoas, caso requeiram, poderão receber, da autoridade instauradora, informações estritamente necessárias à satisfação de sua necessidade, ao final do processo, se comprovarem a motivação para a solicitação (a existência de interesse jurídico legítimo e justificável, não bastando para tal interesse coletivo), conforme leitura extensiva do art. 2º da Lei nº 9.051, de 1995. Por óbvio, nem sequer em via excepcional se contempla a concessão administrativa de qualquer forma de acesso a dados protegidos por cláusulas específicas de sigilo requeredoras de autorização judicial, tais como sigilos fiscal, bancário e telefônico.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/11.

#### **4.3.12.2 - Cópia dos Autos: Quando Fornecer e Cobrança**

Quanto à cópia dos autos, os mesmos dispositivos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, citados no tópico acima - a saber, o inciso II do seu art. 3º e o seu art. 46 - garantem ao acusado o direito de obtenção, mas não lhe asseguram gratuidade. Tanto é verdade que o *caput* do art. 12 da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, autoriza a cobrança do valor referente ao custo material das cópias fornecidas, de forma que a Administração não incorreria em ilegalidade se exigisse o prévio recolhimento deste valor, em documento de arrecadação federal (Darf).

*Lei nº 12.527, de 2011 - Art. 12. O serviço de busca e fornecimento da informação é gratuito, salvo nas hipóteses de reprodução de documentos pelo órgão ou entidade pública consultada, situação em que poderá ser cobrado exclusivamente o valor necessário ao ressarcimento do custo dos serviços e dos materiais utilizados.*

*“Em relação à extração de cópias, exceto a gratuidade assegurada pela Constituição para obtenção de certidões, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (alínea “b” do inc. XXXIV do art. 5º), a Administração poderá cobrar os custos efetivos da reprodução, considerando o interesse do particular na reprodução, a exemplo do que autoriza o § 5º do art. 32 da Lei nº 8.666/93, de licitações e contratos*

*administrativos. O fornecimento de cópias reprográficas não deve constituir meio de obtenção de receita para a Administração, mas simplesmente remunerar seus custos, sob pena de caracterizar abuso ou cerceamento do direito de defesa.” Lais Maria de Rezende Ponchio Casagrande, “Dos Direitos e Deveres dos Administrados”, in Lúcia Valle Figueiredo (Coordenadora) e outros, “Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo”, pg. 55, Editora Fórum, 1ª edição, 2004*

Esse tema, com o emprego cada vez mais difundido dos recursos tecnológicos de informática, merece uma visão atualizada, pois, até recentemente, a expressão “cópia dos autos” se referia exclusivamente à cópia reprográfica, em papel, enquanto atualmente pode também encampar cópia digitalizada (escaneada) em mídia eletrônica. Assim, ao se referir a “cópia dos autos”, não necessariamente hoje se limita à cópia reprográfica.

Não obstante esta parcial modernização do abordagem, ressalve-se que, de início, a maior parte do que se expõe no presente tópico refere-se precipuamente ao processo físico, com suporte documental em papel, sem prejuízo de alguns detalhes também se aplicarem ao processo digital, com suporte documental em meio digital, formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo).

A normatização interna, por meio da Portaria Coger nº 62, de 4 de julho de 2008, à luz de seus arts. 1º a 3º e 5º, considera que o fornecimento de uma primeira cópia, caso seja possível na prática e esteja de acordo com as limitações concretas da unidade, seja gratuito, como forma de homenagear a ampla defesa. E, além disto, esta norma infralegal dispõe ainda que este fornecimento de cópia dos autos, na conveniência da Administração (não cabe a escolha ao servidor), deve, preferencialmente, se dar por via digital. A digitalização dos autos do processo, ou seja, a transformação dos documentos em arquivo eletrônico e a sua gravação em alguma mídia, labora a favor da agilização e da economia de recursos, vez que o dispêndio de tempo se dá uma única e definitiva vez e, partir daí, se tem a facilidade de se gerar quantas cópias se necessitar (inclusive cópias em papel).

*Portaria Coger nº 62, de 04/07/08 - Art. 1º Disciplinar, no âmbito da Corregedoria-Geral, Escritórios de Corregedoria e Comissões de Inquérito e na forma a seguir, o ressarcimento do custo correspondente às despesas incorridas na reprodução de Processo Administrativo Disciplinar.*

*Art. 2º O fornecimento de uma cópia do Processo Administrativo Disciplinar dar-se-á sem ônus para os acusados.*

*Art. 3º O fornecimento de cópia do Processo Administrativo Disciplinar dar-se-á preferencialmente por meio digital.*

*Art. 5º O requerimento e o recebimento de cópias somente poderão ser efetivados pelo acusado ou por seu representante legal.*

Assim, convém que se forneça ao acusado uma cópia dos autos no momento da notificação inicial para acompanhar o processo, a ser complementada juntamente com a citação para apresentar defesa escrita, sem prejuízo de acatar pedidos de cópia de outras folhas, formulados no curso do processo, seja pelo próprio acusado, seja por seu procurador. Importante destacar a necessidade de a comissão sempre coletar recibo por parte do servidor ou parte do procurador, especificando as folhas fornecidas e a via empregada (digital ou, excepcionalmente, reprográfica), em duas vias, uma para o interessado ou procurador e outra, assinada e datada, para o processo. Os pedidos e fornecimento de cópia dos autos somente podem ser efetivados pelo acusado ou por seu procurador.

Nos momentos em que, espontaneamente, a comissão oferecer cópia dos autos à defesa, basta que o faça a um dos dois agentes legalmente autorizados a recebê-las, a saber, ou ao acusado ou a seu procurador, sendo dispensável que, a cada entrega de cópia dos autos, a comissão se considere obrigada a fazê-lo para ambos.

Se, excepcionalmente, não for viável a entrega de cópia digitalizada, devendo ser fornecida cópia reprográfica, esta cópia deve ser feita por integrante da comissão, dentro da

repartição. Jamais se deve entregar os autos originais ao acusado ou a seu procurador ou a qualquer outra pessoa estranha e, caso não seja possível à própria comissão providenciar a cópia reprográfica na repartição, sua feitura deve se dar sob acompanhamento de algum integrante da comissão.

Ainda na hipótese de fornecimento de cópia reprográfica, em princípio, dispensa-se a sua autenticação, conforme autorizam o § 3º do art. 22 da Lei nº 9.784, de 1999, e o *caput* e o § 1º do art. 10 do Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017. Caso o interessado solicite, atende-se o pedido com um dos próprios integrantes ou secretário apondo o carimbo “Confere com elementos dos autos” (mais conveniente do que “Confere com o original”, já que nem sempre o original consta dos autos).

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 22.*

*§ 3º A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo.*

*Decreto nº 9.094, de 2017 - Art. 10. A apresentação de documentos por usuários dos serviços públicos poderá ser feita por meio de cópia autenticada, dispensada nova conferência com o documento original.*

*§ 1º A autenticação de cópia de documentos poderá ser feita, por meio de cotejo da cópia com o documento original, pelo servidor público a quem o documento deva ser apresentado.*

Por fim, o pedido de mais uma cópia reprográfica dos autos, por parte do acusado ou de seu procurador, além da cópia comprovadamente já fornecida em atendimento à garantia de defesa, pode sujeitar-se à cobrança, com amparo na Instrução Normativa SRF nº 69, de 4 de maio de 1987, em especial em seus arts. 1º e 6º. Em atendimento a esta Instrução Normativa SRF, as Superintendências Regionais da Receita Federal do Brasil (SRRF) editaram normas próprias estabelecendo faixas de preços de cópias reprográficas. E, de forma mais específica para a matéria de interesse, a Corregedoria (Coger) disciplinou a questão, por meio da já mencionada Portaria Coger nº 62, de 2008, regulamentando a cobrança de pedidos adicionais de cópias reprográficas.

*Instrução Normativa SRF nº 69, de 1987 - I - As pessoas físicas e jurídicas que solicitarem cópias de documentos à Secretaria da Receita Federal, aos Conselhos de Contribuintes e à Câmara Superior de Recursos Fiscais estarão sujeitas ao recolhimento prévio, através de Darf, de uma contribuição para ressarcir as despesas incorridas com o atendimento e que será levada a crédito da conta do Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - Fundaf.*

*II - O valor a ser pago pelo solicitante será calculado pela repartição encarregada de fornecer a informação, com base nos seguintes elementos:*

- a) de uma taxa mínima, na qual deverá ser computado, pelo menos, o custo do processamento do Darf pelo Serpro;*
- b) dos custos adicionais, de conformidade com as despesas necessárias ao fornecimento da informação.*

*Portaria Coger nº 62, de 04/07/08 - Art. 4º Os pedidos de cópias adicionais, em papel, do Processo Administrativo Disciplinar serão atendidos em observância ao seguinte:*

*I - cópias de até 19 (dezenove) folhas serão fornecidas sem ônus para o requerente;*

*II - a partir de 20 (vinte) folhas estará o fornecimento condicionado ao recolhimento prévio da importância de R\$ 10,00 (dez reais), acrescida de R\$ 0,50 (cinquenta centavos) por folha reproduzida que exceder a 20 unidades.*

*Art. 6º O valor de que trata o inciso II do art. 4º será previamente recolhido nos bancos pertencentes à rede arrecadadora, a crédito do FUNDAF - Fundo de Aperfeiçoamento e de Desenvolvimento das Atividades de Fiscalização, por meio de DARF, utilizando-se o código de receita 3292.*

Sendo assim, independentemente da via que se demonstra realizável na unidade onde

transcorre o processo, é recomendável que a comissão trabalhe com cópias atualizadas dos autos, tanto para atender eventual pedido da parte quanto para ser entregue, juntamente com o relatório, à autoridade instauradora, a fim de integrar arquivo da unidade (Escritório de Corregedoria - Escor ou Coger), até ciência do julgamento ou da decisão de eventual pedido de reconsideração ou recurso.

Havendo dados protegidos por cláusulas especiais de sigilo referentes aos próprios acusados ou a terceiros (contribuintes, de forma geral, envolvidos com os fatos sob apuração), sobretudo de sigilos fiscal e bancário, sem prejuízo também de merecerem atenção especial os dados protegidos por sigilos profissional de forma geral e em especial médico-pericial, de comunicações, telefônico ou de qualquer forma relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem, não há como negar cópia integral dos autos a todos os coacusados no mesmo processo, conforme já exposto em **4.3.4.1** e em **4.3.11.5** - não obstante poder a comissão adotar a praxe de autuá-los em anexos individuais, apenas com o fim de melhor controlar o acesso a informações sensíveis.

Sem prejuízo da concessão de cópia impressa dos autos, seja de forma espontânea pela comissão, seja a pedido da defesa, com a lavratura do devido termo de entrega de cópia, na peculiaridade decorrente da já mencionada adoção do processo digital pelo sistema correcional, informe-se que quando o acusado na ativa (e não licenciado ou afastado) utiliza a funcionalidade “Obter cópia do processo ou documento” do sistema e-Processo, este gera um arquivo de extensão “*portable document format*” (pdf), com toda sequência de documentos que compõem os autos (e, de forma alternativa, havendo arquivos não pagináveis, é possível obter, além do arquivo com extensão pdf, uma pasta compactada com os demais arquivos do processo digital), que pode ser salvo ou impresso.

Importante reiterar que o emprego do processo digital não tem o condão de obrigar o acusado a ler os autos apenas em meio digital ou de imprimi-los à sua conta, sendo pertinente manter a praxe de conceder cópia atualizada para a defesa, registrada em termo.

Ademais, todo *log* de visualização, obtenção de cópia ou extração de impressão de um processo digital fica registrado no sistema e-Processo e há um perfil gerencial que resgata os usuários que o fizeram, mas sem identificar as folhas ou documentos visualizados, copiados ou impressos.

#### **4.3.12.3 - Vista dos Autos**

Iniciando a abordagem para o processo físico, com suporte documental em papel, quanto à vista dos autos, deve ser fornecida sempre que o acusado solicitar, exclusivamente na sede da comissão, dentro do horário de atendimento, assinalado na notificação inicial para acompanhar como acusado, conforme abordado em **4.3.4.1**. Além da cautela de os autos originais jamais saírem do local de instalação da comissão, conforme se detalhará **4.8.1.1**, também se deve cuidar de manter pelo menos um integrante ou secretário da comissão ao longo de toda a consulta e de registrar a concessão do direito, por meio de termo próprio de concessão de vista (extraído em duas vias, uma para o interessado e outra, assinada e datada, para o processo).

Em função deste direito do acusado, não convém que, em um determinado momento dentro do horário deliberado como de atendimento por parte da comissão, todos os integrantes estejam ausentes da sala onde se encontra instalado o colegiado (salvo, obviamente, diligências ou qualquer outro ato processual que exijam o deslocamento da comissão).

Ao contrário, caso a comissão seja demandada pela defesa com o fim de ter vista dos autos fora do horário estipulado e notificado como de atendimento, convém, se operacionalmente for possível, mitigar o formalismo e, em máximo respeito ao princípio da ampla defesa, atender ao pedido da parte.

Havendo dados protegidos por cláusulas especiais de sigilo referentes aos próprios acusados ou a terceiros (contribuintes, de forma geral, envolvidos com os fatos sob apuração), sobretudo de sigilos fiscal e bancário, sem prejuízo também de merecerem atenção especial os dados protegidos por sigilos profissional de forma geral e em especial médico-pericial, de comunicações, telefônico ou de qualquer forma relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem, não há como obstaculizar o acesso integral aos autos a todos os coacusados no mesmo processo, conforme já exposto em **4.3.4.1** e em **4.3.11.5** - não obstante poder a comissão adotar a praxe de autuá-los em anexos individuais, apenas com o fim de melhor controlar o acesso a informações sensíveis.

Com o advento do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), não faz sentido a comissão manter cópia impressa e encadernada dos autos e restou possível ao acusado na ativa (e não licenciado ou afastado) consultar a qualquer tempo o processo em formato digital, praticamente tornando sem sentido a concessão de vista dos autos na sala da comissão. Não obstante, nada impede que se conceda vista dos autos a acusado não habilitado (acusado ativo afastado ou licenciado ou inativo ou ex-servidor) ou até mesmo, de forma muito eventual, a acusado habilitado (e não licenciado ou afastado), embora este tenha acesso aos autos a qualquer tempo, que porventura queira consultá-los por meio de estação de trabalho de integrante da comissão, redigindo, nestes caso, o termo de concessão de vista.

Acrescente-se ainda a peculiaridade do processo digital de que a habilitação do acusado para acessar os autos, em reflexo da máxima amplitude de defesa, deve ser mantida não apenas no curso da fase de inquérito administrativo, até a entrega do relatório da comissão, mas também ao longo da fase de julgamento. No curso das consequentes movimentações do processo digital, os respectivos responsáveis, seja no âmbito do Escor, seja eventualmente no âmbito da Coger (nos casos de julgamento de alçada ministerial), devem cuidar de manter o acusado habilitado por meio de seu nº de inscrição no CPF.

## **4.4 - 2ª FASE: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - ATOS DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA**

### **4.4.1 - Aspectos Introdutórios**

Após os atos iniciais a cargo da comissão, a segunda fase do processo disciplinar, chamada inquérito administrativo, conforme elenca o inciso II do art. 151 e define o art. 155, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, prossegue com a instrução probatória.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:*

*I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;*

*II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;*

*III - julgamento.*

*Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.*

Atos de instrução probatória são aqueles em que se buscam as provas para amparar a formação da convicção por parte da comissão e da autoridade julgadora. Portanto, são o cerne do processo e devem ser merecedores de grande atenção e empenho por parte do colegiado, que se refletem, por exemplo, na necessidade de estar presente o trio completo no momento de realização do ato (não se cogita de feitura de ato formador de convicção com membro ausente). Advirta-se, de imediato, que a lista apresentada no art. 155 da Lei nº 8.112, de 1990, é meramente exemplificativa, sem o condão de exaurir as hipóteses de emprego de atos de instrução. Podem decorrer tanto de iniciativa da própria comissão, cumprindo seu dever de

ofício de apurar, quanto de pedido do acusado, exercendo seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Diante da relevância e da vastidão do tema, convém apresentar breve conceituação sobre teoria da prova antes de se adentrar nas peculiaridades dos atos de instrução probatória da instância processual disciplinar.

#### **4.4.1.1 - Conceitos Elementares de Teoria da Prova: Meios de Prova, Índícios e Presunções**

Provas são todos os meios através dos quais se demonstra a ocorrência ou a inoocorrência de determinado fato cumulativamente controverso, relevante e pertinente para a elucidação fática. Uma vez que, juridicamente, fato é um conceito abrangente - que abarca os acontecimentos que envolvem pessoas, objetos e lugares, ou seja, que pode se referir a praticamente todo o universo do mundo concreto - tem-se que o objeto de prova são os fatos que exigem comprovação, reiterando-se que apenas os fatos que suscitam controvérsia e ao mesmo tempo que se mostram relevantes à questão e possíveis de serem determinados requerem comprovação, dispensando-se, além dos fatos notórios, dos reconhecidos, dos incontrovertidos e dos presumidos em lei (conforme estabelecem expressamente os incisos I a IV do art. 374 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), também os fatos tidos como impertinentes, irrelevantes, axiomáticos, impossíveis e as ficções jurídicas construídas pela própria lei. Ressalve-se, para interesse de instância punitiva pública, que o inciso II do art. 156 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) preserva a autonomia do julgador, caso lhe reste dúvida, para diligenciar acerca de fatos até tidos como incontrovertidos entre as partes, mitigando a aplicação dos incisos II e III do art. 334 do CPC.

*CPC - Art. 374. Não dependem de prova os fatos:*

*I - notórios;*

*II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;*

*III - admitidos no processo como incontrovertidos;*

*IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.*

*CPP - Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*

*II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008)*

Uma vez que o objetivo da prova é firmar a convicção do julgador, tem-se um inequívoco aspecto subjetivo nesta construção intelectual, em que a autoridade a quem se dirige a prova pode evoluir desde o estado de ignorância acerca do fato, avançando para a dúvida, progredindo para a certeza e, por fim, culminando no convencimento. Vigora no ordenamento pátrio o sistema da persuasão racional das provas, consagrado no *caput* do art. 155 do CPP e no art. 371 do CPC, que permite ao julgador a livre valoração das provas, porém longe da sua livre convicção pessoal e dissociada dos elementos dos autos, pois deve fazê-lo delimitadamente ao que consta do processo e sob molde da motivação e dos fundamentos de sua decisão, conforme já mencionado em **3.3.3.1**.

*CPP - Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)*

*CPC - Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento*

Em instância administrativa, busca-se o convencimento por meio da verdade material, não se limitando a Administração à verdade formal dos elementos originalmente autuados, e, para tal, dispõe o julgador da liberdade e da elasticidade na atividade de instrução probatória, podendo-se valer de todos os meios hábeis de prova para fixá-los, materializá-los como elementos válidos no processo a fim de fornecer convencimento ao destinatário.

A rigor, as provas podem ser transportadas do mundo real para o processo através dos meios da reconstrução histórica (sob a forma de provas orais, por exemplo), da representação (sob a forma documental, por exemplo) ou ainda da reprodução objetiva (sob as diversas formas materiais, como pericial, por exemplo), sendo necessário diferenciar o meio de prova (o instrumento com que se leva o fato para os autos) da forma da prova (que é maneira como a prova se apresenta, tais como oral - ou pessoal -, documental e pericial). Diante da sutileza da diferenciação destes dois conceitos, que requer um grau de aprofundamento desnecessário ao objetivo deste texto, permite-se a liberalidade simplificadora de se usar indistintamente o termo “meio” com o fim de abranger também o conceito de “forma”.

Neste rumo, tem-se que, dentre as diversas classificações que a doutrina estabelece para a matéria probatória, pode-se dividir as provas em típicas, que são aquelas reguladas expressamente na lei processual (por exemplo, o testemunho, o interrogatório, a acareação, a diligência, a perícia, o documento, a presunção, conforme se somam os arts. 151 a 159 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, os arts. 155 a 250 do CPP e os arts. 369 a 484 do CPC e ainda o art. 212 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC) e em atípicas, que, residualmente, são as provas cujos meios de obtenção não estão regulados ou mencionados em lei, mas que nem por isto são vedadas e que gozam de presunção da validade no art. 369 do CPC e também de forma implícita no parágrafo único do art. 155 do CPP (figurando como exemplo a prova emprestada). Daí, exemplos de provas de ambas as espécies podem ser válidos, a despeito de inexistência de expressa previsão legal para as provas atípicas, já que o princípio da verdade material não se coaduna com o esgotamento ou com a delimitação dos meios de prova. As listas de atos probatórios constantes dos diplomas legais acima não é exaustiva, delimitando-se apenas, em patamar constitucional, por aquelas provas que afrontam a moralidade, a dignidade humana e todas as cláusulas de proteção individual. Para suprir o já mencionado sistema da persuasão racional em que o julgador livremente valora as provas, se, por um lado, o julgador deve limitar-se ao conjunto probatório autuado e não pode se manifestar por mera opinião pessoal extra-autos, por outro lado, pode diligenciar para trazer ao processo tudo o que cogita de ser relevante para o seu próprio convencimento e diante das provas coletadas, não se prende a nenhuma escala prévia de valor absoluto, atribuindo-lhes leitura dinâmica de valor.

*CPC - Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.*

*CPP - Art. 155.*

*Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)*

*CC - Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:*

*I - confissão;*

*II - documento;*

*III - testemunha;*

*IV - presunção;*

*V - perícia.*

Convém ressaltar que, não obstante vigorar no ordenamento pátrio a regra geral de que, em princípio, são aceitos todos os meios empregados na comprovação, para que as provas validamente atuem na formação de convicção da autoridade julgadora, devem ser

obtidas em obediência a ditames de lei material e processual, sob pena de inadmissibilidade ou de ilegalidade.

Uma segunda classificação doutrinária acerca da matéria probatória é aquela que as divide em função de seu grau de associação com o fato que se quer comprovar. Daí, a prova é chamada direta quando se refere ao fato cuja ocorrência ou inoocorrência se busca comprovar ou quando é este próprio fato probando, fornecendo ao destinatário da prova a ideia integral que carrega em si mesma, dispensando-lhe de qualquer construção baseada em seu raciocínio ou em sua experiência. Já a prova indireta é aquela que se associa a fato outro que não o fato que se deseja comprovar, mas que, por meio de um trabalho de raciocínio ou de uma construção intelectual, leva o destinatário da prova a conhecer o fato probando. Ou seja, o julgador comprova o fato probando indiretamente, por meio de um fato outro conhecido, a que se chama de indício (ou fato indiciário ou prova indiciária).

O indício é um fato conhecido que, embora não se confunda com o próprio fato que se deseja comprovar, em virtude de com este manter um determinado grau de associação, conduz a uma conclusão, por inferência, acerca do fato probando. Ressalve-se que a comprovação do indício, por si só, não autoriza que se declare comprovado o fato probando em si, mas sim as suas circunstâncias que o rodeiam.

Ao resultado desta operação de raciocínio ou intelectual, por meio da qual se permite a ilação de que o fato conhecido leva a ter como provado o fato que se quer comprovar, dá-se o nome de presunção, expressamente prevista como meio de prova admitido no ordenamento pátrio, conforme o art. 239 do CPP e o inciso IV do art. 374 do CPC. A presunção é, então, o resultado de uma atividade mental, de um processo lógico, de uma obra de raciocínio pelo qual, deixando-se guiar pelo senso comum do que normalmente ocorre, se infere o fato probando a partir de um fato provado (o indício).

*CPP - Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.*

Em termos conceituais, a presunção pode se dar por dedução ou por indução. Na espécie de presunção por dedução, que é a mais comumente aplicada na matéria jurídico-processual, aceita-se como comprovado um caso particular em função de sua comparação com uma regra geral, fundando-se no silogismo em que se parte de um princípio da razão ou de uma regra de experiência ou de uma observação do mundo real ou ainda de um princípio científico (a premissa maior, autorizada no art. 375 do CPC) que, ao ser confrontada com o fato indiciário (a premissa menor ou o fato provado), leva ao fato probando (a conclusão ou o fato que se quer comprovar). O maior ou menor valor da prova indiciária depende da premissa maior: a conclusão dela obtida por ser apenas uma probabilidade ou auferir o patamar de certeza se a premissa maior for apenas uma falível lei de experiência ou um infalível princípio da razão. Na espécie de presunção por indução, ao contrário, a partir de um caso particular, infere-se uma regra geral, muito mais comumente aplicada às ciências naturais e não à ciência jurídica (devendo-se considerar pouco técnica a redação do art. 239 do CPP, que menciona indução em lugar de dedução). O que pode ocorrer é de a construção intelectual encartada na premissa maior decorrer de indução, mas não a conclusão do silogismo.

*CPC - Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.*

As presunções podem ser classificadas em função da origem da construção intelectual em que se fundam. Em outras palavras, as presunções se classificam em função de a atividade mental advir do destinatário da prova (presunções simples) ou se, antes disto, já adveio do próprio legislador (presunções legais)

As presunções simples (ou comuns ou de homem) decorrem da construção intelectual,

do livre convencimento ou da experiência do destinatário da prova, mediante sua própria observação do que ordinariamente ocorre no mundo concreto que o cerca. A partir do indício conhecido, o aplicador desenvolve sua construção intelectual e presume o fato que se quer comprovar (ainda que esta construção se faça em mais de um degrau, ou seja, de um fato provado, se presume um segundo fato e, deste segundo fato, se presume o fato probando), desde que esta sua livre convicção se circunscreva aos elementos dos autos e se motive. Também é assente na doutrina que o aplicador deve acautelar-se de forma a empregar as presunções comuns balizando-se por critérios de verificação de sua gravidade (avaliando serem eficazes para gerar convicção), de sua precisão (avaliando não comportarem contradições) e de sua concordância (avaliando serem convergentes).

*“b) Vastíssimo é o campo de aplicação das presunções de homem. Basta, para se ter uma idéia da extensão da sua aplicabilidade, considerar que, em princípio, são elas admissíveis nos mesmos casos em que o é a prova testemunhal. Por meio delas se provam fatos das mais variadas espécies, não só como prova subsidiária ou complementar mas também como prova principal e única.*

*Mas, onde se manifesta, em toda a sua plenitude, a importância das presunções simples, é quando se cura de provar estados do espírito - a ciência ou ignorância de certo fato, a boa-fé, a má-fé etc. - e, especialmente, de provar as intenções, nem sempre claras e não raramente suspeitas, ocultas nos negócios jurídicos. Tratando-se de intenções suspeitas, ou melhor, nos casos de dolo, fraude, simulação e atos de má-fé em geral, as presunções assumem papel de prova privilegiada, ou, sem que nisso vá qualquer exagero, de prova específica. Salientando a significação das presunções nesse terreno, dispunha o Código de Processo Civil de 1939, art. 252: ‘O dolo, a fraude, a simulação e, em geral, os atos de má-fé poderão ser provados por indícios e circunstâncias’.”, Moacyr Amaral Santos, “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, vol. 2, pg. 513, Editora Saraiva, 24ª edição, 2008*

As presunções legais, por sua vez, decorrem de expressa vontade da lei e podem ser subdivididas em duas espécies. As presunções legais relativas (ou *juris tantum*) ocorrem quando a própria lei admite comprovação em contrário do fato presumido - até prova em contrário, a conclusão que a lei atribui ao fato presumido, a partir do fato conhecido, é verdadeira. As presunções legais absolutas (ou *juris et de jure*) ocorrem quando a lei não admite comprovação em contrário do fato presumido, ainda que a despeito da realidade - a conclusão que a lei atribui ao fato presumido, a partir do fato conhecido, é incontestável. Por exemplo, a Lei nº 8.112, de 1990, no § 5º do seu art. 133, constrói uma presunção legal absoluta de que a opção por parte do servidor que acumula ilicitamente dois cargos, se manifestada até o último dia do prazo de defesa, faz com que, inafastavelmente, se configure sua boa-fé, ainda que houvesse elementos de convencimento de que o agente sempre tivesse conhecimento da ilicitude da acumulação. E, em outro exemplo, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, constrói uma presunção legal relativa de que, uma vez comprovada a desproporção patrimonial do servidor em face das rendas declaradas, cogita-se de uso ímprobo do cargo, porém passível de comprovação ao contrário pelo servidor.

Independentemente de a presunção advir do intelecto do destinatário da prova ou de expressa determinação em lei, ambas espécies guardam em comum a característica de serem uma consequência extraída de um fato conhecido (indício) para outro fato desconhecido; ou seja, ambas são ilação que se extrai de um fato conhecido para se provar a ocorrência ou inoocorrência de um fato desconhecido.

Enfim, sendo as presunções e indícios provas indiretas, inegavelmente ambos são meios de prova admitidos, com os devidos temperamentos e cautelas, no ordenamento pátrio. E, uma vez que o art. 239 do CPP insere-se no Título das provas admitidas no cauteloso e conservador rito processual penal, com mais certeza se afirma a validade como prova em instâncias cíveis, como na processualística disciplinar, conforme também já se manifestaram a

Procuradoria-Geral da fazenda Nacional (PGFN), em seu Parecer PGFN/CJU/CED nº 978/2009, a jurisprudência e a doutrina.

*Parecer PGFN/CJU/CED nº 978/2009: “30. Provas indiretas, como é cediço, são aquelas em que a representação do fato a provar é obtida através de construção lógica: a análise mental parte de um fato conhecido e provado que indica a existência de outro, desconhecido e que se pretende provar; processada logicamente essa informação pode-se chegar, com a certeza necessária ao deslinde da questão, à conclusão da ocorrência ou não do fato probando.*

*32. Alerta-se, ademais, que não há qualquer hierarquia entre as provas denominadas diretas e os meios indiretos de produção probatória, circunstância conseqüente do princípio da verdade material, que pressupõe, para a sua inteira realização, a livre investigação e valoração da prova.*

*STJ, Habeas Corpus nº 15.736: “Ementa: 2. Vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, segundo o qual o magistrado, desde que, fundamentadamente, pode decidir pela condenação, ainda que calcada em indícios veementes de prática delituosa.”*

*STF, Habeas Corpus nº 70.344: “Ementa: Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexo com o fato a ser provado seja lógico e próximo.”*

*STF, Habeas Corpus nº 111.666: “Ementa: (...) 3. O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções hominis ou facti, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do ius puniendi, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Doutrina (LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162). Precedente (HC 96062, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em /10/2009, DJe-213 Divulg 12-11-2009 Public 13-11-2009 Ement Vol-02382-02 PP-00336). 4. Deveras, o julgador pode, mediante um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, utilizando raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta. 5. A criminalidade dedicada ao tráfico de drogas organiza-se em sistema altamente complexo, motivo pelo qual a exigência de prova direta da dedicação a esse tipo de atividade, além de violar o sistema do livre convencimento motivado previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, praticamente impossibilita a efetividade da repressão a essa espécie delitativa. 6. O juízo de origem procedeu a atividade intelectual irrepreensível, porquanto a apreensão de grande quantidade de droga é fato que permite concluir, mediante raciocínio dedutivo, pela dedicação do agente a atividades delitivas, sendo certo que, além disso, outras circunstâncias motivaram o afastamento da minorante.”*

*“Além das modalidades probatórias exemplificadamente elencadas na Lei nº 8.112/90, acrescente-se, também, a que resulta de indícios veementes formados pelo conjunto de circunstâncias capazes de gerar convicção da existência do fato e de sua autoria.*

*Segundo o art. 239 do CPP:*

*‘Considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra, ou outras circunstâncias.’*

*A definição legal, constante do CPP, refere-se à indução e não à dedução, o que faz lembrar os métodos filosóficos de investigação da verdade, ou seja, o indutivo e o dedutivo.*

*Pelo método dedutivo, parte-se do geral para o particular e pelo indutivo, que nos interessa, parte-se do particular para o geral.*

*O raciocínio indiciário deverá, assim, ser formado a partir de fato restrito, comprovadamente existente, para se chegar, por lógica, à conclusão de fato mais geral, que se pretenda provar.*

*A prova indiciária é resultante do conjunto de condições, vestígios, indícios ou circunstâncias relacionadas com os fatos investigados. (...)*

*Indícios, portanto, não são meras suspeitas, são circunstâncias cujo exame conjunto e sequencial permitem formar segura convicção, com base no nexo de causalidade.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pgs. 148 e 149, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“O indício é um conceito largamente utilizado no Direito Processual Penal e, mais ainda, há de sê-lo no Direito Administrativo Sancionador. (...) O Direito Administrativo Sancionador é especialmente receptivo à prova indiciária enquanto meios probatórios, até porque essa modalidade de prova é fundamental no estabelecimento de pautas de ‘razoabilidade’ nos julgamentos. No fundo, a razoabilidade do decreto condenatório é muito mais importante do que a suposta ‘certeza’ subjetiva absoluta do julgador.*

*No campo das responsabilidades sancionatórias, cabe aduzir que os indícios podem ser suficientes para uma condenação, especialmente no terreno do Direito Administrativo repressor (...).” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pgs. 492 a 494, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

#### **4.4.1.2 - Peculiaridades da Instrução Probatória em Instância Disciplinar**

Não obstante toda a antecedente construção conceitual sobre teoria da prova, é de se destacar que, para a perfeita compreensão da instrução probatória no processo disciplinar, deve-se atentar que, como instância autônoma, o Direito Administrativo Disciplinar se instrumentaliza em um rito procedimental próprio e que, ainda que se permita influenciar, em diversos aspectos, por aquelas ricas fontes do processo judicial civil ou penal, possui seus próprios institutos, valores, princípios e ordenamento. Com isto, sem prejuízo à conceituação já exposta sobre o que seja prova, apresentam-se adiante algumas peculiaridades na base principiológica que informa sua coleta na processualística disciplinar.

Em análise extremamente superficial, no processo judicial, em geral, configura-se uma tríade de integrantes, em que há uma parte que acusa alguém ou ao menos que pleiteia algo; há uma outra parte a se contrapor à primeira e que se defende da acusação ou que contesta a pretensão do demandante; e, sobre esta bipolaridade, situa-se o Estado-juiz que, à vista delimitadamente das provas trazidas pelas partes na forma e no tempo que a respectiva lei processual estabelece, julga, dizendo do Direito e estabelecendo a justiça à vista da verdade formal constante dos autos. A rigor, esta visão simplista é mais fidedigna ao processo civil, em que, por versar em geral sobre direitos disponíveis, o juiz é mais vinculado à verdade formal e excepcionalmente busca a verdade material; no processo penal, diante do relevante bem jurídico tutelado e de interesses indisponíveis, o juiz em geral também busca a verdade material, só que com maiores rigor e condicionantes formais que em instância administrativa. Se na seara cível o juiz se posiciona de forma mais delimitada diante das provas que se expõem à sua frente como confrontação das partes, no Direito público punitivo, o julgador, diante de lacunas que lhe demonstrem inequivocamente os fatos, busca trazer aos autos a verdade, sem limitação da prova.

Já no processo administrativo, não há a bipolarização antagônica de duas partes em acusação ou em litígio diante do Estado-juiz, mas sim uma relação processual composta por apenas dois integrantes. Tal peculiaridade se manifesta mais especificamente no processo disciplinar ao se verificar a seguinte bipartição: de um lado, a Administração atua na

condução dos trabalhos apuratórios, já desde o seu poder-dever de instaurar mediante notícia de suposta irregularidade, sempre movida por oficialidade e por interesse público e buscando materializar nos autos todas as provas lícitas que propiciem o esclarecimento dos fatos; de outro lado, ponderando o salutar equilíbrio de forças do contexto jurídico, participa e defende-se o servidor, sob proteções inafastáveis da ampla defesa e do contraditório, gozando ambos da liberdade de provas sem uma estrita preclusão do direito à sua produção; e, ao final, aquele mesmo Estado-Administração, que atuou na apuração, procede ao imparcial julgamento, sob a extensão da verdade material.

Conforme se verifica, em função dos três diferentes momentos processuais (as fases do processo), o polo ocupado pela Administração altera-se em seu agente condutor. Se, na fase de instauração, a decisão de dar início ou não às apurações recai sobre a autoridade legal e regimentalmente competente e se, na fase final de julgamento, retorna a autoridade a atuar, tem-se que, no cerne e na fase mais rica do processo, qual seja, a segunda fase, do chamado inquérito administrativo, onde se coleta a instrução probatória e onde se firma a convicção contrária ou a favor do servidor, é a comissão que atua e conduz os trabalhos apuratórios, mantendo com o acusado a dialética jurídica válida na busca da materialização da prova.

Nesta fase de inquérito administrativo (apesar da infeliz denominação adotada pelo legislador, trata-se de uma fase integralmente contraditória e marcada pela ampla participação da defesa na formação probatória), não se tem no processo disciplinar a bipolaridade antagônica, diante do juiz, de um agente acusador, em oposição ao polo que se defende. Na verdade, na essência dos princípios reitores da processualística disciplinar (mais sagrados que a literalidade nem sempre feliz da lei), esta segunda fase, marcada pela busca das provas formadoras de convicção, caracteriza-se pela atuação de ofício da comissão na busca da verdade material de tudo aquilo que possa interessar imparcialmente no esclarecimento fático.

Desdobra-se aqui, desde já, uma interessante consequência diferenciadora da processualística disciplinar em comparação com os ritos processuais judiciais. O fato de não haver quem acusa ou pleiteia e quem se defende ou contesta, ou seja, de não litigarem duas partes com interesses antagônicos, faz com que o instituto da preclusão sofra frequentes mitigações. No rito administrativo, mais fortemente fincado na busca da verdade material que os processos judiciais (nos quais o respeito aos interesses e direitos processuais da parte oponente valorizam, por vezes, a verdade formal), os delimitadores formais assumem menor força determinante, em razão da simultânea atuação do princípio do formalismo moderado. Uma vez que concessões e tolerâncias a favor da defesa, que possam ser concedidas em diversos momentos processuais, além do que expressamente se encontra previsto em lei, não geram prejuízo a interesses de parte oponente - visto não existir esta parte antagônica -, aceita-se a mitigação da preclusão de direitos e de prazos de interesse da defesa. Assim, não raro, os prazos concedidos à defesa na fase de instrução probatória não são fatais, prevalecendo, muitas vezes, o maior apego à busca da prova do que ao rigor formal.

O processo disciplinar é um instrumento de ofício por meio do qual a Administração deve ser capaz de atender ao apelo social e suprir respostas a apenas - em síntese - duas perguntas: se realmente houve o fato supostamente ilícito narrado na representação ou na denúncia e quem foi seu autor. Apenas disto deve cuidar o processo disciplinar e, por conseguinte este é o rumo a ser tomado pela comissão quando, na segunda fase processual, ocupa o lugar do Estado-Administração na condução dos trabalhos apuratórios.

Por mais difícil que, de fato, possa ser para quem atua no processo disciplinar - sobretudo para quem se vê em seu polo passivo - , é necessário que se abstraia de qualquer visão maniqueísta e que se compreenda que, neste rito, não há polo acusatório se confrontando com defesa, mas sim, há um ente estatal que, por oficialidade, imparcialidade e interesse público, busca apurar tudo o que possa ser relevante para trazer aos autos, materializado como prova juridicamente válida, a verdade dos fatos e o esclarecimento da representação ou denúncia que provocou a instauração. Em outras palavras, a comissão não

acusa, mas sim apura. A comissão não atua como acusação, mas sim como polo de apuração. Apurar não necessariamente se confunde com acusar.

Desta seriíssima construção principiológica que informa o processo disciplinar em sua base - e que também se apóia no princípio da comunhão da prova, já abordado em **3.3.3.7** -, advém um dos pilares de sua sustentação, que é de que, neste rito, não existe a dicotomia de provas de acusação e provas de defesa, bem como não há atos da comissão e atos da parte. Os atos processuais e os elementos de prova no processo disciplinar têm igual valor neste sentido, independentemente de terem sido realizados por diligência de ofício e espontânea da comissão ou de terem sido trazidos pelo acusado ou de terem tido sua realização, por parte do colegiado, a pedido da parte. Seja qual for a forma pela qual o ato ou a prova venha a ser produzido e autuado no processo disciplinar, isto somente ocorre se o ato ou a prova se demonstra de interesse público, ou seja, caso se demonstre relevante para o interesse maior e para o único objeto que move a Administração nesta senda, que é imparcialmente esclarecer o fato representado ou denunciado. Na processualística disciplinar, adota-se o pressuposto de que os atos de instrução probatória que têm sua realização decidida pela comissão, seja de ofício, seja a pedido, são todos, indistintamente, atos ou provas do processo ou atos ou provas da Administração, no sentido oficial e público do termo (não se confundindo com parte persecutória), a quem, em última análise, sempre interessa o imparcial esclarecimento do fato.

Desta base principiológica exurgem imediatas consequências. A primeira é de que não há limitações quantitativas de provas a serem realizadas de ofício ou a pedido da defesa. Tantas quantas forem as provas que se demonstrem relevantes e imprescindíveis ao esclarecimento fático tantas serão aquelas realizadas, independentemente de que lado tenha partido a iniciativa de fazê-la.

Nesta compreensão se funda a interpretação a se extrair do art. 155 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Em consonância com os dispositivos não taxativos constantes do art. 369 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) e do parágrafo único do art. 155 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) e do art. 212 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC), mencionados em **4.4.1.1**, é certo que a lista de atos instrucionais mencionada no Estatuto é meramente exemplificativa, sem o condão de exaurir as hipóteses de emprego de busca de prova, podendo decorrer sua realização tanto de iniciativa da própria comissão, cumprindo seu dever de ofício de apurar, quanto de pedido do acusado, exercendo seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.*

Ainda como consequência, afirma-se que, em princípio, não cabe à comissão impor ou repassar para o acusado os custos de realização de ato instrucional, como também defende a doutrina, a menos que, excepcionalmente, em situações específicas, a Administração não disponha de recursos, quando então deve ser notificado o acusado de que o ato probatório solicitado somente será realizado com sua aquiescência em custeá-lo. Por outro lado, a defesa não tem o condão de, na via administrativa, impugnar determinado ato de instrução, obrigando sua desconsideração na convicção, também com aquiescência doutrinária.

*“A Administração Pública tem o compromisso de esclarecer a verdade. Ela não pode transferir ao acusado o ônus desse encargo. Dessa forma, custos decorrentes de perícias e traduções, por exemplo, devem ser assumidos pelo Erário. Condicionar uma perícia requerida ao pagamento pelo servidor é cercear a plenitude de defesa.*

*À comissão processante cabe examinar a necessidade da prova. Uma vez reconhecida como fundamental ao esclarecimento dos fatos, não importa se requerida pelo acusado; há que ser deferida, passando a Administração a*

*cobrir os custos dela decorrentes.” Léo da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, pg. 231, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

*“Não compete à defesa a impugnação da prova, mesmo porque a apreciação da sua validade é ulterior e nela entra, substancialmente, o critério que difere do Poder Judiciário, baseado na discricionariedade dos atos administrativos, mas pode, isto sim, a defesa irrogá-la como de nenhum efeito jurídico, no seu entender.” Egberto Maia Luz, “Direito Administrativo Disciplinar - Teoria e Prática”, pg. 181, Edições Profissionais”, 4ª edição, 2002*

Ainda neste tema de custos incursos na instrução processual, incumbe ao presidente da comissão solicitar à autoridade instauradora (que, como regra, é o Chefe do Escritório de Corregedoria - Escor) a autorização para deslocamentos de algum ou de todos os integrantes do colegiado para fim de realização de ato de interesse do processo, conforme o art. 13 da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) - na linha do art. 9º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito do Ministério da Fazenda (MF). Em consequência, reconhece-se que cabe ao Chefe de Escor, como autoridade instauradora, propor ao Corregedor, como ordenador de despesas, nos termos do § 1º do art. 80 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e a este decidir as questões atinentes a deslocamentos, diárias e passagens do(s) integrante(s) da comissão e de qualquer servidor lotado no Escor ou na Corregedoria (Coger) que seja designado para realizar qualquer tarefa que importe em deslocamento, seja esta tarefa meramente administrativa, seja em virtude de algum processo em andamento, bem como, por previsão regimental, nos incisos VIII e IX do art. 285 do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, no que se refere a deslocamentos, diárias e passagens de servidores intimados a depor ou a prestar interrogatório ou de qualquer outro de interesse correcional. Ressalve-se que estas competências a cargo do Chefe do Escor e do Corregedor se justificam em virtude de suas competências de natureza gerencial, competindo-lhe, se for o caso, não dar o regular processamento às solicitações em razão, por exemplo, de eventual contexto de contingenciamento ou de contenção de despesas, mas jamais se confundindo com interferência no mérito em si da condução dos trabalhos apuratórios, que se desenvolvem sob manto de independência e de autonomia da comissão.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 173. Serão assegurados transporte e diárias:*

*I - ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado;*

*II - aos membros da comissão e ao secretário, quando obrigados a se deslocarem da sede dos trabalhos para a realização de missão essencial ao esclarecimento dos fatos.*

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 208. Ao Serviço de Atividades Auxiliares - Seaux e às Seções de Atividades Auxiliares - Saaux compete executar e controlar as atividades relacionadas com pessoal, apoio administrativo, gestão de documentos, patrimônio e serviços gerais.*

*Parágrafo único. Ao Seaux da Coger e à Saaux da Copei compete, ainda, executar as atividades financeiras e orçamentárias relacionadas com deslocamento de servidores e colaboradores eventuais no interesse das atividades da Coger e Copei, respectivamente.*

*Art. 285. Ao Corregedor incumbe, sem prejuízo das atribuições do Secretário da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013*

*VIII - autorizar viagens a serviço, relacionadas às atividades de interesse da Corregedoria; e (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 11 de dezembro de 2014)*

*IX - praticar os atos de gestão dos recursos orçamentários e financeiros destinados ao pagamento de diárias e passagens, nos deslocamentos de*

*servidores e colaboradores eventuais no interesse da Coger. (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*Decreto-Lei nº 200, de 1967 - Art. 80.*

*§ 1º Ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.*

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 9º O presidente de comissão de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes de comissão, bem como solicitar prorrogação do prazo da comissão, quando necessário.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 13. O presidente de comissão de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes de comissão, bem como solicitar prorrogação do prazo da comissão, quando necessário.*

Conforme já exposto em **3.3.3.7**, pelo princípio da comunhão da prova, qualquer elemento formador de convicção, independentemente se atuado de ofício pela comissão ou em decorrência de pedido de defesa, passa a pertencer ao processo (e, em última essência, ao interesse público), não sendo propriedade nem do colegiado nem do acusado que porventura o tenha solicitado, e atua homogeneamente, favorável ou contrariamente às teses de qualquer acusado (caso haja mais de um). É lícito à comissão ou mesmo a outro acusado extrair elementos contrários aos interesses de defesa do próprio acusado que provocou a juntada ou realização de determinada prova. Na esteira, face ao entendimento da comissão de que o elemento se faz relevante para o esclarecimento fático, não assiste ao acusado o direito de requerer a desconsideração de realização de ato instrucional ou de juntada de prova ou o seu desentranhamento dos autos.

Os meios de prova mais comuns que se empregam no processo disciplinar são: provas documentais (certidões, atestados, extratos de sistemas informatizados, fotografias, mídias magnéticas e digitais, degravações); provas orais (oitivas, declarações, acareações e interrogatórios); e provas periciais (laudos de forma geral). Mas, independentemente da forma como são coletadas, todas as provas devem ser atuadas no processo em forma escrita, reduzidas a termo.

Nos atos de busca de prova, deve estar presente a comissão completa, com seus três integrantes, não se cogitando de sua feitura com algum membro ausente. E, de maneira geral, no momento da feitura do ato instrucional, cabe ao presidente a manutenção da ordem. A propósito, cabe aqui um parêntese, voltado sobretudo para atos de instrução probatória cuja feitura encerra natureza dinâmica, tais como provas orais, diligência, reprodução simulada. Obviamente, aquela postura apriorística presidencialista não prejudica a salutar e natural liberdade de manifestação e de atuação dos vogais, não havendo de se levar a rigor o formalismo de os vogais dirigirem suas questões e avaliações à apreciação do presidente. De forma geral, até como reflexo da igualitária participação em trio, as manifestações e atuações do presidente ou de cada um dos vogais podem ser levadas a termo genericamente como iniciativas da comissão, mitigando-se a individualização. A exigência de submissão ao controle do presidente se aplica às iniciativas e comportamentos da defesa. Retornando à manutenção da ordem, se for o caso, deve o presidente determinar o registro no termo de que a parte, devido a comportamento inconveniente e perturbador, foi por diversas vezes alertada da possibilidade de ser retirada do local. Após algumas reprimendas, acaso infrutíferas, o presidente possui a prerrogativa de requerer que a parte, comportando-se de forma ameaçadora ou constrangedora, retire-se do local de realização da prova. Todavia, é muito mais conveniente tentar convencer pela normalidade do ato, antes de se lançar mão de tão amargo remédio.

Destaque-se que a Coger e os Escor têm competência regimental para verificar aspectos disciplinares em feitos fiscais; realizar diligências; requisitar informações, processos e declarações de renda; e propor ação fiscal, conforme os incisos IV e IX do art. 18, o art. 24, o inciso V do 285 e o art. 287, todos do Regimento Interno da RFB e o art. 15 da Portaria Coger nº 14, de 2014.

#### **4.4.1.3 - Não Atendimento por Parte de Servidor ou de Particular à Intimação para Prestar Ato Processual**

À vista do princípio da indisponibilidade do interesse público, uma vez tendo se mostrado relevante na instrução processual a atuação de qualquer agente, seja servidor público, seja particular, este deve ser intimado a comparecer em determinada data e horário ou a praticar algum ato (como, por exemplo, fornecer um documento). Com base no *caput* do art. 157 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que prevê intimações para testemunhas em geral, tem-se que, à vista da natureza pública do processo, não cabe o emprego de solicitações e muito menos de convites, mas sim deve-se empregar intimações, mesmo para particulares, terceiros e administrados em geral, podendo se basear também no inciso IV do art. 4º e no *caput* do art. 39 e, talvez até, dependendo das peculiaridades do caso específico, ainda reforçar, se cabível, com o mandamento do art. 28, todos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, com a concordância doutrinária do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU).

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 157. As testemunhas serão intimadas a depor mediante mandado expedido pelo presidente da comissão, devendo a segunda via, com o ciente do interessado, ser anexada aos autos.*

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:*

*IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.*

*Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.*

*Art. 39. Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.*

*Parágrafo único. Não sendo atendida a intimação, poderá o órgão competente, se entender relevante a matéria, suprir de ofício a omissão, não se eximindo de proferir a decisão.*

*“Portanto, não cabe, em tese, ao cidadão negar-se a atender a intimação das comissões disciplinares, tendo novamente como fundamento os arts. 4º, IV, 39 e 28 da Lei nº 9.784/99, com a simples alegação de que não há interesse seu no processo administrativo disciplinar.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 169, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Recai tanto sobre o servidor quanto sobre o particular o dever de colaborar com a Administração, somando-se ainda, no caso do servidor, o dever estatutário específico de lealdade à instituição - com exceção da disponibilidade a favor do acusado em não atender intimações, seja pela cláusula constitucional de desobrigação de produzir prova contra si mesmo, seja por estratégia de defesa, como por exemplo, para prestar-se a interrogatório.

Nas hipóteses de conduta omissiva em acatar o comando da intimação em geral (como o fornecimento de um documento, por exemplo) ou em especial de ausência na data e horário aprazados para a feitura de ato requeredor de determinado dinamismo (como prova oral ou reprodução simulada, por exemplo, em que pode-se ainda deliberar por aguardar por no

mínimo trinta minutos), esgotada a possibilidade de presença ainda que intempestiva, deve-se registrar o incidente em termo de ocorrência ou em termo de não comparecimento.

Partindo do pressuposto da coerência na condução dos trabalhos por parte da comissão, em que a realização do ato de instrução probatória decorreu da consideração de sua importância para o processo, é de se recomendar que o colegiado intime novamente o agente, desta feita já fazendo constar do ato de comunicação o destaque de que sua participação ou colaboração é relevante para o interesse público e a advertência de que o não acatamento ou o não comparecimento poderá implicar, pelo menos em tese, se servidor, em inobservância do dever funcional de ser leal à instituição a que serve, previsto no inciso II do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990; e se particular, em crime de desobediência, previsto no art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP).

*CP - Desobediência*

*Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público:*

*Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.*

Obviamente, cabe à comissão ponderar as diferenças entre a situação de o agente intimado não comparecer e sequer apresentar uma justificativa plausível e se disponibilizar para a remarcação de nova data e a situação de o não comparecimento ser acompanhado ou seguido da apresentação de uma justificativa aceitável e da sugestão a favor da remarcação. Não cabe uma postura intransigente por parte da comissão na segunda hipótese, devendo-se tentar contornar o imprevisto da ausência, tolerando-se a remarcação para nova data.

Acrescente-se que, mesmo se tratando de servidor regularmente intimado a atuar na instrução, não há previsão legal para condução coercitiva e forçada para quem quer que seja comparecer em via administrativa disciplinar. Tampouco se cogita de base legal para que a comissão ou a autoridade instauradora provoque o Poder Judiciário para que o ato deliberado seja realizado em juízo.

Enquanto o servidor se sujeita a sofrer representação administrativa pelo ilícito estatutário associado à deslealdade institucional, o particular se sujeita a sofrer representação penal pelo crime de desobediência, que, por sua própria tipificação, insere-se na lei penal no capítulo de crimes cometidos por particulares contra a Administração Pública. Ademais, em reforço ao entendimento de que o crime de desobediência não se aplica a servidor que descumpra ordem da própria Administração, há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais de que somente pode ser cometido por agente público se este não estiver no exercício do cargo no momento da conduta e de que a existência de leis extrapenais (civis ou administrativas) que sancionem a conduta afasta a configuração deste crime - havendo, portanto, a cominação prevista no inciso II do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, que incide sobre a deslealdade institucional, não há que se cogitar do crime em tela em face de servidor, mas sim apenas e tão somente para particular faltoso.

Configurada a ausência injustificada do agente (seja servidor ou particular, embora a experiência aponte ser mais comum o particular incorrer nesta falta que o servidor), após inequívoco recebimento da intimação, é de se considerar que o interesse particular não pode se sobrepor ao interesse público (com o qual se move o processo disciplinar) e menos ainda prejudicá-lo. Neste sentido, o princípio da indisponibilidade do interesse público não concede ao servidor ou ao particular intimado a faculdade de comparecer ou não ou de colaborar ou não, uma vez que as liberdades individuais, nos termos da lei, devem ser restringidas em homenagem ao interesse maior da coletividade.

Assim, sendo intransponível e absolutamente relevante para o deslinde do processo a atuação na instrução e injustificadamente não comparecendo ou não colaborando o agente, uma vez que o ordenamento prevê a intimação como instrumento válido e como toda ordem legal transporta junto a si a ideia de sanção por seu descumprimento, pode a comissão avaliar, muito criteriosamente, a possibilidade de encaminhar representação administrativa em face do servidor, pela conduta de deslealdade institucional, ou representação penal em face do

particular, pelo crime de desobediência, previsto no art. 330 do CP. Obviamente, se a participação ou a colaboração do servidor ou do particular se mostrou tão indispensável a ponto de a comissão intimá-lo, não se tolera que o interesse público encerrado na apuração de fatos supostamente irregulares reste sujeito a ser desrespeitado sem que disto advenha consequência jurídica para quem desatende a ordem legal.

No segundo caso excepcional de se levar adiante a representação penal, o roteiro para tal peça se encontra na Portaria RFB nº 2.439, de 21 de dezembro de 2010 cujo inciso III do art. 7º, combinado com o parágrafo único do art. 1º, determina que a representação seja encaminhada ao Ministério Público Federal (MPF), via Corregedor. E, em caso extremo, se, mesmo após representar e ainda assim não obtiver sucesso no atendimento da intimação, pode a comissão cogitar de solicitar, com a devida motivação, via Advocacia-Geral da União (AGU) ou secundariamente MPF, ordem judicial a fim de que a prova seja realizada em juízo, com todas as prerrogativas coercitivas desta instância.

*Portaria RFB nº 2.439, de 2010 - Art. 1º*

*Parágrafo único. Nos casos em que o AFRFB, no exercício de suas atribuições, identificar atos ou fatos que, em tese, configurem crime de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos; de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; de contrabando ou descaminho; bem como crime contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional, e contra Administração Pública Estrangeira, deverá formalizar representação para fins penais perante o titular da Unidade Central - Superintendente, Delegado ou Inspetor-Chefe da Receita Federal do Brasil - ao qual estiver vinculado.*

*Art. 7º A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos, previstos nos arts. 293, 294 e 297 do Código Penal, aos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, definidos no art. 1º da Lei 9.613, de 3 de março de 1998, e aos crimes contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional, e contra Administração Pública Estrangeira deverá:*

*I - conter os elementos referidos no art. 3º, no que couber;*

*II - ser protocolizada pelo servidor que a elaborar, no prazo de 10 (dez) dias contados da data em que for identificado o fato caracterizador de crime; e*

*III - ser remetida ao órgão do MPF competente para promover a ação penal, no prazo de 10 (dez) dias contados da data de sua protocolização, pelo titular da Unidade Central - Superintendente, Delegado ou Inspetor-Chefe da Receita Federal do Brasil - ao qual estiver vinculado.*

#### **4.4.1.4 - Sequência da Instrução Probatória Definida no Próprio Processo**

O curso da instrução probatória é conduzido pela comissão, sem prejuízo de se atender às provocações pertinentes do acusado. Em geral, logo no início dos trabalhos, há atos de instrução que já se mostram de realização indubitavelmente necessária. Além disto, há atos cuja realização, de que a princípio não se cogitava, somente se delineia no curso da apuração. Por outro lado, há outros atos que, de início pareciam ser essenciais, mas que, por alteração no curso das apurações, tornam-se dispensáveis.

Citam-se como principais exemplos de atos de instrução probatória:

- Diligências;
- Perícias;
- Consultas ou assistências técnicas;
- Pesquisas em sistemas informatizados;
- Apurações especiais pelo Serpro;
- Reprodução simulada;

- Estudo da legislação;
- Depoimentos de testemunhas;
- Acareações;
- Interrogatório do acusado.

A lista de atos de instrução probatória aqui apresentada não é exaustiva, mas sim meramente exemplificativa, enumerando apenas os mais comuns. Pode acontecer de o caso concreto indicar diversos outros atos aqui não abordados ou não necessitar de alguns deles, sem nenhum prejuízo de sua validade.

Complementando o que já foi aduzido em **4.3.1**, acerca da definição, desde a primeira análise dos autos, de um objetivo a se esclarecer com a apuração e de uma estratégia para atingi-lo no curso do processo, torna-se extremamente relevante a elaboração de uma sequência de atos instrucionais ao mesmo tempo lógica, enxuta e eficiente. Para este fim, deve a comissão atentar para a desnecessidade de abarcar longos períodos pretéritos de apuração. Como regra geral, concentrar esforços em configurar de forma cabal uma quantidade discreta de atos é mais produtivo do que despender esforços para tentar configurar extensiva ou exaustiva quantidade de atos, incluindo na apuração elementos de frágil ou discutível convicção. Na esteira, conforme já abordado em **4.2.2.1.2**, deve a comissão atentar para as definições de conexão e de continência e para as recomendações acerca de inclusão de um novo fato na apuração em curso e acerca de representação para apuração apartada. Não se deve perder de vista que a apuração é sobre os fatos constantes dos autos (até podendo-se, desde que operacionalizável, incluir fatos conexos que porventura surjam no decorrer do apuratório) e não sobre a vida do acusado. Ou seja, se os fatos inicialmente representados ou narrados não se comprovam, deve a comissão encerrar a apuração e não devassar imotivadamente a vida do acusado até encontrar algo criticável.

O **Anexo II** consolida as diversas passagens ao longo do texto em que se abordam ou se contrapõem aspectos atinentes à qualidade do trabalho e à celeridade.

Determinados atos de instrução probatória requerem comunicado ao titular da unidade de lotação do acusado ou da unidade onde transcorre o apuratório (se diferentes), a fim de que a autoridade seja informada, em certos casos, da presença do colegiado na sua repartição (como em uma diligência, por exemplo) ou, em outros casos, da ausência ao serviço de um servidor (intimado para depor ou para ser interrogado, por exemplo).

No caso de um fato objeto de apuração supostamente ocorrido em uma Agência da Receita Federal do Brasil (ARF), estas comunicações de atos instrucionais, diferentemente daquelas já abordadas em **4.3.4.1** e em **4.3.7.1** (acerca das repercussões funcionais pelo fato de o servidor figurar como acusado, encaminhadas ao Delegado jurisdicionante), podem ser dirigidas diretamente ao titular da ARF (Agente). Isto se justifica porque tais comunicados visam a tão somente alertar a autoridade local de algum evento pontual e específico a ser realizado e, nestes casos, o titular da ARF está mais próximo do dia a dia da unidade do que o Delegado de sua jurisdição. O mesmo se aplica para atos instrucionais referentes a Centro de Atendimento a Contribuinte (CAC), cujos comunicados podem ser remetidos diretamente para o respectivo Chefe.

Grosso modo, à vista da necessária atenção à celeridade, destaca-se que deve a comissão tentar ao máximo suprir os atos instrucionais por meio de seus próprios integrantes, restringindo ao extremamente necessário se reportar a agentes externos. Mesmo quando se fizer necessária a realização de atos de instrução cuja elaboração da prova se dá fora do âmbito da comissão, a cargo de algum perito, assessor técnico ou assistente (consultor) técnico ou qualquer outro profissional, tal fato não impede o prosseguimento do apuratório. A menos de situação excepcional, em que uma perícia, por exemplo, é essencial para ditar o rumo da continuidade da apuração, a instrução não é suspensa ou interrompida até que se

obtenha, por meio de laudo, termo, etc, o resultado daquela prova externa. Uma forma de tentar suprir celeridade na realização de atos de instrução desta natureza é a comissão entrar em contato com o órgão ou unidade para tentar identificar quem procederá ao trabalho de perícia, assessoria técnica ou assistência técnica e buscar um contato pessoal.

Em regra, pode-se ter, como primeira recomendação, ouvir como testemunha o representante ou denunciante, caso exista esta figura, a fim de inquirir se confirma o teor da peça escrita, conforme se abordará em **4.4.4**.

Mas, a rigor, é o curso do processo que vai determinar os atos a serem realizados e a sua sequência, à medida que a comissão for formulando sua convicção. Embora jurídica e formalmente somente se admita que a comissão considere-se convicta ao final da instrução, devido ao senso crítico e analítico natural de qualquer um, a convicção é construída (e, talvez, destruída) ao longo da instrução e a cada novo elemento de prova coletado. Não deve a comissão, a despeito das provas dos autos, ser refratária ou agir com inércia para alterar seu entendimento acerca do caso.

No caso de sindicância (investigativa ou mesmo disciplinar) redundar na instauração de processo disciplinar, devem ser refeitos os atos de instrução probatória porventura realizados no primeiro procedimento sem que se tenha oportunizado ao acusado o direito à ampla defesa e ao contraditório e que sejam considerados relevantes para o inquérito (a pedido do servidor ou porque a comissão entende como necessários), para que neste último possam ter valor de prova.

Ratificando-se o já exposto em **2.5.3.3.1**, caso excepcionalmente tenha sido realizado, em qualquer procedimento investigativo em fase de admissibilidade, algum ato de instrução probatória que tenha natureza contraditória - a exemplo de provas orais em geral (oitivas, interrogatórios ou acareações), perícias e assessorias técnicas - sem que se tivesse acusado a se notificar e se demonstre relevante para a formação de convicção da comissão condutora do inquérito administrativo subsequente, é válida a sua manutenção nos autos, já que todos os ritos antecedentes podem integrar o processo disciplinar como peças informativas, na extensão do *caput* do art. 154 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Neste caso, em que pese ter entregue ao servidor, no momento da notificação da sua condição de acusado, cópia integral dos autos, convém que a comissão adote a cautela de lhe informar os atos instrutórios porventura já realizados, para que, se for de seu interesse, peticione pelo refazimento. Não necessariamente estes atos antecedentes precisam ser refeitos sob manto do contraditório (notificando o acusado para acompanhar e contraditar, se desejar); somente o serão na hipótese de assim a defesa vir a peticionar, já que a denegação pode configurar prejuízo à defesa e, conseqüentemente, carrear nulidade para o processo.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 154. Os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução.*

*TRF da 3ª Região, Apelação Criminal nº 2.300: “Ementa: As provas realizadas na fase inquisitorial, incluída a confissão extrajudicial, só são aptas a embasar um decreto condenatório quando confirmadas em juízo, de forma a restarem em harmonia com os demais elementos probatórios coletados aos autos, observando-se, assim o devido processo legal em sua totalidade, dado que no inquérito policial o contraditório não se faz presente.”*

#### **4.4.1.5 - Indeferimento de Pedidos da Defesa, Reconsideração e Recurso**

Por um lado, na esteira do que já se aduziu em **4.4.1.2**, tanto é certo que a imparcial busca da verdade material aponta os rumos do trabalho da comissão e que esta não se confunde com polo acusatório mas sim apuratório no processo disciplinar, que a busca pelo esclarecimento fático se dá de ofício pelo colegiado, inclusive e obrigatoriamente para produzir prova a favor da defesa, ainda que esta sequer tenha provocado a realização. Todas

as provas relevantes devem ser realizadas. Por outro lado, dentro do estreito limite da atuação pública vinculada ao ordenamento (princípios e normas) e ao interesse público, o processo disciplinar jamais pode ser palco para desperdícios, exageros, devassas e desvios de interesse. Assim, qualquer prova que se demonstre dispensável para a única motivação de se ter o processo instaurado (qual seja, o imparcial esclarecimento dos fatos) não deve ser realizada. Nesta senda, incabível que a comissão busque de ofício uma prova dispensável para a busca da verdade material, bem como se a defesa apresentar pedido de realização de prova também irrelevante, o pleito é de ser negado, motivadamente, pelo presidente da comissão, respaldado por prévia deliberação colegiada registrada em ata.

Com relação a pedidos de realização de atos de prova formulados pela defesa, respaldado por ata conjunta de deliberação, o presidente da comissão, dirigindo-se ao acusado em nome do colegiado, tem a prerrogativa legal, conforme o § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, de, à vista da eficiência, economia e celeridade, negar, total ou parcialmente, aqueles pedidos de atos de instrução considerados meramente impertinentes (pedidos sem relação com o processo); irrelevantes (pedidos que têm relação com o processo, mas em nada contribuem para o esclarecimento), protelatórios (apenas para postergar no tempo a decisão); de impossível realização ou sobre fatos já comprovados por outros atos.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.*

*§ 1º O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.*

*§ 2º Será indeferido o pedido de prova pericial, quando a comprovação do fato depender de conhecimento especial de perito.*

À vista tão somente do mencionado dispositivo legal, já se tem cristalino na própria literalidade da norma que compete à comissão avaliar a relevância da prova solicitada pela defesa. A simples denegação, por parte da comissão, de pedido de prova apresentado pelo acusado não é, por si só, causa de nulidade, visto que tal poder é expressamente previsto na Lei. E, por óbvio, o ordenamento é coerente, ao permitir o indeferimento justamente porque a prova solicitada se mostra impertinente, protelatória ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos, de forma que sua dispensa em nada pode acarretar prejuízo à defesa, já que esta se defende do fato que lhe é imputado e a prova dispensada não auxilia em nada no esclarecimento fático.

Todavia, este poder, a cargo da comissão, de denegar pedido de prova da defesa, deve ser usado com cautela, em caso de inequívoca improcedência, uma vez que a negativa de ato de interesse do acusado pode suscitar alegação de cerceamento à defesa. Primeiramente, estando em dúvida para indeferir pedido de formação de prova, quando o caso não é de flagrante inaplicabilidade, pode a comissão intimar o acusado a demonstrar relação de pertinência da prova solicitada com o fato apurado.

Se, mesmo após esta oportunidade de aduzir a relação de pertinência de seu pedido com o objeto do processo, o acusado não convencer da relevância da prova solicitada, a denegação do pedido, assinada pelo presidente, deve estar respaldada em prévia deliberação colegiada bem fundamentada e motivada, em ata, ainda no curso da instrução, para que a defesa possa contestar o indeferimento diante da própria comissão ou apresentar um pedido suplementar de realização de outras provas.

Neste momento, não deve a comissão guardar a resposta para o relatório, quando não haverá condições de ser contraditada, e também não se recomendam indeferimentos lacônicos, apenas afirmando que o pedido é impertinente ou que é protelatório. Deve haver, na ata, as razões jurídicas demonstrando a clara motivação do indeferimento (porque a prova

já foi produzida anteriormente ou porque a informação que se quer já consta dos autos, etc), bem como a fundamentação legal no § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990. Conforme a dinâmica já exposta em **4.3.11.1** e em **4.3.11.3** e também de acordo com o que se abordará em **4.4.3**, basta entregar a notificação apenas ao acusado (ou apenas a seu procurador) e, desta notificação do indeferimento do pedido, deve constar do termo que a ele “segue anexada cópia da ata, com a motivação do indeferimento, que é parte integrante e inseparável do termo”.

Sendo tema sensível, colecionam-se pacificadas manifestações jurisprudenciais e doutrinárias, inclusive do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU).

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.834: “Ementa: (...) III - O indeferimento de pedido de produção de provas, por si só, não se caracteriza como cerceamento de defesa, principalmente se a parte faz solicitação aleatória, desprovida de qualquer esclarecimento. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LV, garante aos litigantes em maneira geral o direito à ampla defesa, compreendendo-se nesse conceito, dentre os seus vários desdobramentos, o direito da parte à produção de provas para corroborar suas alegações. Mas esse direito não é absoluto, ou seja, é necessário que a parte demonstre a necessidade de se produzir a prova, bem como deduza o pedido no momento adequado.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.464: “Ementa: (...) II - O direito à produção de provas não é absoluto, podendo o pedido ser denegado pelo presidente da comissão quando for considerado impertinente, meramente protelatório ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos. (...). IV - A comunicação do indeferimento da prova requerida deve operar-se ainda na fase probatória, exatamente para oportunizar ao servidor a interposição de eventual recurso contra a decisão do colegiado disciplinar, sendo defeso à comissão indeferi-lo quando da prolação do relatório final.”*

*Idem: STJ, Mandados de Segurança nº 6.952, 8.877 e 12.016*

*“Por outro lado, é preciso ter em mente que as provas referem-se a atos e fatos jurídicos que sejam, cumulativamente, pertinentes, relevantes e controvertidos. Não preenchidos esses requisitos, a produção de provas deverá, após deliberação dos membros devidamente registrada em ata (art. 152, § 2º), ser indeferida por ato motivado do presidente da comissão (...)”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 185 e 186, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

*“Para segurança do indeferimento, a fim de que não caracterize cerceamento de defesa, convém que a comissão, preventivamente, utilize, sempre, a fórmula: ‘Diga o requerente qual é o objeto da sua prova’.*

*Isso permitirá avaliar se a prova pleiteada está ou não vinculada às condições que lhe garantem o deferimento.” Léo da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, pg. 216, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

*“É comum a defesa arrolar testemunha chamada abonatória, que é aquela que, na verdade, nada sabe sobre o fato. Deseja, apenas, que compareça perante a autoridade processante para falar dos bons hábitos, por exemplo, do servidor. A princípio, essas testemunhas devem ser dispensadas, porque nenhum esclarecimento trarão aos autos.” Léo da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, pg. 495, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

*“Apesar da Lei Geral de Processo Administrativo da União (Lei Federal nº 9.784/1999) assegurar os direitos do administrado de formular alegações e apresentar documentos antes da decisão (art. 3º, III) e de, na fase instrutória e antes da tomada de decisão, juntar documentos e pareceres, requerer*

*diligências, perícias e de aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo (art. 38), a Administração poderá recusar, desde que fundamentadamente, a realização de provas propostas pelos interessados quando ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias (art. 38, parágrafo 2º).*

*A Lei federal nº 8.112/1990 capitula que o presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos (art. 156, parágrafo 1º).*

*José dos Santos Carvalho Filho comenta o art. 38, parágrafo 2º, da Lei federal nº 9.784/1999, e ensina que são ilícitas as provas produzidas em desconformidade com a lei ou com princípio constitucional; impertinentes as que não tenham qualquer relação com o assunto de que cuida o processo; desnecessárias as inúteis para o processo administrativo, como no caso de o fato que se pretende provar por certo meio proposto já se encontrar demonstrado por meio mais idôneo e incontestável; protelatórias aquelas de que se vale o interessado para tão somente procrastinar a solução do processo. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes assinala que só podem ser objeto de atividade instrutória os fatos pertinentes ao processo e relevantes para as finalidades das investigações.*

*Encareceu o Superior Tribunal de Justiça: ‘O indeferimento motivado do pedido de acareação de testemunhas e de perícia grafotécnica não importa em cerceamento de defesa quando o conjunto probatório dos autos tornar desnecessária a produção de tais provas.’*

*Fernando Capez sustenta que apenas os fatos duvidosos em sua configuração e relevantes para julgamento do processo devem ser objeto da atividade probatória.*

*Enuncia o Superior Tribunal de Justiça: ‘O indeferimento de pedido de produção de perícia, por si só, não se caracteriza como cerceamento de defesa, principalmente se a parte faz solicitação aleatória, desprovida de qualquer esclarecimento.’ Ratifica a Corte: ‘Não há cerceamento de defesa no indeferimento de produção de prova manifestamente desnecessária.’*

*O Superior Tribunal de Justiça endossou: ‘Não há ilegalidade em ato indeferitório de produção de provas eminentemente protelatórias, competindo, ainda, ao servidor a entrega de documentos que pretenda utilizar-se, desde que fiquem sob a sua guarda.’” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pg. 497, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

*“A L. 8.112 faculta ao presidente da comissão indeferir pedidos de provas que considere impertinentes, ou meramente protelatórias, ou desinteressantes para o esclarecimento dos fatos. Significa isto que sempre que o servidor indiciado requerer prova de todo inaplicável ao caso, ou com intenção manifestamente procrastinatória, apenas para consumir tempo útil de processo, ou ainda sem qualquer relação com ele, poderá indeferir tal pedido. Desnecessário recordar que todo e qualquer indeferimento dessa natureza precisará estar justificado com rigor e precisão, pois está, em última análise, furtando ao indiciado o direito de uma prova que requereu.*

*É certo que nem toda a prova pedida precisa ser deferida, tanto no processo administrativo quanto no judicial, onde é frequente Juízes indeferirem requerimentos de provas que consideram impertinentes, protelatórios ou irrelevantes. Em todos os casos, entretanto, repita-se, a denegação dos pedidos precisará estar razoavelmente fundamentada, demonstrando-se quão indevido é o pedido. Em assim não acontecendo, remanescerá ao requerente um claro direito à obtenção da prova, factível até pela via do mandado de segurança.” Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis”, pg. 294, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

De se destacar a informação, acima constante, de que o eventual indeferimento de pedido de prova apresentado pela defesa deve ser notificado ainda no curso da instrução, para

que o acusado possa contestá-lo diante da própria comissão.

Embora estejam igualmente inseridos no chamado direito de petição (previsto nos arts. 104 a 115 da Lei nº 8.112, de 1990, e que, como gênero, sintetiza o direito de o administrado requerer diretamente à Administração), há dois institutos que, à vista da autonomia e da independência da comissão, exigem aqui uma abordagem específica: o pedido de reconsideração e o recurso hierárquico. Sendo a comissão o ente exclusivamente competente para a condução da segunda fase do processo (o inquérito administrativo), tem-se que, aí, ela é a própria Administração. Como tal, em tese, seus atos poderiam suscitar os dois requerimentos acima citados.

De um lado é certo que o indeferimento, por parte da comissão, de qualquer petição apresentada pelo acusado, referente a ato instrucional, pode ser objeto de um único pedido de reconsideração ao próprio colegiado, à luz do art. 106 da Lei nº 8.112, de 1990, a fim de que ele reveja sua decisão original.

Todavia, de outro lado, sendo a comissão um órgão autônomo e independente na Administração Pública, não se inserindo em via hierárquica e não sendo subordinada a qualquer autoridade, conforme já aduzido em **4.3.10.2.2**, não se apresenta útil à defesa interpor recurso contra ato da comissão, apesar da previsão genérica no art. 107 da Lei nº 8.112, de 1990, e da previsão apenas suplementar do art. 69 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, visando à reforma de algum de seus atos, visto que não há autoridade superior ao colegiado.

E some-se a este argumento sólido de não inserção em via hierárquica o fato de que o rito previsto na Lei nº 8.112, de 1990, contempla a comissão apenas como o ente competente para conduzir e instruir a segunda fase, do inquérito administrativo, reservando à autoridade julgadora a emissão do ato decisório do processo, no julgamento (análogo à sentença de que trata o § 1º do art. 203 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil - CPC). Desta sistemática se extrai que a comissão não produz decisões terminativas no processo disciplinar, mas sim meros despachos e decisões interlocutórias (nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 203 do CPC), tomados nos limites de sua competência, que é essencialmente a de preparar os autos a fim de poderem receber o julgamento.

*CPC - Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.*

*§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.*

*§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.*

*§ 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.*

Sendo assim, uma vez que, de acordo com jurisprudência, não é cabível recurso hierárquico de decisões interlocutórias tomadas em processos disciplinares, reforça-se que não se admite tal esfera recursal diante de comissão. E não há que se cogitar de prejuízo à defesa em tal assertiva, que, em síntese, denega tão somente a imediata apreciação, por parte da autoridade instauradora e designante da comissão, de alguma contestação feita pela defesa. A uma porque não só a matéria posta sob contestação mas sim todo o escopo apuratório do processo será, obrigatoriamente, submetido ao crivo da autoridade julgadora, na última fase processual, quando enfim, se emitirá decisão terminativa; e, a duas, porque esta decisão sim, ainda pode ser objeto de recurso hierárquico à autoridade superior. Acrescente-se ainda que não necessariamente a autoridade instauradora figurará, ao final do processo, como a autoridade legalmente competente para proferir o julgamento, em razão da alçada a ser definida apenas com a eventual proposta de penalidade.

*TRF da 5ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 53.344: “Ementa: (...) - Quanto à “perícia contábil” - expressão indevidamente usada (certamente para conferir mais força à alegação do suposto cerceamento de defesa) porque se tratava de mera diligência fiscal - vê-se que o pedido do impetrante já fora anteriormente formulado e indeferido, e esse indeferimento foi mantido pela decisão de fls. 104, item 27. Operou-se, quanto à matéria, a preclusão administrativa. (...) Por derradeiro, tampouco houve cerceamento de defesa ao ‘não conferir ao acusado, ora Impetrante, oportunidade para recurso administrativo, ao ultimar a instrução simultaneamente com a ciência do Impetrante do indeferimento de seu requerimento de nova diligência fiscal, para que pudesse acompanhá-la e formular quesitos’ pelas simples razões de, no âmbito do processo administrativo, não existirem recursos de decisões interlocutórias, e de os recursos, em regra, não terem efeito suspensivo, nos termos do art. 61 caput e parágrafo único da Lei 9.784/99.*

#### **4.4.1.5.1 - Quantidade de Testemunhas**

Uma questão por vezes enfrentada pela comissão é se há ou não algum limite para quantidade de testemunhas que a parte pode arrolar. A rigor, não há uma exata determinação da quantidade de oitivas, seja de interesse da comissão, seja de interesse da parte. Como no processo disciplinar não há as figuras de testemunhas de defesa e de acusação e aqui prevalece a busca da verdade material por oficialidade, todas as testemunhas necessárias ao esclarecimento do fato são do processo. Com isto, em princípio, não cabe a imposição de um número máximo de testemunhas.

Excepcionalmente, diante de pedidos por parte do acusado para que sejam ouvidas inúmeras testemunhas e para as quais não se prevê forte pertinência, por mera recomendação, pode-se adotar como referência permitir ao interessado indicar, no mínimo, a mesma quantidade de testemunhas que a comissão por si só deliberou ouvir. É uma mera indicação, imprecisa e variável, visto que somente o caso concreto é que pode definir a relação de pertinência de um ou de vários testemunhos. Mas, o certo é que, adotando esta referência mínima, respeita-se o princípio da impessoalidade, que ordena a igualdade de condições entre a comissão e o acusado.

Além disto, também como meras referências, passíveis de serem ultrapassadas diante da peculiaridade de cada caso concreto, pode-se ainda citar o limite previsto no *caput* do art. 401 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), que estabelece que, na instrução dos respectivos processos judiciais, serão inquiridas no máximo oito testemunhas de acusação e até oito de defesa.

Enfim, em que pese as referências acima mencionadas, em obediência aos princípios da oficialidade e da verdade material, não se pode determinar categoricamente uma quantidade de oitivas, ficando tal definição dependente das peculiaridades de cada caso, diante da complexidade e da livre convicção da comissão.

No caso de se tentar trazer aos autos a rotina de determinada unidade ou de determinada atividade (fiscal ou previdenciária), pode-se concentrar na oitiva apenas do chefe, dispensando-se ouvir todo o pessoal lotado.

Acrescente-se ainda ser comum se deparar a comissão com pedido, por parte da defesa, para que sejam ouvidas como testemunhas pessoas que não guardam relação concreta alguma com os fatos apurados, pessoas que sequer trabalham onde o fato ocorreu e que, provavelmente, nada terão a informar sobre o objeto da apuração, decorrendo este pedido apenas da expectativa por parte do acusado de que tais pessoas compareçam aos autos para manifestarem aspectos pretéritos da conduta do servidor ou suas avaliações pessoais acerca do caráter e da retidão do acusado. Diante de tais pedidos, em que se presume que os depoimentos se limitarão a manifestações de impressões e opiniões pessoais das testemunhas

acerca da pessoa do acusado, após oportunizar à defesa a manifestação de pertinência entre o pedido e o objeto restrito de apuração, deve a comissão fundamentar a denegação mediante aplicação extensiva do art. 213 do CPP, que veda no processo a manifestação, por parte de testemunhas, de apreciações pessoais, a menos que sejam indissociáveis do fato sob apuração.

Em última instância, restando insegurança de parte da comissão para indeferir pedido de oitiva do tipo acima descrito de testemunha, tendo a trazido aos autos, uma estratégia interessante é o colegiado de imediato perguntar ao depoente o que sabe acerca dos fatos específicos objeto de apuração no processo em curso, restringindo o interesse ao local e à época da ocorrência, e, diante da presumida resposta negativa, manifestar a desnecessidade de novas perguntas e passar a palavra à defesa, como forma de deixar registrada no termo a impertinência da prova.

#### **4.4.1.6 - Prova Documental**

Quanto a meios de prova, merece imediata e isolada abordagem a prova documental, uma vez que, além daqueles documentos que tenham instruído a peça inicial ou que tenham sido autuados na fase de admissibilidade, suas juntada, aplicabilidade e aceitação se diluem ao longo não só de toda a instrução processual mas também, a rigor, ao longo de todo o processo disciplinar, seja para reforçar, seja para contrapor os fatos denunciados ou conexos. Diante do total silêncio da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a abordagem do tema se sujeita à integração com o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP) e principalmente com a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), onde se encontra a mais completa normatização, conforme desde já introduzem, respectivamente, os seus art. 231, *caput* do art. 232 e art. 234 e o *caput* do seu art. 435.

*CPP - Art. 231. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.*

*Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.*

*Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.*

*CPC - Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.*

Sob termos jurídicos, documento é todo o meio em que se pode fazer conhecer e representar um fato ou até mesmo um pensamento, uma ideia ou uma intenção e fixá-los de modo permanente para sua posterior reprodução nos autos, como elemento informador de convicção. Na amplitude deste conceito, pode-se ter documento tanto com forma pré-definida em lei (o chamado documento formal) quanto com liberdade formal (o chamado documento não formal, cuja forma não se submete à previsão legal).

Como consequência desta ampla possibilidade, os documentos podem representar o fato por meio de escritos, gráficos, imagens, fotografias, mapas, sinais de vídeo, sinais de áudio, dentre tantos outros, e podem se materializar tanto em papel quanto em materiais plásticos das mais diversas naturezas e em mídias eletrônicas (sem prejuízo de se reconhecer que, histórica e juridicamente, o sentido estrito do termo “documento” se reportava a documentos escritos em papel). Dito isto, o conceito de documento independe do objeto em que se materializam de forma permanente o fato, pensamento, ideia ou intenção, estando, portanto, à margem do suporte físico em que se assenta sua existência. Ainda na esteira desta abrangência, ao final do presente tópico, se abordarão os documentos eletrônicos (ou digitais), não obstante se reconhecer que as definições que de imediato se apresentam, fortemente associadas aos documentos em meio físico, também se aplicam indistintamente àqueles documentos eletrônicos.

De imediato, duas classificações dos documentos, ambas relacionadas à sua autoria, se mostram relevantes. Primeiramente, em razão da qualidade do seu autor, os documentos podem ser públicos ou particulares (ou privados). Os documentos são públicos se formados diante de um agente público no exercício do seu múnus, circunstância que lhe assegura fé pública (a formação perante o agente público tem um sentido mais amplo que simplesmente a elaboração ou a lavratura pelo agente público). Da literalidade do art. 405 do CPC extrai-se que a qualidade pública de um documento não se condiciona a seu autor ter atribuições notariais (no sentido estrito de funções cartoriais extrajudiciais em gênero), depreendendo-se que os documentos públicos podem ser judiciais, elaborados por escrivães ou serventuários de justiça nas escriturarias de justiça (cartórios judiciais) ou nas secretarias de varas de justiça; ou notariais, elaborados por tabeliães (notários) responsáveis por tabelianatos (ofícios de notas ou notariados) ou oficiais responsáveis por registros públicos; ou ainda administrativos, elaborados por servidores em geral de qualquer outro órgão público. Os documentos são particulares se elaborados por um agente particular ou por quem aja nesta qualidade. A esta primeira classificação acrescenta-se que os documentos podem ser assinados (subscritos) ou anônimos: os documentos assinados possuem autoria aparente (bem como presunção de que o conteúdo nele representado foi desejado pelo autor), a ser confirmada ou não com a sua autenticidade, e os não assinados não possuem autoria aparente.

*CPC - Art. 405. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença.*

Na sequência destes primeiros conceitos, à luz dos arts. 410 e 411 do CPC, tem-se que os documentos públicos gozam de presunção de serem autênticos (pois trazem em si mesmos a prova da autoria); já os documentos particulares somente são reputados autênticos se o tabelião reconhecer a firma aposta em sua presença, necessitando em regra serem autenticados (tendo a autoria comprovada fora de si mesmos) ou podem ainda restar sem autenticidade.

*CPC - Art. 410. Considera-se autor do documento particular:*

*I - aquele que o fez e o assinou;*

*II - aquele por conta de quem ele foi feito, estando assinado;*

*III - aquele que, mandando compô-lo, não o firmou porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros empresariais e assentos domésticos.*

*Art. 411. Considera-se autêntico o documento quando:*

*I - o tabelião reconhecer a firma do signatário;*

*II - a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação, inclusive eletrônico, nos termos da lei;*

*III - não houver impugnação da parte contra quem foi produzido o documento.*

O termo “documento” comporta duas acepções, em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, contém tanto o conceito de “instrumento” quanto o de documento em sentido estrito. O termo “instrumento” refere-se aos documentos que, desde sua feitura, destinam-se a figurar como prova pré-constituída de algum fato, constituindo, extinguindo ou modificando este ato jurídico, e que, como tal, em regra, são escritos e formais, restando os documentos em sentido estrito (a que o já reproduzido *caput* do art. 232 do CPP chama de “papéis”) como prova apenas casualmente, pois não são elaborados com este fim específico e pré-determinado.

Tanto os instrumentos quanto os documentos em sentido estrito podem ser públicos ou particulares, de acordo com a definição genérica acima já exposta. Quanto aos instrumentos, no primeiro caso, inserem-se como públicos, dentre outros, os atos processados em juízo, tais como peças de processos judiciais, elaborados por escrivães ou por serventuários de justiça; as escrituras públicas lavradas por tabeliães (notários) ou por oficiais de registros públicos, à vista de seus livros e assentamentos cartoriais extrajudiciais, sendo certo que, por vezes, a lei exige algum destes requisitos formais, conforme comanda o art. 406 do CPC; e, como

particulares, os contratos civis, as escrituras particulares, os livros comerciais e contábeis, os recibos, os cheques, as procurações e os papéis e registros domésticos ainda que não assinados. Residualmente, quanto aos documentos em sentido estrito, dentre outros, mencionam-se como públicos os termos que consubstanciam atos administrativos em geral; e, como particulares, as cartas missivas, as mensagens e as notícias de mídia, submetidas a critério constitucional de admissibilidade, conforme reitera o art. 233 do CPP. De se ressaltar que as exemplificações acima são dinâmicas; em outras palavras, um documento em sentido estrito pode ser alçado à espécie de instrumento se for elaborado com a prévia intenção de servir de meio de prova de um fato e um instrumento pode valer como documento em sentido estrito se casualmente vier a valer como prova de um fato distinto daquele nele representado.

*CPC - Art. 406. Quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.*

*CPP - Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.*

*Parágrafo único. As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.*

Neste aspecto, esclareça-se que as provas coletadas por meio de atos instrucionais são materializadas nos autos em forma documental. Citem-se, a título de exemplos não exaustivos, as provas orais e diligenciais, que são materializadas nos autos por meio de termos; e as provas periciais, que o são por meio de laudos. Não sendo provas pré-constituídas que porventura posteriormente se mostraram de pertinente juntada ao processo mas sim tendo sido provas produzidas com o fim específico de comporem os autos, a rigor, tais elementos não possuem a natureza de prova documental, mas sim mantêm suas naturezas intrínsecas de prova oral ou pericial, a despeito da forma como se materializam nos autos.

Os documentos públicos, em sentido amplo, fazem prova, tanto em relação às partes quanto em relação a terceiros, não só acerca de sua própria lavratura mas também acerca de tudo o que o agente público (em sentido amplo) nele relatou, nos termos do já mencionado *caput* do art. 405 do CPC. Já os documentos particulares, em sentido amplo, uma vez assinados, fazem presumir, de forma relativa, como verdadeiras todas as assertivas neles registradas, não se aceitando sua consideração fracionada apenas naquilo que favorece a parte, presunção que se fortalece em autenticidade caso sejam expressa ou tacitamente reconhecidos pela parte, cabendo-lhe, em sentido inverso, contestar a autenticidade de sua assinatura e o conteúdo documentado, conforme leitura conjunta dos arts. 408 e 412 do CPC e do art. 235 do CPP. Os documentos particulares, em sentido amplo, não assinados (tais como papéis e registros domésticos) fazem prova apenas em sentido desfavorável em relação ao signatário, incumbindo-lhe o ônus da prova a seu favor acerca daquilo que declarou. Também os livros e a escrituração contábeis não admitem consideração fracionada, por ordem dos arts. 417 e 419 do CPC.

*CPP - Art. 235. A letra e firma dos documentos particulares serão submetidas a exame pericial, quando contestada a sua autenticidade.*

*CPC - Art. 408. As declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.*

*Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência de determinado fato, o documento particular prova a ciência, mas não o fato em si, incumbindo o ônus de prová-lo ao interessado em sua veracidade.*

*Art. 412. O documento particular de cuja autenticidade não se duvida prova que o seu autor fez a declaração que lhe é atribuída.*

*Parágrafo único. O documento particular admitido expressa ou tacitamente é indivisível, sendo vedado à parte que pretende utilizar-se dele aceitar os fatos que lhe são favoráveis e recusar os que são contrários ao seu interesse, salvo se*

*provar que estes não ocorreram.*

*Art. 417. Os livros empresariais provam contra seu autor, sendo lícito ao empresário, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos.*

*Art. 419. A escrituração contábil é indivisível, e, se dos fatos que resultam dos lançamentos, uns são favoráveis ao interesse de seu autor e outros lhe são contrários, ambos serão considerados em conjunto, como unidade.*

Os documentos podem se apresentar em original, quando são os próprios documentos genuínos que fazem conhecer ou que representam o fato, ou em cópia, que são reproduções, textuais ou não, do original.

São cópias autênticas, com mesmo valor de prova dos respectivos originais, uma vez que são lavrados por agentes públicos (escrivão ou serventuário de justiça, tabelião (notário) ou oficial de registro público ou ainda qualquer servidor), o traslado e a certidão, diferindo que o traslado é uma cópia integral e textual, como uma nova via duplicata do instrumento público trasladado, e a certidão é uma asseveração, que pode ser de inteiro teor ou parcial, do conteúdo certificado, conforme os incisos I e II do art. 425 do CPC. Também possuem o mesmo valor probante que os respectivos originais as cópias comuns (reprográficas ou de qualquer outra natureza) de documentos públicos avulsos, conferidas em cartório judicial ou extrajudicial ou autenticadas por servidor de qualquer órgão, conforme o inciso III do art. 425 do CPC, em conjunto com o parágrafo único do art. 232 e o art. 237, ambos do CPP, que as denomina públicas-formas. A atribuição para que qualquer servidor proceda à autenticação de documentos é ratificada no § 2º do art. 29 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e no *caput* e no § 1º do art. 10 do Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017. A expressão “oficial público” constante dos incisos II e III do art. 425 do CPC harmoniza-se com o art. 405 do mesmo Código, albergando leitura extensa para qualquer agente público, mesmo sem atribuição notarial). Já as cópias comuns (reprográficas ou de qualquer outra natureza) de documentos particulares também têm *a priori* o mesmo valor probante do original, mas podem ser impugnadas e conferidas por escrivão; e, caso não sejam contestadas por aquele contra quem são exibidas, assumem valor probante, nos termos do art. 225 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC), e dos arts. 422, 423 e 424 do CPC.

*CPC - Art. 422. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida.*

*§ 1º As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia.*

*§ 2º Se se tratar de fotografia publicada em jornal ou revista, será exigido um exemplar original do periódico, caso impugnada a veracidade pela outra parte.*

*§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo à forma impressa de mensagem eletrônica.*

*Art. 423. As reproduções dos documentos particulares, fotográficas ou obtidas por outros processos de repetição, valem como certidões sempre que o escrivão ou o chefe de secretaria certificar sua conformidade com o original.*

*Art. 424. A cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original.*

*Art. 425. Fazem a mesma prova que os originais:*

*I - as certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências ou de outro livro a cargo do escrivão ou do chefe de secretaria, se extraídas por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas;*

*II - os traslados e as certidões extraídas por oficial público de instrumentos ou documentos lançados em suas notas;*

*III - as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por*

*oficial público ou conferidas em cartório com os respectivos originais;*  
*IV - as cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial declaradas autênticas pelo advogado, sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade;*

*V - os extratos digitais de bancos de dados públicos e privados, desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem;*

*VI - as reproduções digitalizadas de qualquer documento público ou particular, quando juntadas aos autos pelos órgãos da justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pela Defensoria Pública e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração.*

*§ 1º Os originais dos documentos digitalizados mencionados no inciso VI deverão ser preservados pelo seu detentor até o final do prazo para propositura de ação rescisória.*

*§ 2º Tratando-se de cópia digital de título executivo extrajudicial ou de documento relevante à instrução do processo, o juiz poderá determinar seu depósito em cartório ou secretaria.*

*CPP - Art. 232.*

*Parágrafo único. À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original.*

*Art. 237. As públicas-formas só terão valor quando conferidas com o original, em presença da autoridade.*

*CC - Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.*

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 22.*

*§ 3º A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo.*

*Decreto nº 9.094, de 2017 - Art. 10. A apresentação de documentos por usuários dos serviços públicos poderá ser feita por meio de cópia autenticada, dispensada nova conferência com o documento original.*

*§ 1º A autenticação de cópia de documentos poderá ser feita, por meio de cotejo da cópia com o documento original, pelo servidor público a quem o documento deva ser apresentado.*

Diante da frequência com que o processo disciplinar se faz instruir de cópias de documentos, sendo pouco comum a autuação de documentos originais, convém discorrer que a regra geral é da aceitação e da validade do emprego de cópias, gozando estas da presunção de autenticidade. A menos de caso específico em que justamente a discussão sobre a autenticidade ou não de documento integra o cerne que se quer comprovar no processo, a regra geral é de que as cópias ou originais possuem equivalente valor probante, dispensando-se a autenticação. Caso a defesa conteste a autenticidade de determinado documento, cabe-lhe o ônus probante.

Os documentos públicos ou particulares podem conter vícios de diferentes naturezas, que geram a falsidade documental, com distintos efeitos. De imediato, mencionam-se os vícios de mera forma, detectáveis com simples inspeção visual do documento, tais como entrelinhas, emendas, borrões, cancelamentos e outros defeitos sem a devida ressalva no próprio documento, nos termos do art. 407 do CPC. A existência de ressalva para vício que recai sobre ponto substancial ou mesmo a inexistência de ressalva para vício que recai sobre ponto não substancial não afetam o valor probante do documento. Também não anula especificamente um documento público o fato de ter sido lavrado por agente público incompetente, mas afeta sua eficácia probatória, fazendo assumir valor probante de documento particular, conforme o art. 407 do CPC.

*CPC - Art. 407. O documento feito por oficial público incompetente ou sem a observância das formalidades legais, sendo subscrito pelas partes, tem a mesma eficácia probatória do documento particular.*

*Art. 426. O juiz apreciará fundamentadamente a fé que deva merecer o documento, quando em ponto substancial e sem ressalva contiver entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento.*

Em patamar de maior gravidade, mencionam-se os incidentes de falsidade documental material e ideológica. A falsidade material ocorre quando se produz um documento falso ou quando se adultera um documento existente. A falsidade ideológica ocorre quando se tem um documento materialmente perfeito mas que representa um fato falso. No primeiro caso, o documento em si é falso; no segundo caso, a falsidade reside no fato representado. Estas espécies de falsidades fazem cessar a fé tanto do documento público quanto do documento particular, na leitura do art. 427 do CPC. E, especificamente para os documentos particulares, conforme o art. 428 do CPC, também fazem cessar sua fé a contestação da assinatura, até a comprovação de sua veracidade, ou ainda, em caso de documento assinado em branco, o preenchimento com abuso de outrem, em violação ao pacto firmado com o signatário.

*CPC - Art. 427. Cessa a fé do documento público ou particular sendo-lhe declarada judicialmente a falsidade.*

*Parágrafo único. A falsidade consiste em:*

*I - formar documento não verdadeiro;*

*II - alterar documento verdadeiro.*

*Art. 428. Cessa a fé do documento particular quando:*

*I - for impugnada sua autenticidade e enquanto não se comprovar sua veracidade;*

*II - assinado em branco, for impugnado seu conteúdo, por preenchimento abusivo.*

*Parágrafo único. Dar-se-á abuso quando aquele que recebeu documento assinado com texto não escrito no todo ou em parte formá-lo ou completá-lo por si ou por meio de outrem, violando o pacto feito com o signatário.*

Refletindo o atual e crescente estágio tecnológico e de informatização, é de se ratificar a admissão jurídica dos documentos eletrônicos (como inicialmente denominados) ou digitais (conforme mais comumente se denominam nas normas mais recentes), nos termos não exaustivos do art. 332 do CPC, reportando-se aqui ao histórico de sua adoção na processualística judicial e administrativa, já sintetizada com detalhes em **2.4.3**, de desnecessária repetição integral no presente tópico. Apenas algumas peculiaridades valem ser reiteradas no presente tópico.

Desde as primeiras iniciativas de positivação do emprego das inovações tecnológicas, desponta a Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, cujo art. 10 estabeleceu que o fato de um documento ser elaborado em meio eletrônico não o faz perder sua natureza de público ou de privado e que as declarações constantes do documento eletrônico emitido com certificação digital se presumem verdadeiras em relação aos signatários.

*Medida Provisória nº 2.200-2, de 2001 - Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.*

*§ 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil.*

*§ 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.*

Em seguida, o CC, em seu art. 225, acima já reproduzido, mencionou a possibilidade de atribuição de valor probante a cópias eletrônicas e, na esteira, a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, ao dispor sobre a informatização da formalista instância processual judicial, estabeleceu as condições para o pleno valor probante dos “*documentos produzidos eletronicamente*” (chamados de nato-digitais) e dos “*documentos digitalizados*”, no *caput* e no § 1º do seu art. 10, estabelecendo seus valores probantes.

*Lei nº 11.419, de 2006 - Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.*

*§ 1º Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.*

E, especificamente na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), a Portaria SRF nº 259, de 13 de março de 2006, fez refletir, no § 2º do art. 1º e no § 1º do art. 7º, os comandos legais generalistas do *caput* e do § 1º da Lei nº 11.419, de 2006, na processualística administrativa interna.

*Portaria SRF nº 259, de 2006 - Art. 1º*

*§ 2º Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos digitais com garantia da origem e de seu signatário serão considerados originais para todos os efeitos legais. (Redação dada pela Portaria RFB nº 574, de 10 de fevereiro de 2009)*

*Art. 7º*

*§ 1º Os documentos digitalizados e juntados aos autos pela RFB têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada, fundamentada e comprovada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização. (Redação dada pela Portaria RFB nº 574, de 2009)*

Em acréscimo, a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, no parágrafo único do art. 1º, trouxe a definição legal do procedimento de digitalização (ou escaneamento, pelo qual documentos originalmente produzidos em papel são convertidos para formato digital, em arquivos de extensão “*portable document format*” - pdf) como a conversão fiel da imagem de um documento em um código digital, passando então a ser mais comum se reportar ao gênero dos documentos digitais desdobrado nas espécies dos documentos nato-digitais (aqueles já produzidos de forma totalmente eletrônica) e dos documentos digitalizados (aqueles posteriormente submetidos a processo de conversão). Na mesma toada modernizante, o CPC, no § 2º do seu 438, ratificou o emprego de documentos digitais pela Administração.

*Lei nº 12.682, de 2012 - Art. 1º*

*Parágrafo único. Entende-se por digitalização a conversão da fiel imagem de um documento para código digital.*

*CPC - Art. 438.*

*§ 2º As repartições públicas poderão fornecer todos os documentos em meio eletrônico, conforme disposto em lei, certificando, pelo mesmo meio, que se trata de extrato fiel do que consta em seu banco de dados ou no documento digitalizado.*

Por fim, cabe aqui repetir as definições e comandos dos arts. 10 a 12 do Decreto nº 8.359, de 8 de outubro de 2015, que disciplina o uso do meio eletrônico na processualística administrativa *lato sensu* e que, por óbvio, interessa ao processo disciplinar. Primeiramente, no seu art. 10, ratifica-se que os documentos nato-digitais assinados digitalmente assumem valor de originais. Já quanto aos documentos digitalizados no âmbito da Administração, conforme o art. 12, requer-se conferência com o documento apresentado: se tiver sido

apresentado original, o documento digitalizado assume valor de cópia autenticada administrativamente, conforme competência reconhecida desde o já mencionado § 2º do art. 29 da Lei nº 9.784, de 1999; se tiver sido apresentada cópia autenticada em cartório judicial ou extrajudicial, cópia autenticada administrativamente ou cópia simples, o documento digitalizado assume valor de cópia simples. Por fim, à luz do art. 11, quanto aos documentos digitalizados pelo particular (acusado ou terceiro), assumem valor de cópia simples e condicionado à responsabilidade do interessado quanto à sua integridade.

*Decreto nº 8.539, de 2015 - Art. 10. Os documentos nato-digitais e assinados eletronicamente na forma do art. 6º são considerados originais para todos os efeitos legais.*

*Art. 11. O interessado poderá enviar eletronicamente documentos digitais para juntada aos autos.*

*§ 1º O teor e a integridade dos documentos digitalizados são de responsabilidade do interessado, que responderá nos termos da legislação civil, penal e administrativa por eventuais fraudes.*

*§ 2º Os documentos digitalizados enviados pelo interessado terão valor de cópia simples.*

*Art. 12. A digitalização de documentos recebidos ou produzidos no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverá ser acompanhada da conferência da integridade do documento digitalizado.*

*§ 1º A conferência prevista no caput deverá registrar se foi apresentado documento original, cópia autenticada em cartório, cópia autenticada administrativamente ou cópia simples.*

*§ 2º Os documentos resultantes da digitalização de originais serão considerados cópia autenticada administrativamente, e os resultantes da digitalização de cópia autenticada em cartório, de cópia autenticada administrativamente ou de cópia simples terão valor de cópia simples.*

Reitere-se que, no caso específico do processo digital no âmbito da corregedoria da RFB, o acusado ativo (e não licenciado ou afastado) pode formalizar no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) solicitação de juntada de documento (SJD), autenticado ou confirmado, oriundo de cópia simples que não requer autenticação, ou ainda de arquivo não paginável.

#### **4.4.1.7 - Tradução**

No caso de apresentação de provas documentais escritas em idioma estrangeiro, uma vez que a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, não trataram do assunto, autoriza-se a aplicação subsidiária do dispositivo processual penal. O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), em seu art. 236, estabelece que estas provas, se relevantes para formação da convicção, devem ter o seu original juntado aos autos e ser traduzidas, em princípio, por tradutor público (também chamado de tradutor juramentado). Quanto à tradução, atente-se que a lei penal a menciona em condicional (se necessária), subentendendo-se que pode ser dispensada, dependendo do caso concreto e do tipo de prova de que se trata, conforme também assevera a jurisprudência.

*CPP - Art. 236. Os documentos em língua estrangeira, sem prejuízo de sua juntada imediata, serão, se necessário, traduzidos por tradutor público, ou, na falta, por pessoa idônea nomeada pela autoridade.*

*STJ, Recurso Especial nº 616.103: “Ementa: 1. Em se tratando de documento redigido em língua estrangeira, cuja validade não se contesta e cuja tradução não é indispensável para sua compreensão, não é razoável negar-lhe eficiência de prova. O art. 157 do CPC, como toda regra instrumental, deve ser interpretado sistematicamente, levando em consideração, inclusive, os*

*princípios que regem as nulidades, nomeadamente o de que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para acusação ou para a defesa (pas de nullité sans grief). Não havendo prejuízo, não se pode dizer que a falta de tradução, no caso, tenha importado violação ao art. 157 do CPC.”*

*TRF da 2ª Região, Apelação Cível nº 361.011: “Ementa: II. Não se mostra razoável exigir-se que a Comissão de Inquérito Administrativo providencie a realização de perícia, não somente porque a incolumidade dos documentos em foco se mostra legitimamente apta a revelar a realidade sobre os fatos jurídicos em foco, mas também porque aquela Comissão tem o poder-dever de indeferir, interromper e suspender a produção de provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias e/ou protelatórias, conforme o art. 156, § 1.º, da Lei n.º 8.112/1990, e, nessa linha, a produção de prova pericial, quando a almejada comprovação independer de conhecimento especial de perito, conforme o art. 156, § 2.º, dessa Lei. III. Além disso, não se mostra razoável exigir-se que a mesma providencie a tradução por tradutor juramentado dos documentos em foco, não somente porque o pertinente art. 236 do CPP - Código de Processo Penal estabelece tal medida apenas se necessária, mas também porque isso não encontra respaldo naquela Lei. IV. Ademais, não se mostra razoável exigir-se que a mesma ainda aguarde resposta à consulta elaborada a determinada autoridade estrangeira acerca da existência ou não de determinada publicação, não somente porque há rastros registrais e documentais que evidenciam a realidade sobre os fatos jurídicos em foco, mas também porque, como visto, a mesma tem o poder-dever de indeferir, interromper e suspender a produção de provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias e/ou protelatórias, conforme o art. 156, § 1.º, daquela Lei.”*

A alternativa se aplica quando a tradução não é indispensável para a compreensão do teor dos documentos, seja pela simplicidade dos dados (valores numéricos, ou nomes comerciais ou quaisquer termos identificáveis no cotejo com outros documentos), seja pela própria natureza da atividade desempenhada pelo acusado (comércio exterior, diplomacia, por exemplo), que já faz subentender conhecimento da língua estrangeira.

Tanto é assim que a Instrução Normativa SRF nº 680, de 2 de outubro de 2006, que regulamenta a instrução do despacho aduaneiro de importação, exige, no *caput* e nos incisos do art. 18, documentos estrangeiros originais.

*Instrução Normativa SRF nº 680, de 2006 - Art. 18. A DI será instruída com os seguintes documentos:*

*I - via original do conhecimento de carga ou documento equivalente;*

*II - via original da fatura comercial, assinada pelo exportador;*

*III - romaneio de carga (packing list), quando aplicável; e*

*IV - outros, exigidos exclusivamente em decorrência de Acordos Internacionais ou de legislação específica.*

Conclui-se a partir desta norma que a compreensão por parte dos servidores que analisam tais documentos originais, que em grande parte das vezes são oriundos do exterior e se apresentam em língua estrangeira, constitui-se em atividade rotineira de suas tarefas laborais, não devendo, em princípio, serem tais documentos questionados acerca da falta de tradução, caso venham compor os autos de um processo disciplinar, conforme também aceita a doutrina.

*“(…) Atualmente, num mundo globalizado, especialmente com relação a documentos técnicos, considerando a universalidade de certos termos técnicos, especialmente na área de Informática, não deve haver excessivo rigor quanto a isso [necessidade de tradução]. O que realmente interessa é a compreensão inequívoca do conteúdo do documento. Por exemplo: não faz sentido exigir a tradução de uma fatura ou nota fiscal da qual constem materiais identificados por códigos, acompanhados de quantidades e preços em números arábicos.” Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, “Processo Administrativo”, pg. 125,*

*Malheiros Editores, 1ª edição, 2001*

No caso de ser indispensável a tradução, em princípio, deve ser feita por tradutor público, o que leva a qualificar a prova como tradução pública (também chamada de tradução juramentada). O Decreto nº 13.609, de 21 de outubro de 1943, ainda em vigor, regulamenta o ofício de tradutor público, disciplinando, no *caput* do art. 1º, na alínea “a” do art. 17 e no art. 20, o exercício mediante concurso público, a cargo das Juntas Comerciais estaduais, sem, todavia, estipular qualificação profissional ou formação acadêmica, mas exigindo tão somente proficiência em provas escrita e oral no idioma estrangeiro. Como agentes públicos, os tradutores enquadram-se na categoria de particulares em colaboração com o poder público, prestando serviço sem vínculo empregatício com a Administração, mediante delegação, e sendo remunerados diretamente pelo usuário, também de acordo com a doutrina.

*Decreto nº 13.609, de 21/10/43 - Art. 1º O ofício de tradutor público e intérprete comercial será exercido, no País, mediante concurso de provas e nomeação concedida pelas Juntas Comerciais ou órgãos encarregados do registro do comércio.*

*Art. 17. Aos tradutores públicos e intérpretes compete:*

*a) passar certidões, fazer traduções em língua vernácula de todos os livros, documentos e mais papéis escritos em qualquer língua estrangeira, que tiverem de ser apresentados em juízo ou qualquer repartição pública federal, estadual ou municipal ou entidade mantida, orientada ou fiscalizada pelos poderes públicos e que para as mesmas traduções lhes forem confiados judicial ou extrajudicialmente por qualquer interessado;*

*Art. 20. Os tradutores públicos e intérpretes comerciais terão jurisdição em todo o território do Estado em que forem nomeados ou no distrito Federal quando nomeados pelo Presidente da República. Entretanto, terão fé pública em todo o País as traduções por eles feitas e as certidões que passarem.*

*“Agentes delegados: são particulares que recebem incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante. (...) constituem uma categoria à parte dos colaboradores do Poder Público. Nessa categoria encontram-se os concessionários e permissionários de obras ou serviços públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos (...).” Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, pg. 75, Malheiros Editores, 26ª edição, 2001*

*“Os particulares em colaboração com o Poder Público prestam serviços sem vínculo empregatício e sem remuneração (...). Todos ingressam por concurso público (...). Uma vez providos na delegação, exercem o cargo mediante recursos recebidos da própria comunidade, que paga pela prestação de seus serviços (...). Também aqui se qualificam os leiloeiros, os intérpretes e os tradutores.” Regis Fernandes de Oliveira, “Servidores Públicos”, pg. 12, Malheiros Editores, 1ª edição, 2004*

Em razão disto, na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), o emprego de tradutor público implica em provocar a Divisão de Programação e Logística da respectiva Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil (SRRF/Dipol), a fim de que esta verifique se possui em seus cadastros de prestadores de serviço algum profissional habilitado (ou, em caso contrário, seleciona algum) e contrate para o trabalho requisitado. Uma vez que esta prova importa em custo, é recomendável que a comissão encaminhe o pedido de tradução pública à SRRF/Dipol por intermédio do Chefe do Escritório de Corregedoria (Escor).

Excepcionalmente, sendo necessária a tradução, mas não se dispondo do devido agente público, o ato pode ser realizado por pessoa considerada habilitada que não se constitua em tradutor público. Ou seja, não necessariamente se deve contar com um tradutor público, já que o CPP permite, subsidiariamente, a nomeação de pessoa idônea, na falta

daquele. Para isto, é necessário que a autoridade (no caso, a autoridade instauradora, com o fim de afastar posteriores alegações de suposta parcialidade da comissão) motive o porquê da não escolha de tradutor público.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/10.

*Nota Técnica Coger nº 2005/10: “Ementa: Tendo em vista a ausência de dispositivo legal específico na Lei nº 8.112, de 1990, a tradução de documentos em língua estrangeira deve ser regida pelo art. 236 do CPP. A autoridade instauradora pode designar pessoa idônea na falta de tradutor público, desde que motivadamente.*

*7. Nesse sentido, importante salientar que, a princípio, não se constitui em prejuízo à defesa a ausência de tradução quando a leitura de documentos em língua estrangeira é atribuição inerente da função exercida pelo servidor acusado.”*

Uma vez indicado o tradutor contratado, a comissão pode passar a se reportar a ele diretamente, devendo então produzir cópia das peças a serem traduzidas e fornecê-la ao prestador de serviço. Se, excepcionalmente, pela natureza da peça a ser traduzida, for impossível produzir cópia, deve a comissão desentranhar o original dos autos, autuar o respectivo termo de desentranhamento e fornecê-lo ao profissional.

#### **4.4.2 - Impedimento e Suspeição dos Participantes de Atos de Instrução Probatória**

A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, tratou apenas de algumas hipóteses de impedimento dos membros da comissão com relação ao acusado, no § 2º do art. 149. Todavia, há de se levar em conta também possíveis vinculações pessoais porventura existentes entre agentes que atuarão na instrução probatória e o acusado.

A possibilidade de o próprio agente interveniente (testemunha, perito, assessor técnico, etc) ou de o acusado alegar impedimento ou suspeição na atuação daquele no processo tem amparo na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, em aplicação subsidiária.

Assim, repetem-se os conceitos estabelecidos em **4.2.6**, ratificando-se que incidentes de impedimento ou suspeição têm natureza incidental e não possuem o condão de suspender o andamento do processo enquanto perdurar sua análise.

No caso de alegação de impedimento ou de suspeição, apresentada pela defesa em face de agente interveniente na instrução, deve a comissão tomar por regra que se faz necessário solucionar esta questão incidental, no próprio termo, antes da realização do ato, ainda que isto demande alguma busca de prova. Uma vez que se impõe que a comissão notifique a parte com o prazo mínimo de três dias úteis - o que leva a dizer que a defesa fica sabendo antecipadamente da participação do agente a respeito do qual cogita de impedimento ou suspeição -, é possível defender a tese de que a defesa tem de trazer eventual prova de alegada exceção até a realização do ato instrucional e de que preclui seu direito se somente o faz após a feitura do ato de prova. Não obstante esta primeira leitura, a busca da verdade material, como um princípio fortemente impulsionador da processualística disciplinar (diferentemente do processo judicial, ainda mais preso à verdade formal), impõe que se mitigue e que se flexibilize esta intempestividade contrária à defesa, de forma que, mesmo se a parte traz a prova do alegado impedimento ou suspeição do agente interveniente já após o ato de instrução, é possível que a comissão se convença da tese da defesa e refaça ou descarte o ato instrucional.

O impedimento deriva de uma situação objetiva e gera presunção absoluta de incapacidade. Uma vez configurada uma das hipóteses de impedimento, não há possibilidade de refutação pelo próprio impedido ou pela autoridade a que se destina a alegação. Daí, o

agente fica proibido de atuar no processo, devendo obrigatoriamente comunicar o fato ao presidente da comissão. Aplicando-se subsidiariamente as hipóteses de impedimento elencadas nos incisos do art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999, podem ser consideradas como as principais causas de impedimento de testemunha, perito, assessor técnico ou assistente (consultor) técnico:

- ter interesse direto ou indireto na matéria;
- ter atuado ou vir a atuar como procurador ou defensor no processo em questão ou se o fizeram ou o farão seu cônjuge, parentes ou afins de até terceiro grau (destacando-se que, na Lei Geral do Processo Administrativo, que não é disciplinar, o termo “representante” tem o significado de “procurador” e não de “servidor denunciante”), conforme ampara a doutrina;

*“A Lei quer impedir que o agente funcione no processo assumindo mais de uma função, possibilitando a ocorrência de constrangimento em virtude de eventuais posições geradoras de manifestação de vontade antagônicas. De fato, se o indivíduo está em posições jurídicas diversas, não terá como evitar o desconforto de admitir duas soluções para a mesma questão. É isso que o legislador quer impedir.*

*A participação impeditiva pode dar-se quando o agente é perito; a razão é óbvia: o perito exerce função eminentemente técnica e, portanto, deve situa-se distante de qualquer interesse. Assim, não é compatível que seja perito técnico e ao mesmo tempo encarregado de decidir a matéria do processo. O mesmo se dá quando desempenha o papel de testemunha: como a esta cabe relatar fatos de forma verídica, deve também estar longe das partes, e tal posição se incompatibiliza com a de autoridade incumbida do processo. Como representante, a incompatibilidade é indiscutível: a qualidade de representante implica, como é natural, a defesa dos interesses do representado. Se assim é, nenhuma isenção terá o agente da Administração se estiver ligado por vínculo de representação com o interessado.” José dos Santos Carvalho Filho, “Processo Administrativo Federal”, pg. 133, Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2005*

- e estar litigando judicial ou administrativamente com o acusado ou com o cônjuge ou companheiro do acusado, desde antes da instauração do processo disciplinar.

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:*

*I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;*

*II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;*

*III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.*

*Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato a autoridade competente, abstendo-se de atuar.*

*Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.*

Em 2.5.2, alertou-se que se aplicam à autoridade instauradora as mesmas cláusulas de impedimento e suspeição aqui abordadas. Assim, nos termos do inciso II do art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999, em regra, não é recomendável acatar pedido da parte para que a autoridade instauradora também atue no processo como testemunha.

E em 4.2.6 já se aduziu que, enquanto os incisos I e III, por razões distintas (o primeiro, por conter indesejável parcela de subjetividade e por não apresentar contornos definidos em hipótese de impedimento; e o terceiro, por ser de cristalina e inequívoca objetividade), não merecem aprofundamento, faz-se necessário abordar o inciso II do art. 18 da Lei nº 9.784, de 1999. A hipótese de impedimento, nos estritos termos legais, se limita à

atuação de um agente (ou de seus parentes) no mesmo processo sob mais de uma função. Ou seja, a primeira leitura que se extrai do dispositivo legal é de que o impedimento não se aplica à hipótese de um agente (ou seus parentes) ter atuado em outro processo administrativo e menos ainda em processo judicial em que figura(ou) o mesmo servidor interessado (acusado). Em princípio, pode atuar na instrução probatória quem já atuou em outro processo administrativo ou judicial em que figura(ou) o mesmo servidor acusado. Todavia, nada impede que, à vista de peculiaridades de eventual caso concreto, em que a participação em outros autos tenha se marcado por fortes manifestações a favor ou contra o servidor acusado no processo em questão, possa se configurar uma contaminação na isenção do agente, conforme expressa a jurisprudência.

*STJ, Mandado de Segurança nº 12.684: “Ementa: 9. Não está impedido de funcionar no processo administrativo o servidor que tenha participado, ou venha participar, de outro processo, na condição de testemunha, salvo quando o depoimento prestado carrega opinião ou prejuízo sobre a conduta do indiciado, o que não ocorreu no caso concreto.”*

Destaque-se que eventual provocação para que a Advocacia-Geral da União (AGU) atue no curso da instrução probatória (por exemplo, postulando em juízo para obtenção de provas de ação penal ou a favor da quebra de sigilo bancário) não impede sua posterior atuação na fase de julgamento (por meio de parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, por exemplo, como é o caso dos julgamentos de competência do Ministro de Estado da Fazenda), novamente em alinhamento com a jurisprudência.

*STJ, Mandado de Segurança nº 14.504: “Ementa: 4. Admite-se a atuação da Advocacia-Geral da União no processo disciplinar como auxiliar da comissão processante junto ao Poder Judiciário na obtenção de provas produzidas na ação penal intentada sob os mesmos fatos investigados na esfera administrativa.”*

*Voto: “(...) Destacou o autor da ação ser indevida a interferência da Advocacia-Geral da União na fase de instrução, pois esse mesmo órgão, ao término do procedimento, participa do julgamento do feito. Sem razão, contudo, o impetrante. (...) Na espécie, o servidor investigado, auditor da receita federal, era vinculado ao Ministério da Fazenda, sendo o ministro desta Pasta o juiz natural do processo administrativo disciplinar e não o Advogado-Geral da União. Ainda, a função da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, na esfera administrativa, é de assessoramento e orientação dos dirigentes do Poder Executivo Federal, para dar segurança jurídica aos atos administrativos que serão por eles praticados. Assim, o parecer apresentado no processo administrativo disciplinar tem cunho meramente informativo. Não há se falar, portanto, que a Advocacia-Geral da União teria participação no julgamento do feito. De outro vértice, observa-se ter sido a Advocacia-Geral da União acionada tão somente para solicitar documentos colacionadas nos autos da ação penal em trâmite na Justiça Federal contra o investigado, cujos fatos se relacionavam com o inquérito administrativo. Outra não poderia ter sido a atitude da comissão processante, uma vez que ela, ou seus membros, não possuem poder postulatório, pressuposto processual para estar em juízo, qualidade esta intrínseca à Advocacia-Geral da União, nos termos do artigo 131 da Constituição Federal.”*

Já a suspeição deriva de uma situação subjetiva e gera uma presunção relativa de incapacidade. Ao contrário do impedimento, não há obrigatoriedade de sua manifestação ao presidente da comissão ou à autoridade instauradora. Assim, o vício fica sanado se não for arguido pelo interessado ou pela testemunha, perito, assessor técnico ou assistente (consultor) técnico. Além disto, ainda que configurada uma das hipóteses de suspeição, há possibilidade de refutação pelo próprio suspeito ou pela autoridade a que se destina a alegação, visto que as alegações de suspeição apresentadas pelo próprio agente do ato de instrução ou pelo acusado são apreciadas por quem designou o agente (presidente da comissão ou autoridade

instauradora).

Aplicando-se subsidiariamente as hipóteses de suspeição elencadas no art. 20 da Lei nº 9.784, de 1999, pode ser apontada como principal causa de suspeição de testemunha, perito, assessor técnico ou assistente (consultor) técnico, com relação ao acusado: ter com ele, ou com seu cônjuge, parentes ou afins de até terceiro grau, relação de amizade íntima ou de inimizade notória. A Lei qualificou como íntima a amizade e notória a inimizade, de forma que, em regra, simples relação de coleguismo, ou sua ausência, decorrente do contato profissional cotidiano, não configura a vinculação qualificada prevista como suspeita. A amizade íntima pressupõe relacionamento além dos limites laborais, com visitas familiares, lazer conjunto e ligação afetiva de companheirismo e preocupação pessoal. Por outro lado, a inimizade notória também requer um conflito que ultrapasse mera reação de baixa empatia ou mesmo de antipatia, de conhecimento geral pelo menos dentro do ambiente da repartição. Ademais, o vício fica sanado se não for arguído pelo acusado ou pelo próprio agente suspeito, ainda em sintonia com a jurisprudência.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.*

*Art. 21. O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo.*

*STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.613: “Ementa: 2. Nas hipóteses de suspeição há presunção relativa de parcialidade, sujeita à preclusão. Se o interessado deixa de arguí-la na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos (art. 138, § 1º do CPC), convalida-se o vício, tendo-se por imparcial o magistrado.”*

E, em interpretação extensiva § 2º do art. 149 da Lei nº 8.112, de 1990, pode-se acrescentar ainda como possibilidade de suspeição a hipótese de o agente interveniente ser cônjuge, parente ou afim de até terceiro grau do acusado (hipótese em que também se pode cogitar de aplicação do art. 20 da Lei nº 9.784, de 1999). De se destacar que o dispositivo elencado na Lei nº 8.112, de 1990, como impedimento para integrante de comissão, não se reflete com igual intensidade no caso de agente interveniente da instrução, já que o cônjuge ou o parente ou o afim até podem atuar, mas com ressalva em sua isenção, à vista da notória suspeição (a título de exemplo ratificador deste entendimento, mencione-se que o art. 206 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal - CPP e o inciso I do art. 448 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil - CPC não impedem a prova oral fornecida por cônjuge ou parente ou afim).

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 149.*

*§ 2º Não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.*

*CPP - Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.*

*CPC - Art. 448. A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos:*

*I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau;*

Em **4.2.6**, a cuja leitura se remete, foram apresentadas as definições de graus de parentesco e a forma de contá-los, bem como alertou-se para a inaplicabilidade da alegação de nulidade em benefício de quem lhe deu causa.

Apresentadas as hipóteses materiais de incidentes de impedimento e de suspensão dos agentes intervenientes na instrução probatória, quanto à sua instrumentalidade, é de se dizer que, como as Leis nº 8.112, de 1990, e nº 9.784, de 1999, não abordaram o tema, a solução se reporta aos arts. 97 a 101, 105, 111 e 112 do CPP.

Se o agente interveniente, espontaneamente, demonstra, de forma objetiva, ser impedido ou se manifesta suspeito em face do acusado, apenas cabe ao presidente da comissão (ou à autoridade instauradora, dependendo de quem o tiver designado a atuar), diante da prova irrefutável do impedimento ou da alegação pertinente da suspeição, designar outro agente ou dispensar a feitura do ato, em analogia com o art. 97 do CPP.

Se o tema vem à tona por provocação da defesa, em analogia com o art. 105 do CPP, não se prescinde da manifestação do agente interveniente, de forma que, mesmo se a defesa houver interposto o incidente junto ao presidente da comissão ou junto à autoridade instauradora, é necessário que estes, antes de decidir, remetam a provocação ao agente interveniente; e aí cabem duas possibilidades. Por um lado, se o agente acata a tese de ser impedido ou suspeito, novamente, mediante a prova irrefutável do impedimento ou a alegação pertinente da suspeição, apenas cabe ao presidente da comissão (ou à autoridade instauradora), designar outro agente ou dispensar a feitura do ato, em analogia com os arts. 98 e 99 do CPP. Mas, por outro lado, se o agente interveniente não acata a tese de ser impedido ou suspeito, deve o incidente ser protocolizado em autos apartados, a ser instruído com a peça inicial da parte e com a manifestação do agente, e em seguida remetido ao presidente da comissão (ou à autoridade instauradora), para sua decisão de designar outro agente ou dispensar a feitura do ato, em analogia com o *caput* do art. 100 do CPP.

Em qualquer hipótese de alegação de impedimento ou de suspensão, seja espontaneamente pelo próprio agente interveniente, seja pela defesa, deve o incidente ser levado à decisão do presidente da comissão (ou da autoridade instauradora), coletando-se manifestação circunstanciada daquele agente cuja isenção se questiona. À luz dos arts. 111 e 112 do CPP, os questionamentos de impedimento e de suspeição são incidentais e não suspendem o andamento do processo principal enquanto são analisados (a despeito de o inciso III do art. 313 do CPC prever a suspensão, elege-se como primeira fonte de integração a processualística penal, em razão da maior afinidade). Mas, por outro lado, uma vez decidido pela ocorrência de impedimento ou de suspeição de determinado agente interveniente, os atos de cuja feitura ele participou são declarados nulos e devem ser refeitos.

*CPP - Art. 97. O juiz que espontaneamente afirmar suspeição deverá fazê-lo por escrito, declarando o motivo legal, e remeterá imediatamente o processo ao seu substituto, intimadas as partes.*

*Art. 98. Quando qualquer das partes pretender recusar o juiz, deverá fazê-lo em petição assinada por ela própria ou por procurador com poderes especiais, aduzindo as suas razões acompanhadas de prova documental ou do rol de testemunhas.*

*Art. 99. Se reconhecer a suspeição, o juiz sustará a marcha do processo, mandará juntar aos autos a petição do recusante com os documentos que a instruem, e por despacho se declarará suspeito, ordenando a remessa dos autos ao substituto.*

*Art. 100. Não aceitando a suspeição, o juiz mandará atuar em apartado a petição, dará sua resposta dentro em três dias, podendo instruí-la e oferecer testemunhas, e, em seguida, determinará sejam os autos da exceção remetidos, dentro em vinte e quatro horas, ao juiz ou tribunal a quem competir o julgamento.*

*Art. 101. Julgada procedente a suspeição, ficarão nulos os atos do processo principal, pagando o juiz as custas, no caso de erro inescusável; rejeitada, evidenciando-se a malícia do excipiente, a este será imposta a multa de duzentos mil-réis a dois contos de réis.*

*Art. 105. As partes poderão também argüir de suspeitos os peritos, os*

*intérpretes e os serventuários ou funcionários de justiça, decidindo o juiz de plano e sem recurso, à vista da matéria alegada e prova imediata.*

*Art. 111. As exceções serão processadas em autos apartados e não suspenderão, em regra, o andamento da ação penal.*

*Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser argüido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.*

Cabe destacar a situação peculiar de um agente intimado a testemunhar e que manifesta sua condição de impedido ou de suspeito ou que tenha tais condições alegadas pela defesa, uma vez acatada a exceção, não é objeto de substituição por outro depoente, mas sim desqualificado de testemunha para declarante não compromissada com a verdade, conforme se abordará em **4.4.5**.

### **4.4.3 - Notificação ao Acusado da Realização de Atos de Instrução Probatória e Demais Atos de Comunicação**

Conforme exposto em **4.3.11.3**, no curso da segunda fase do processo disciplinar, como de outra forma não poderia ser, já que no inquérito administrativo se estabelece uma dialética contraditória entre comissão e acusado, ocorrem diversos atos de comunicação entre aquela e este. Mais comumente, tais comunicações visam a informar ao acusado a realização de atos de instrução probatória.

Mas, em sentido mais amplo, aqui também pode-se cogitar das necessidades de a comissão entregar ao acusado intimações para atos de realização a encargo deste ou para convocar-lhe para participar de algum procedimento ou ainda de entregar-lhe notificações com respostas a petições por ele apresentadas ou com decisões interlocutórias ou despachos das mais variadas naturezas lavrados pela comissão e cujo conhecimento seja do interesse do acusado. Por este motivo, a despeito de este tópico se voltar precipuamente para a forma como se realizam as notificações de atos de instrução probatória, em geral, o conteúdo aqui exposto também se estende e se aplica aos outros tipos de atos de comunicação a serem entregues ao acusado no curso da segunda fase do processo disciplinar.

Estendendo ainda mais o alcance deste tópico, lembre-se também ser possível, no curso da instrução probatória, a comissão ter de intimar terceiras pessoas estranhas à relação processual (servidores ou particulares) a prestarem algum tipo de informação ou atuação a favor do esclarecimento fático, além da possibilidade de travar comunicações com autoridades internas ou externas, por meio de memorandos e ofícios. Assim, embora a redação do presente tópico centre-se no acusado ou em seu procurador como destinatários dos atos de comunicação, no que for cabível, também pode-se estender o presente conteúdo à possibilidade de provocações remetidas para outros agentes estranhos ao polo passivo.

Nesta possibilidade, de ato de instrução processual envolver a participação ou a colaboração de terceiras pessoas, sejam agentes públicos ou particulares (como, por exemplo, oitiva de testemunha ou acareação), não se faz necessário condicionar a entrega da notificação à defesa a já se ter entregue antes a intimação ao agente interveniente, pois, conforme se verá adiante, o prazo legal a requerer maior atenção e cuidado é aquele referente à notificação da defesa

Primeiramente, lembrando o já aduzido em **4.3.11.1**, é de se dizer que, como regra geral, sempre que for possível, convém que as decisões da comissão acerca de realização de atos de instrução probatória (independentemente se decorrem de iniciativa de ofício do colegiado ou de pedido do próprio ou de outro acusado) bem como as demais respostas a

petições ou encaminhamentos quaisquer a cargo do trio sejam objeto de deliberação registrada em ata, na qual este exponha nos autos os motivos de seu posicionamento. Ato contínuo, para que se assegure o respeito às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório a favor do acusado - seja de poder participar do ato de instrução probatória, seja de poder contestar alguma decisão interlocutória tomada pela comissão acerca de petições de sua lavra e que entenda prejudicial a seus interesses -, também por meio de ata (preferencialmente a mesma ata em que se registrou a decisão, mas sem prejuízo de se desmembrar em atas específicas), se deve consignar a deliberação do colegiado em comunicar ao acusado a realização dos atos de busca de prova, bem como as respostas ou posicionamentos deliberados pelo trio em face de provocações formuladas pela defesa. Por fim, esta dinâmica se complementa e se aperfeiçoa com a efetiva comunicação ao acusado do teor deliberado, comunicação esta que, em função da natureza do ato de que se dá ciência, se opera por meio de notificação ou de intimação, conforme a seguir se descreve.

Como regra geral, emprega-se na processualística disciplinar a notificação (além de para comunicar ao servidor a existência do processo e sua condição de acusado, conforme já abordado em **4.3.4.1**, mas de terminologia própria como notificação inicial, justamente para diferenciar das notificações ordinárias no curso da instrução) para comunicar ao acusado a realização de atos de instrução probatória e o teor de respostas, decisões ou despachos emitidos pelo colegiado em razão de petições e provocações apresentadas pela defesa. A praxe mais comum é de, diante de petições ou provocações da defesa, a comissão delibera responder ou decidir a questão interposta e o faz de duas formas, ou no corpo da própria ata de deliberação ou em termo específico de decisão ou de despacho; ato contínuo, dependendo do meio pelo qual manifestou seu entendimento, ou naquela própria ata ou em ata específica na sequência da resposta ou decisão, a comissão delibera comunicar seu posicionamento ao acusado e, na sequência, o faz por meio de notificação. Não obstante esta ser a praxe mais usual, diante do princípio do formalismo moderado, resta irrelevante se a prática da comissão for de emitir suas respostas, decisões e despachos e em seus próprios termos autuados coletar ciência do acusado, dispensando a notificação específica para este fim. Além das notificações, mencionam-se ainda, como atos de comunicação entre a comissão e o acusado, as intimações, por meio das quais o colegiado obriga ou convoca o acusado a uma determinada atuação ou participação no processo.

#### **4.4.3.1 - Prazos Legais de Antecedência para Entrega dos Atos de Comunicação na Instrução**

De forma mais específica, em se tratando de comunicação de realização de ato de instrução probatória, para a qual o respeito ao efetivo exercício das prerrogativas de ampla defesa e de contraditório se demonstra de extremada relevância, é essencial que a notificação ou a intimação seja feita em prazo hábil. Todavia, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, neste aspecto, é silente. Assim, deve-se integrá-la com a normatização existente para o processo administrativo *lato sensu*.

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, quando trata da comunicação dos atos processuais no curso da instrução, estabelece, no § 2º do art. 26 e no art. 41, que o interessado deve ser notificado (ou intimado) com três dias úteis de antecedência da realização do ato. Para a exata definição do dia a partir do qual se pode realizar o ato, socorre-se na regra geral de contagem de prazos, estabelecida no *caput* e no § 1º do art. 66 da mesma Lei (que é idêntica à regra geral do art. 238 da Lei nº 8.112, de 1990, com a diferença apenas na terminologia, pois o Estatuto refere-se a “dias corridos” e a Lei Geral do Processo Administrativo refere-se a contagem de “modo contínuo” e ainda aqui ponderada pela leitura conjunta daqueles seus dois dispositivos mais específicos que adotam, excepcionalmente para este caso, a contagem em dias úteis). Assim, exclui-se o dia da entrega da notificação e considera-se o terceiro dia útil após a entrega como o dia a partir do qual já, a rigor, é legal a

realização do ato (a título de exemplo, notificação entregue em uma quinta-feira permite, por esta regra, a realização do ato na terça-feira).

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.*

*§ 2º A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento.*

*§ 5º As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falha ou irregularidade.*

*Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.*

*Art. 66. Os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento.*

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

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 238. Os prazos previstos nesta Lei serão contados em dias corridos, excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o do vencimento, ficando prorrogado, para o primeiro dia útil seguinte, o prazo vencido em dia em que não haja expediente.*

Todavia, neste ponto, em que *a priori* se aborda o prazo com que deve ser previamente notificado o acusado da realização de ato de instrução, não se cogita da hipótese de prazo para que ele próprio efetivamente realize algo; mas, sim, precipuamente, aqui se cogita de um prazo que a Lei define a favor do acusado para que a comissão lhe dê ciência, por notificação, de algo que, em regra, a Administração (seja diretamente por meio do próprio colegiado, seja por meio de algum interveniente chamado aos autos por deliberação do trio em atendimento ao interesse público e à oficialidade), produzirá futuramente. Neste caso, em que a tutela é de se garantir certa anterioridade no comunicado como forma de propiciar oportunidade de o acusado comparecer e contraditar, ainda que se possa, no rigor da literalidade da Lei, defender a feitura do ato já no terceiro dia útil, é recomendável que a comissão adote postura mais cautelosa e conservadora, efetivando o ato somente a partir do quarto dia útil, suprimindo os três dias úteis de intervalo. E no caso específico de se tratar de prazo concedido, em geral por intimação, para o acusado efetivamente fazer algo ou produzir algum ato, diferentemente, se afirma que o terceiro dia útil é o termo final para que a comissão esteja obrigada a esperar pelo atendimento por parte do acusado.

Como referência para situações diversas que ocorrem no processo sem que haja previsão legal de prazo, pode-se adotar o dispositivo constante do art. 24 da Lei nº 9.784, de 1999, qual seja, o prazo de cinco dias corridos, para atos a serem realizados pelo órgão, pela autoridade ou por administrados. Novamente, para a exata definição do dia a partir do qual se pode realizar o ato, socorre-se na regra geral de contagem de prazos, estabelecida no *caput* do art. 66 da mesma Lei (que é idêntica à regra geral do art. 238 da Lei nº 8.112, de 1990). Assim, exclui-se o dia da entrega da notificação e considera-se o quinto dia corrido após a entrega como o dia a partir do qual, a rigor, já é legal a realização do ato (a título de exemplo, notificação entregue em uma quinta-feira permite, por esta regra, a realização do ato na terça-feira).

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior.*

*Parágrafo único. O prazo previsto neste artigo pode ser dilatado até o dobro, mediante comprovada justificação.*

*Art. 66. Os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento.  
 § 1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal.*

Diferentemente da situação que se abordou acima (de prazo que a Lei define a favor do acusado para que a comissão lhe dê ciência de algo que, em regra, a Administração produzirá futuramente - seja diretamente por meio do próprio colegiado, seja por meio de algum interveniente chamado aos autos por deliberação do trio em atendimento ao interesse público e à oficialidade), agora se cogita precipuamente da hipótese de prazo para que o próprio acusado, em geral por intimação, efetivamente realize algo. Agora nesta segunda situação, em que a tutela é de se garantir à Administração o poder de prosseguir com os autos diante da inércia ou do desinteresse do acusado em efetivamente fazer algo ou produzir algum ato, com maior grau de certeza se afirma que o quinto dia corrido é o termo final para que a comissão esteja obrigada a esperar pelo atendimento por parte do acusado. Todavia, como o dispositivo menciona ainda atos a cargo da Administração, no caso específico de se tratar de prazo com que o acusado deve ser previamente comunicado, por notificação, da realização de ato de instrução, em que a tutela é de se garantir certa anterioridade na ciência como forma de propiciar oportunidade de o acusado comparecer e contraditar, ainda que se possa, no rigor da literalidade da Lei, defender a feitura do ato já no quinto dia corrido, é recomendável que a comissão adote postura mais cautelosa e conservadora, efetivando o ato somente a partir do sexto dia corrido, suprimindo os cinco dias corridos de intervalo.

Pelo exposto, quando a comissão se deparar com situação em que deve conceder prazo para ato a ser realizado pelo servidor, no silêncio da Lei nº 8.112, de 1990, pode adotar como referência inicial os prazos previstos na Lei nº 9.784, de 1999, de três dias úteis ou de cinco dias corridos, com a recomendação de se optar pelo que for mais benéfico à parte.

Ademais, no caso de prazo para que a defesa faça ou produza algo, convém ainda compor com o comando mais cauteloso e conservador do § 3º do art. 224 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), segundo o qual (diferentemente da regra geral do art. 238 da Lei nº 8.112, de 1990, e do § 1º do art. 66 da Lei nº 9.784, de 1999, que exigem que apenas o termo final deve recair sobre dia de expediente normal) também se deve iniciar a contagem somente a partir do primeiro dia útil após a formalização da entrega do ato de comunicação (qualquer que tenha sido sua forma). Assim, se a entrega do ato de comunicação para que a defesa realize algo se deu em uma sexta-feira, ao invés de se contar o prazo de defesa a partir do sábado, pode-se fazê-lo a partir da segunda-feira subsequente, somando-se a partir daí três dias úteis ou cinco dias corridos, dependendo se a capitulação legal do ato se completa, de um lado, com o § 2º do art. 26 e com o art. 41 ou, de outro lado, com o art. 24, todos da Lei nº 9.784, de 1999.

*CPC - Art. 224.*

*§ 3º A contagem do prazo terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação.*

Independentemente da forma adotada, obviamente atentando para limites operacionais e até mesmo estratégicos em termos de antecedência e de previsibilidade, convém que a comissão notifique (ou intime) de uma só vez o maior número possível de atos instrucionais ao acusado, como forma de evitar inúmeras concessões do prazo de antecedência de três dias úteis ou de cinco dias corridos.

Antes de se prosseguir na descrição da forma como se operam as comunicações de atos instrucionais, convém esclarecer que, em respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, havendo mais de um acusado e mesmo tendo sido solicitada a realização de ato de instrução por apenas um deles, deve-se notificar a todos, mesmo que o ato pareça ser relevante para a formação de convicção apenas do solicitante. Neste ponto, os dois princípios

constitucionais acima mencionados se reforçam pelo princípio de instância processual penal da comunhão da prova. Conforme já mencionado em **3.3.3.7**, todas as provas autuadas - e sempre assim o foram em respeito unicamente ao interesse público do esclarecimento fático - passam a pertencer ao processo, não sendo propriedade sequer do acusado que porventura tenha peticionado por sua realização e nem da comissão. Obviamente, para que este princípio possa atuar em toda sua extensão, garantindo a qualquer acusado extrair de qualquer prova, independentemente de sua origem, elementos formadores de convicção a seu favor, faz-se estritamente necessário que todos os acusados sejam notificados da realização de qualquer ato de instrução probatória, sejam aqueles realizados *ex officio*, sejam aqueles realizados em atendimento a pedido de algum acusado.

Obviamente, se o acusado (ou seu procurador), ao ser notificado (ou intimado) da realização de determinado ato de instrução, manifestar interesse em dele participar, mas informar antecipadamente algum relevante impedimento para estar presente no dia agendado, convém que a comissão tente acertar nova data, se isto for possível.

Após a regular notificação, ao acusado ou a seu procurador, da realização de ato de instrução probatória, o seu comparecimento é facultativo. Conforme já exposto em **4.3.6.3**, a ausência do servidor ou de seu procurador não é impedimento para a realização do ato, devendo o fato ser registrado no termo correspondente. Não há, no processo disciplinar, a figura do defensor *ad hoc* designado pela comissão e muito menos a designação de defensor dativo pela autoridade instauradora para acompanhar ato(s) de instrução.

Em princípio, o ato de instrução probatória realizado sem a regular notificação do acusado é imprestável para formar convicção da comissão contrária à parte, por caber a alegação de cerceamento à defesa e, conseqüentemente, de sua nulidade. Assim já se manifestou a Advocacia-Geral da União (AGU), no Parecer AGU nº GQ-55:

*Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: “Ementa: Em virtude dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o servidor que responde a processo disciplinar deve ser notificado da instauração deste imediatamente após a instalação da comissão de inquérito e, em qualquer fase do inquérito, cientificado dos atos processuais a serem praticados com vistas à apuração dos fatos, de modo que, tempestivamente, possa exercer o direito assegurado no art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990.”*

No entanto, caso o ato e suas conclusões não sejam utilizados no sentido de formar convicção e, também, não haja menção ao mesmo na indicição, não há nulidade no processo, uma vez que não houve prejuízo à defesa, conforme se exporá **4.12.1**. Também, supre-se a formalidade se, apesar de não ter sido notificado da realização do ato ou tê-lo sido de forma irregular, independentemente se o prazo legal seria de três dias úteis ou de cinco dias corridos, nos termos acima expostos, o acusado comparece e dele participa regularmente, não se cogitando de prejuízo à defesa e, por conseguinte, de nulidade.

#### **4.4.3.2 - Formas de Entrega dos Atos de Comunicação na Instrução**

Quanto à forma de entrega das notificações de realização de ato de instrução probatória ou para a entrega de outros atos de comunicação (tais como intimações), deve a comissão buscar, aprioristicamente, entregar tais termos pessoalmente ao acusado, uma vez que se pode presumir que a ninguém mais possa interessar o exercício da defesa que ao próprio servidor. Tendo sido o ato de comunicação entregue pessoalmente ao acusado, dispensa-se a entrega também ao seu procurador. A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, no *caput* do art. 26 e no art. 41, impõe a comunicação apenas ao interessado (acusado), não a prevendo também para seu procurador, postura ratificada pela jurisprudência.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência*

*de decisão ou a efetivação de diligências.*

*Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.*

*STJ, Mandado de Segurança nº 10.404: “Ementa: 2. A ausência de intimação dos procuradores dos impetrantes não acarreta nulidade destes atos, haja vista a intimação pessoal dos acusados.”*

*STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.741: “Ementa: IV - Inexiste vício a macular o processo administrativo disciplinar no fato de as intimações terem sido feitas apenas ao advogado nomeado pelo servidor indiciado.”*

*“Mesmo no caso de constituição formal nos autos de advogado, as intimações e citação podem se realizar na pessoa do servidor acusado, prescindindo da efetivação na pessoa do causídico, não havendo que se denotar, disso simplesmente, qualquer prejuízo à defesa. Nesse sentido já se pronunciou o Tribunal Regional Federal da 4ª região ( Apelação Cível, Processo 2008.72.00.008289-7), assentando que “Inexiste na legislação de regência, relativa aos procedimentos administrativos disciplinares dos servidores públicos federais, qualquer previsão expressa determinando a obrigatoriedade da intimação de eventual procurador constituído. Ao contrário, fica garantida nas Leis 9.784/98 e 8.112/90 a intimação direta do interessado, sendo facultado-lhe a nomeação de advogado.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. III, pg. 84, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

Na verdade, tudo o que aqui se aduzir acerca da entrega de ato de comunicação no curso da instrução é flexibilizado em duas possibilidades. Da forma com que se convencionou em **4.3.11.3**, a despeito da expectativa apriorística acima descrita, havendo manifestação ou aquiescência por parte da defesa para que os atos de comunicação sejam entregues apenas ao procurador, não se faz necessário também entregá-los ao acusado. Do exposto, em síntese, basta que os atos de comunicação sejam entregues a um dos agentes capazes para tal, ou ao próprio acusado (a quem se considera o destinatário apriorístico dos atos de comunicação) ou a seu procurador devidamente constituído nos autos (a quem se considera o destinatário subsidiário dos atos de comunicação), e desde que sua procuração não excetue tal poder de receber, conforme já abordado em **4.3.6.1** e em **4.3.6.2**.

A propósito, não há que se perquirir se uma procuração que expressa inequivocamente a intenção do servidor de se fazer representar no curso do processo por determinado procurador, sem ressalvas, contém especificamente manifestado o poder para receber atos de comunicação comuns no curso da instrução processual. Se a procuração confere os poderes da cláusula *ad juditia et extra* e/ou não deixa dúvida da vontade ampla de parte do servidor de ser integralmente representado no curso do processo e não ressalva a capacidade para receber atos de comunicação, não cabe considerar que a outorga do poder para recebimento de notificação (ou de intimação) dependa de expressa e específica menção no mandato. Mas, de outro lado, havendo tal ressalva, não convém que a comissão a desconsidere e imponha ao procurador o recebimento dos atos de comunicação.

Relembre-se que, como no processo disciplinar o acusado possui capacidade postulatória, a não obrigatoriedade de existência e de atuação de procurador e mais especificamente de advogado não acarreta prejuízo, pois ao próprio servidor destinatário das provocações para participar da instrução probatória cabe discernir quando lhe convém buscar a defesa técnica e ter a intervenção do profissional habilitado nos momentos processuais e na feita das provas que eleger.

No caso de ser entregue pessoalmente, a notificação (ou a intimação) deve ser extraída em duas vias, ficando uma via com o destinatário e coletando-se recibo datado na outra via, que fará parte do processo.

Quanto ao portador desta preferencial entrega diretamente ao servidor, pode ser realizada tanto por apenas um dos membros da comissão (o presidente ou indistintamente qualquer dos dois vogais, não sendo necessária a formalidade de estarem presentes os três integrantes) quanto por um servidor estranho à comissão, seja integrante do grupo de atividades administrativas dos Escritórios de Corregedoria (Escor) que porventura o possuam, seja ainda por qualquer servidor do Escor (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros).

Quanto ao local da entrega da notificação (ou da intimação), aborda-se primeiramente o caso comum de o acusado ser um servidor lotado ou em exercício na mesma localidade em que se sedia a comissão. O servidor incumbido da tarefa de entregar a notificação (ou a intimação) pode, de imediato, buscar contato telefônico com o servidor, a fim de explicar previamente a situação jurídica em que este se encontra e justificar a necessidade e a relevância deste contato pessoal.

Tendo havido o contato telefônico, pode-se combinar de o servidor comparecer à sala da comissão, até para privilegiar a discricção e a reserva, ou de o portador da notificação (ou da intimação) se dirigir a seu local de trabalho (sobretudo quando o servidor é lotado ou tem exercício em unidade situada no mesmo prédio em que se sedia o colegiado).

Obviamente, esta iniciativa de buscar o prévio contato telefônico com o servidor pode não ser factível quando, de antemão, já se presume que este não colaborará com os trabalhos, inclusive e sobretudo na hipótese de existir fundado receio de este se evadir, dificuldade esta que pode ser contornada com um contato prévio com a chefia do servidor ou com o titular da sua unidade de lotação ou de exercício, a fim que solicitar à autoridade que chame o subordinado a seu gabinete, em horário previamente combinado para que o portador do ato de comunicação também lá compareça.

Avançando nas hipóteses, também no caso de o servidor ser lotado ou ter exercício em unidade situada em localidade distinta daquela em que se sedia a comissão, mantém-se a recomendação de primeiramente se tentar fazer um contato prévio com o próprio, seja por telefone, seja até meio de videoconferência (quando se percebe uma maior necessidade de cautela neste contato) e combinar a remessa da notificação (ou da intimação) por meio do correio eletrônico institucional (nos termos da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002) ou por meio de correio eletrônico comercial ou particular do servidor ou de seu eventual procurador ou ainda até mesmo por via postal (com aviso de recebimento, conforme o § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 1999).

*Portaria SRF nº 1.397, de 2002 - Art. 1º O Correio Eletrônico, ferramenta de propriedade da Secretaria da Receita Federal - SRF, constitui instrumento de uso institucional, destinado ao intercâmbio de mensagens, para fins de racionalização do trabalho e aumento da produtividade.*

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 26.*

*§ 3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.*

Em **4.3.11.3**, a cuja leitura se remete para evitar desnecessária repetição, apresentam-se as cautelas comprobatórias - e que, portanto, devem ser autuadas - do envio por parte do remetente e do recebimento por parte do destinatário de atos de comunicação por meio de correio eletrônico institucional ou privado e por via postal.

Interessante destacar que a Lei nº 9.784, de 1999, no § 3º do art. 26; o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), no § 2º do art. 370; e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), no *caput* do art. 270 e no art. 273, equiparam a entrega pessoal da intimação (que aqui pode ser compreendida *lato sensu* tanto para a notificação quanto para a intimação em si) à entrega por via postal e até

mesmo a entrega por meio eletrônico. E, mais que isto, o CPC, no *caput* do art. 275, chega mesmo ao ponto de condicionar a entrega pessoal à falha na prévia entrega via postal, priorizando tal meio. O mesmo efeito se obtém dos arts. 246 a 249 do CPC para a entrega da citação, priorizando a via postal.

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 26.*

*3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.*

*CPP - Art. 370.*

*§ 1º A intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17/04/96)*

*§ 2º Caso não haja órgão de publicação dos atos judiciais na comarca, a intimação far-se-á diretamente pelo escrivão, por mandado, ou via postal com comprovante de recebimento, ou por qualquer outro meio idôneo. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17/04/96)*

*CPC - Art. 246. A citação será feita:*

*I - pelo correio;*

*II - por oficial de justiça;*

*III - pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório;*

*IV - por edital;*

*V - por meio eletrônico, conforme regulado em lei.*

*Art. 247. A citação será feita pelo correio para qualquer comarca do país, exceto:*

*IV - quando o citando residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência;*

*Art. 248.*

*§ 1º A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo.*

*§ 4º Nos condomínios edifícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que, entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente.*

*Art. 249. A citação será feita por meio de oficial de justiça nas hipóteses previstas neste Código ou em lei, ou quando frustrada a citação pelo correio.*

*Art. 270. As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei.*

*Art. 273. Se inviável a intimação por meio eletrônico e não houver na localidade publicação em órgão oficial, incumbirá ao escrivão ou chefe de secretaria intimar de todos os atos do processo os advogados das partes:*

*I - pessoalmente, se tiverem domicílio na sede do juízo;*

*II - por carta registrada, com aviso de recebimento, quando forem domiciliados fora do juízo)*

*Art. 275. A intimação será feita por oficial de justiça quando frustrada a realização por meio eletrônico ou pelo correio.*

A aplicação extensiva na processualística disciplinar do comando estabelecido no § 1º do art. 248 do CPC deixa inequívoco que, na hipótese de se empregar via postal para entrega da notificação (ou da intimação), o único requisito exigido sobre a correspondência é que seja feita por meio de carta registrada com aviso de recebimento. E é importante destacar que o CPC, no § 4º do mesmo art. 248, ratificou a validade da entrega do ato de comunicação a porteiros ou demais empregados em caso de o acusado residir em condomínio ou qualquer outra espécie de moradia com controle de acesso, sendo certo que alcança também o empregado doméstico da sua própria unidade residencial. E, se o destinatário estiver ausente,

o comando legal permite que o responsável pelo recebimento de correspondência recuse receber, desde que declare a ausência por escrito.

Acrescente-se ainda que, segundo a aplicação extensiva do parágrafo único do art. 274 do CPC à processualística disciplinar, na hipótese de mudança de endereço, temporária ou definitiva, por parte do acusado, sem a devida comunicação à Administração (conforme determina o art. 162 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990), serão considerados válidos os atos de comunicação que lhe tenham sido enviados, por via postal, para o endereço original, ainda que não recebidos pessoalmente pelo destinatário.

*CPC - Art. 274. Não dispondo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às partes, aos seus representantes legais, aos advogados e aos demais sujeitos do processo pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria.*

*Parágrafo único. Presumem-se válidas as intimações dirigidas ao endereço constante dos autos, ainda que não recebidas pessoalmente pelo interessado, se a modificação temporária ou definitiva não tiver sido devidamente comunicada ao juízo, fluindo os prazos a partir da juntada aos autos do comprovante de entrega da correspondência no primitivo endereço.*

Uma possibilidade mais residual de entrega de notificação (ou de intimação) a servidor lotado ou em exercício em unidade situada em localidade distinta daquela em que se sedia a comissão, contando com concordância doutrinária, é o presidente da comissão encaminhar, por meio de malote, as duas vias do documento e cópia dos autos para o chefe da unidade, na forma de uma carta precatória (cuja definição se encontra no inciso III do art. 237 do CPC, ou simplesmente precatória, conforme lhe dá emprego o art. 353 do CPP), para que aquela autoridade entregue pessoalmente ao servidor e devolva à comissão uma via devidamente assinada e datada. Pode-se cogitar ainda da possibilidade de nomeação de um secretário remoto, na localidade onde se encontra o indiciado, pelo presidente da comissão ou pela autoridade instauradora (possivelmente já desde a instrução processual) e então que se o utilize para a entrega de atos de comunicação, conforme já se expôs em **4.3.10.4**, com anuência doutrinária.

*CPP - Art. 353. Quando o réu estiver fora do território da jurisdição do juiz processante, será citado mediante precatória.*

*CPC - Art. 237. Será expedida carta:*

*III - precatória, para que órgão jurisdicional brasileiro pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato relativo a pedido de cooperação judiciária formulado por órgão jurisdicional de competência territorial diversa;*

*“Conquanto sejam silentes os regimes disciplinares a respeito da modalidade de citação por precatória, entendemos que inexista qualquer contra-indicação jurídica a que se realize, no processo disciplinar, a citação por essa forma.”  
José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 161, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Prosseguindo ainda mais nas hipóteses, no caso de servidor que se encontra em gozo de licença ou inativo (aposentado ou em disponibilidade) ou de ex-servidor (já punido com pena expulsiva em outro processo administrativo disciplinar - PAD - ou exonerado), qualquer daqueles portadores aceitáveis deve tentar o contato no último domicílio atualizado dentre todos os constantes das diversas bases de dados ao dispor da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). Neste rol, pode-se citar as bases de dados disponíveis no macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas (mais especificamente no Sistema de Apoio às Atividades Administrativas - SA3) ou nos processos de trabalho de arrecadação e de fiscalização (tais como no Sistema de Cadastro Pessoas Físicas - CPF e nas declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - DIRPF).

Ainda nestes casos de servidor licenciado ou inativo ou de ex-servidor, pode-se

também estender quaisquer tentativas anteriormente expostas para servidor lotado ou em exercício em unidade situada na mesma localidade em que se sedia a comissão ou em localidade distinta, no que se inclui a entrega ao procurador.

Por costumar acarretar problemas na celeridade processual, merece maior cautela a hipótese de o servidor em licença médica - a ser descrita em **4.4.9.1** - que se recusa a receber atos de comunicação, nos termos já expostos em **3.2.5**. Em tal situação, deve a comissão provocar a junta médica oficial a se manifestar se a doença incapacita o acompanhamento do processo disciplinar. Se a junta médica atestar que não incapacita, a comissão pode prosseguir com o rito, entregando-lhe os atos de comunicação em seu endereço residencial e produzindo os atos instrucionais deliberados, pois conforme também entende a doutrina, o fato de estar de licença médica não necessariamente o impede de acompanhar o processo disciplinar.

*“O fato de o servidor acusado estar em gozo de licença médica quando da instalação dos trabalhos não impede a sua notificação prévia, e muito menos significa que irá causar alguma nulidade no processo disciplinar.” Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, “Processo Administrativo Disciplinar - Manual”, pg. 314, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

Em qualquer dos casos elencados, para as mais diversas situações ou condições funcionais ou geográficas do servidor, o caráter alternativo da entrega das notificações (ou das intimações) acerca de atos de instrução ao acusado ou ao seu procurador, já defendido acima, e a múltipla possibilidade de meios e formas de fazê-lo validamente foram referendados pela manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 10, de 30 de outubro de 2015, desde que feita por escrito (não se aceita o comunicado meramente verbal) e com comprovação da ciência, na linha do § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 1999.

*Enunciado CGU/CCC nº 10, de 2015: “Validade da notificação de atos processuais. A validade de uma intimação ou notificação real fica condicionada a ter sido realizada por escrito e com a comprovação da ciência pelo interessado ou seu procurador, independentemente da forma ou do meio utilizado para sua entrega”.*

Ainda na linha de incidentes, caso o servidor se recuse a receber notificação (ou intimação) no curso da instrução processual, cabe estender o remédio proposto para situação similar quando o servidor se recusa a receber a notificação inicial e a citação (conforme **4.3.5.1** e **4.8.2.1**), em aplicação extensiva do § 4º do art. 161 da Lei nº 8.112, de 1990. Deve o integrante da comissão relatar a recusa em termo, com duas testemunhas, e deve a comissão deliberar em ata que o destinatário encontra-se notificado (ou intimado) desde a data de lavratura do termo.

Por fim, no caso de se ter empregado a via do edital para notificar o servidor para acompanhar o processo como acusado, em aplicação extensiva do art. 163 da Lei nº 8.112, de 1990, e permanecendo ele ausente do processo, não se dispensam as notificações (ou as intimações) dos atos de instrução probatória, as intimações e os demais atos de comunicação ao próprio acusado. Considerando a provável hipótese de o acusado não ter atendido aos dois editais empregados para notificá-lo como acusado, ter se mantido ausente e sem nenhum contato com a comissão e tampouco ter constituído procurador, muito provavelmente também não se logrará sucesso nas tentativas de entrega pessoal de atos de comunicação ao longo da instrução, obrigando o colegiado a lançar mão de quantos editais se fizerem necessários.

Adverta-se que em contraponto ao impulso de se designar defensor dativo para suprir tal lacuna, na tese de melhor atender ao preceito constitucional assegurador da garantia do contraditório, estendendo-se o comando do 164 da Lei nº 8.112, de 1990, não se deve olvidar que, além de ausência de previsão legal para tal emprego e do risco de se ter de enfrentar alegação de quebra inautorizada do sigilo processual, a instrução do processo disciplinar é

uma fase de apuração em busca da verdade material dos fatos, na qual, a rigor, não cabe se falar de formalização de acusação e por conseguinte em ato derradeiro de defesa e ainda menos em revelia, diferentemente da instância processual penal. Há posicionamento institucional neste sentido, em peça propositiva oriunda de debates internos.

*Orientação Coger nº 37*

*Na ausência de previsão legal para emprego de defensor dativo no curso da instrução processual, somente cabe tal designação em face da declaração da condição de indiciado revel.*

Não cabe alegar lacuna na Lei nº 8.112, de 1990, e na Lei nº 9.784, de 1999, para justificar indevida integração com os ditames do CPP, pois o Estatuto indubitavelmente expressou quando cabe o instituto da revelia na processualística disciplinar e este cabimento é bastante restrito, conforme já detalhadamente explanado em **4.3.6.3**. Uma vez que na instância disciplinar a acusação somente se formaliza na indicição, não cabe antes deste momento falar em revelia, não sendo, portanto, aplicável os comandos diferentes dos arts. 261 a 264 do CPP, que já exigem defesa técnica desde o início da ação penal.

Neste caso, visando à economia processual, deve a comissão buscar deliberar, de uma só vez, o máximo possível de atos de instrução a fim de condensar as notificações (ou as intimações) no menor número de tentativas de entrega e de editais.

De forma análoga à já exposta em **4.3.5.2**, primeiramente, antes de cada publicação de edital, incumbe à comissão tentar entregar o ato de comunicação pessoalmente ao servidor, devendo realizar duas tentativas de encontrá-lo, em dias e em horários diferentes, no seu local de trabalho e no(s) endereço(s) residencial(is) declarados nas diversas bases de dados ao dispor da RFB, bem como, para maior demonstração de exaurimento de tentativas de localização, enviar duas correspondências para o(s) mesmo(s) endereço(s). Neste rol, pode-se citar as bases de dados disponíveis no macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas (mais especificamente no sistema SA3) ou nos processos de trabalho de arrecadação e de fiscalização (tais como no sistema CPF e nas DIRPF).

A referência à quantidade de duas tentativas de encontrar o servidor, em seu local de trabalho e em seu domicílio (ou em sua residência, conforme definem os arts. 70 a 72 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil - CC), reside no *caput* do art. 252 do CPC. Tal hipótese, enfrentada com certa frequência por comissões, pode ocorrer, por exemplo, em razão de servidor ativo que, por qualquer motivo, não está comparecendo ao seu local de serviço (ou ainda no caso de se tratar de inativo ou de ex-servidor).

*CC - Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.*

*Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.*

*Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.*

*Parágrafo único. Se a pessoa exercitar profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem.*

*CPC - Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.*

Estas diligências podem ser realizadas por apenas um membro da comissão ou por um integrante do grupo de atividades administrativas do Escor ou até mesmo por qualquer servidor do Escor (desde que se preservem os sigilos da honra, imagem e privacidade e da instância disciplinar), caso a unidade correcional não possua aquele grupo.

Após ter-se comprovadas as tentativas de localizá-lo e de notificá-lo (ou intimá-lo) no

trabalho e no locais declarados como de seu domicílio ou de sua residência (por meio de termos de ocorrência, com identificação daqueles que as realizaram, data e hora e coletando, se possível, testemunho assinado de colegas, amigos, parentes ou vizinhos de que não mais é visto naqueles locais ou outras informações porventura prestadas), esta circunstância deve ser registrada por termo assinado pelos membros da comissão, configurando, então, que o servidor está em lugar incerto e não sabido.

Na aplicação extensiva do § 3º do art. 256 do CPC à processualística disciplinar, a condição de estar o acusado em local incerto e não sabido pode se configurar com a infrutífera solicitação de seu endereço, por parte da comissão, a órgãos públicos ou a concessionárias de serviços públicos, a se somar às vãs tentativas por parte do próprio colegiado em localizar o agente.

*CPC - Art. 256.*

*§ 3º O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos.*

Percebe-se, portanto, que a procedimentalização a ser adotada deve ser dividida em dois momentos distintos. Primeiramente, deve a comissão exaurir todas as possibilidades legalmente previstas para notificar (ou intimar) pessoalmente o acusado, por meio de idas a seu local de trabalho e a seu endereço residencial.

Somente após o esgotamento em vão destas tentativas de notificar (ou de intimar) pessoalmente o acusado é que, no segundo momento, deve a comissão seguir a mesma regra disposta pelo *caput* do art. 163 da Lei nº 8.112, de 1990 (na verdade, estabelecida para um momento processual posterior, o da citação para apresentar defesa escrita e aqui novamente tomado como remédio jurídico de aplicação extensiva) e lançar mão do edital, publicado no Diário Oficial da União (DOU) e também em um jornal de grande circulação no local do último domicílio conhecido (o último domicílio atualizado nas já mencionadas bases de dados), pelo menos uma vez em cada um destes veículos, conforme também solucionam o art. 361 do CPP e o *caput* e os incisos do art. 256 do CPC e aceita a doutrina.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 163. Achando-se o indiciado em lugar incerto e não sabido, será citado por edital, publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido, para apresentar defesa.*

*CPP - Art. 361. Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias.*

*CPC - Art. 256. A citação por edital será feita:*

*I - quando desconhecido ou incerto o citando;*

*II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o citando;*

*III - nos casos expressos em lei.*

*“Não fala a lei em afixação de edital na repartição.*

*Por não especificar o número de vezes que o edital deva ser publicado (...), entende-se que é uma só, em cada um dos órgãos de comunicação, obrigatória em ambos. (...).” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 162, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

*“Ao se referir à ‘última publicação’, o texto parece indicar que haverá mais de uma publicação em cada órgão. Mas a intenção do legislador, parece-nos, foi mesmo referir-se às duas publicações (Diário Oficial e jornal da localidade), considerando que o edital será veiculado em dias diferentes. Assim, o prazo é contado a partir do dia em que ocorreu a última publicação de um ou de outro desses veículos.” Léo da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, pg. 171, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

Se o servidor tido como estando em local incerto e não sabido tem domicílio em município diferente daquele em que exerce seu cargo, o edital em jornal de grande circulação deve ser publicado em jornal da localidade de exercício do cargo (trata-se do instituto do domicílio necessário do servidor, conforme o art. 76 do CC).

*CC - Art. 76. Têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso.*

*Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença.*

Destes editais devem constar nome do presidente da comissão, nome do servidor, os atos de instrução objeto da sua notificação (ou da sua intimação). A comissão deve juntar aos autos uma via destes editais, com o recorte de suas publicações

Havendo mais de um servidor nesta situação, a notificação (ou a intimação) por edital será coletiva.

O servidor será considerado notificado (ou intimado) do ato de instrução em três dias úteis após a publicação do último destes editais, podendo o ato de instrução probatória ser realizado regularmente pela comissão, ainda que ausente o servidor. Há posicionamento institucional neste sentido.

*Orientação Coger nº 38*

*No caso de acusado que se evade dos atos de comunicação e de instrução processual, a comissão processante deve, primeiramente, exaurir as tentativas de localizá-lo (por diligências a seu local de trabalho e a seu domicílio e por notificação por hora certa) para somente então valer-se do instrumento do edital com o fim de notificá-lo da realização de um ou mais atos instrucionais.*

Por fim, depreende-se do art. 76 do CC, acima reproduzido, que, tendo o réu preso paradeiro certo, ao acusado nesta condição não se aplica a notificação (ou a intimação) por edital. No mesmo sentido é a clara determinação do art. 360 do CPP, com a qual se harmoniza a doutrina. Em que pese a especificidade da situação, para fins administrativos, deve a comissão, ao máximo possível, tentar empregar o procedimento comum de notificação (ou de intimação), seja por meio de diligência no presídio ou unidade carcerária, seja requerendo ao juízo da vara de execuções penais a apresentação do preso ao órgão administrativo. Extensivamente, também se assevera que não é caso de empregar edital para servidor que se encontra internado em estabelecimento hospitalar em razão de tratamento de sua saúde.

*CPP - Art. 360. Se o réu estiver preso, será pessoalmente citado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 01/12/03)*

*“O servidor preso será citado pelo membro da comissão, em diligência ao presídio. Ou, então, será requerida ao Juiz titular da Vara de Execuções Penais a apresentação do preso no órgão público, quando será procedido o ato citatório.” Léo da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, pg. 174, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

Mencione-se ainda um terceiro incidente, a exemplo do que se aduziu em **4.3.5.3**, quando o acusado tem paradeiro certo e conhecido, mas oculta-se, para não ser notificado (ou intimado), quando um dos membros da comissão (o presidente ou indistintamente qualquer dos dois vogais, não sendo necessária a formalidade de estarem presentes os três integrantes) ou um integrante do grupo de atividades administrativas dos Escor que porventura o possuam ou ainda qualquer servidor do Escor vai a seu encontro (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros).

Aqui, a comissão sabe onde o acusado pode ser encontrado, mas, diante de sua estratégia de se ocultar, não logra ficar diante dele para tentar lhe entregar a notificação (ou a intimação) do ato de instrução processual. A hipótese ora tratada alberga, por exemplo, a situação, enfrentada com certa frequência, em que o portador da notificação (ou da intimação) dirige-se à residência do servidor ativo, que, por qualquer motivo, não está comparecendo ao seu local de serviço (ou ainda no caso de se tratar de inativo ou de ex-servidor), e quem o atende até confirma que ele ali reside mas informa que não se encontra no momento e que não sabe dizer quando estará presente.

Neste caso, primeiramente, deve a comissão conseguir demonstrar nos autos que são conhecidos os locais de trabalho e de residência onde pode ser encontrado o servidor ativo ou o local de residência onde pode ser encontrado o inativo ou o ex-servidor. Por local de residência entendam-se o(s) mesmo(s) endereço(s) residencial(is) declarados nas diversas bases de dados ao dispor da RFB, acima já descritos.

Além disto, deve também registrar nos autos algumas tentativas de encontrá-lo neste(s) local(is), em diferentes dias e horários, redigindo atas de deliberação e termos de ocorrência - com identificação daqueles que as realizaram, data e hora e coletando, se possível, testemunho assinado de colegas de trabalho e de superiores hierárquicos ou de familiares, empregados, vizinhos, amigos, porteiros ou quaisquer outros prepostos -, com que se comprovem as sucessivas idas infrutíferas àquele(s) endereço(s), a saber, à unidade de lotação ou de exercício e ao endereço residencial do servidor ativo ou ao endereço residencial do inativo ou do ex-servidor. Como referência, pode-se mencionar a quantidade de duas tentativas, conforme estabelecido no *caput* do art. 252 do CPC - ressalvando-se que pode ocorrer de, na segunda ou na terceira ou até em mais idas sucessivas, de fato, a comissão se deparar com ausências justificáveis do acusado, não podendo se tomar a referência de duas tentativas como limite fatal. A questão crucial no presente tema não reside no simples esgotamento de duas idas ao local em que se presumia poder encontrar o acusado, mas sim na existência de indícios de que este intencionalmente se oculta.

Por óbvio, caso o servidor tenha procurador constituído nos autos, o problema pode ser resolvido com a simples ida ao procurador.

Configurada então a hipótese em tela, uma última tentativa prática de solucionar o incidente - antes de se buscar apoio jurídico em integração com outras leis -, seria de quaisquer dos possíveis portadores da notificação (ou da intimação) se revezarem no(s) tal(is) local(is) conhecido(s), no máximo de tempo possível de abrangência, para ostensivamente tentarem encontrar o acusado. Restando também esta estratégia infrutífera ou até mesmo desaconselhável (por exemplo, por questões de segurança pessoal dos portadores), pode-se buscar uma solução no CPP, eleito como primeira fonte de integração na processualística disciplinar em caso de lacuna tanto na Lei nº 8.112, de 1990, quanto na Lei nº 9.784, de 1999. O *caput* do art. 362 do CPP, por sua vez, remete ao procedimento estabelecido nos arts. 252 a 254 do CPC (atualizando a remissão aos arts. 227 a 229 da revogada lei processual civil).

*CPP - Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008)*

*CPC - Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.*

Segundo os mencionados arts. da lei de processo civil, quando há suspeita de que o réu se oculta, deve ser intimada qualquer pessoa da família ou um vizinho ou um amigo ou ainda

porteiros e outros prepostos ou empregados do condomínio ou residência de que o oficial retornará no dia útil imediato, na hora que designar, para proceder ao ato de comunicação (a chamada “citação com hora certa”), aqui aplicados extensivamente como última tentativa de a comissão encontrar pessoalmente o acusado. Assim, na hipótese em que há indícios de que o acusado, embora de paradeiro certo e conhecido, não é encontrado no local onde seria esperado, em decorrência de intencionalmente se ocultar da comissão, será considerado notificado (ou intimado) na data previamente aprazada, mesmo que nesta oportunidade novamente não seja encontrado.

Nesta instrumentalização excepcional, de se destacar que deve o emissário portar consigo a notificação (ou a intimação) do ato de instrução já pronta (para a hipótese de lograr o encontro pessoal), registrar em termo de ocorrência mais uma ida infrutífera à residência do acusado (no mínimo, a segunda vez) e intimar um parente, vizinho, amigo, porteiro, empregado ou preposto a comunicar ao agente que o colegiado retornará em dia imediatamente posterior e em horário previamente determinado, a fim de proceder à notificação (ou à intimação) e levar aos autos aquele termo e uma via recebada desta intimação.

Interessante destacar que, a exemplo do que se pontuou para o caso da citação em processo civil por via postal, o CPC, no parágrafo único do art. 252, ratificou a validade da intimação a porteiros ou demais empregados em caso de o acusado residir em condomínio ou qualquer outra espécie de moradia com controle de acesso, sendo certo que alcança também o empregado doméstico da sua própria unidade residencial.

*CPC - Art. 252.*

*Parágrafo único. Nos condomínios edifícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a intimação a que se refere o caput feita a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.*

Todos estes registros servem de prova das sucessivas idas infrutíferas da comissão àqueles endereços - sobretudo ao residencial - e das recomendações deixadas com quem atendeu o portador para que informasse o acusado quando se retornaria para tentar novamente encontrá-lo. A cada diligência no endereço residencial, deve-se buscar extrair o máximo de informações de parte de quem atende (seja para lograr um meio seguro de enfim encontrar o acusado, seja para deixar inequívoco nos autos a sua estratégia de se esquivar da comissão), tais como confirmação de que o agente realmente reside naquele endereço, as razões da sua ausência, a previsão de horário de retorno, o horário em que é mais provável encontrá-lo em casa ou ainda alguma outra forma de contato.

Para este último deslocamento, em que se presume a necessidade de redigir um termo conclusivo quanto aos incidentes de ocultação e qualificador da condição de notificado (ou intimado), convém que vá um dos integrantes da comissão. Na data e horário aprazados, novamente não encontrando o acusado, após consignar com quem atender que o agente foi informado do comparecimento anterior do signatário e da data e do horário marcados para esta última tentativa e coletar as informações da razão de sua ausência, conforme o caput e o § 1º do art. 253 do CPC, deve o integrante da comissão lavrar novo termo de ocorrência em duas vias, em que se registram a ausência do acusado e que não se dispõe de previsão de seu horário de retorno, a consideração de que a notificação (ou a intimação) do ato de instrução está realizada e o nome da pessoa que lhe atender, deixando uma via do termo com esta pessoa, como a contrafé a que se refere o § 3º do mesmo dispositivo legal, e levando a outra via para os autos.

Acrescente-se que, de acordo com o § 2º do art. 253 do CPC, a ausência do parente ou vizinho que havia sido intimado ou a sua recusa em receber o ato de comunicação não impedem que se efetive o ato com hora certa.

Obviamente, em nenhum dos dois momentos, pode o portador deixar a notificação (ou a intimação) em si (embora convenha que sempre a porte já pronta) e muito menos cópia do

processo com um estranho aos autos. Por fim, autuados os termos de ocorrência e com a notificação (ou a intimação), deve a comissão remetê-los, no prazo de dez dias contados da autuação, na via postal, com Aviso de Recebimento (AR, em que o remetente preenche um formulário próprio, que lhe é devolvido, assinado por quem recebeu a postagem, comprovando que a remessa foi entregue), para o endereço residencial do acusado, conforme o art. 254 do CPC.

*Art. 253. No dia e na hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou à residência do citando a fim de realizar a diligência.*

*§ 1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca, seção ou subseção judiciárias.*

*§ 2º A citação com hora certa será efetivada mesmo que a pessoa da família ou o vizinho que houver sido intimado esteja ausente, ou se, embora presente, a pessoa da família ou o vizinho se recusar a receber o mandado.*

*§ 3º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com qualquer pessoa da família ou vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.*

*Art. 254. Feita a citação com hora certa, o escrivão ou chefe de secretaria enviará ao réu, executado ou interessado, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência.*

Verifica-se abaixo que a Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GM-3, já se manifestou pelo emprego do remédio previsto na lei civil em caso de ocultação (embora o caso em espécie se referisse à entrega da citação para apresentar defesa, é perfeitamente aplicável à notificação ou à intimação de ato de instrução). A mesma interpretação extensiva, a favor do emprego do instituto da hora certa no processo disciplinar, também se extrai da manifestação exarada pela CGU, por meio da CGU/CCC, estampada no Enunciado CGU/CCC nº 11, de 30 de outubro de 2015. Embora se reconheça que a literalidade do dispositivo se reporte apenas à citação para apresentar defesa, não se faz imperativa uma leitura restritiva, podendo se tomar como referência para outros momentos processuais, conforme aqui se faz. O mesmo se aplica à doutrina.

*Parecer AGU nº GM-3, não vinculante: “Ementa: O Direito Disciplinar rege-se por normas específicas e independentes do Direito Penal, inexistindo viabilidade jurídica de serem aproveitadas normas criminais, por via analógica, a fim de nulificar processo disciplinar por haver-se efetuado a citação por hora certa com vistas à apresentação de defesa.*

*6. A maneira como se efetua o chamamento para o indiciado apresentar sua defesa encontra-se prescrita na Lei nº 8.112, art. 161, § 1º: “será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão”. O sentido literal desse comando, por si só, é suficiente para demonstrar a validade do procedimento consistente em o indiciado receber o mandado expedido pelo presidente do colegiado. É norma desprovida da rigidez que representaria a exigência de que se efetuasse a citação, exclusivamente, por edital, em se esquivando o indiciado de recebê-la.*

*7. A execução do ato processual de citação por hora certa atende à literalidade e à finalidade do art. 161, tanto que nessa maneira de atuar não se vislumbra qualquer dano para o exercício do direito de ampla defesa.”*

*Enunciado CGU/CCC nº 11, de 2015: “Citação por hora certa no procedimento disciplinar. No âmbito do Processo Disciplinar, a citação poderá ser realizada por hora certa, nos termos da legislação processual civil, quando o indiciado encontrar-se em local certo e sabido, e houver suspeita de que se oculta para se esquivar do recebimento do respectivo mandado”.*

*“A citação por hora certa aplica-se àqueles casos em que há suspeita de que o*

*servidor indiciado está se ocultando para não receber a citação ou a notificação.*

*Subsidiariamente, aplica-se o Código de Processo Civil (art. 227 e 228) quando, por três vezes o membro-secretário procurar o servidor indiciado para entregar a citação e não o encontrando em casa ou no trabalho, poderá intimar o chefe imediato de que no dia posterior voltará, durante o expediente normal da repartição, a fim de efetuar a citação, na hora designada.*

*No dia e hora designados, o membro-secretário comparecerá no setor onde trabalha o servidor indiciado, a fim de realizar a diligência.*

*Se o servidor indiciado não estiver presente, o membro-secretário procurará se informar das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o indiciado tenha se ausentado do setor, com o intuito de se esquivar do ato.*

*O membro-secretário lavrará certidão da ocorrência e deixará contrafé (cópia) com o chefe imediato do servidor indiciado, mencionando-o na respectiva certidão.*

*Após, o colegiado registrará tudo em ata e o presidente determinará que seja enviada ao servidor indiciado, para sua residência, por carta registrada com AR de 'mão própria', cópia da certidão e do mandado, dando-lhe ciência." Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pg. 363, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

Mencione-se que o CPC, no § 2º do seu art. 175, contempla a possibilidade de emprego de edital e de hora para se realizarem comunicações acerca da feita de atos instrucionais.

*CPC - Art. 275.*

*§ 2º Caso necessário, a intimação poderá ser efetuada com hora certa ou por edital.*

#### **4.4.4 - Depoimento de Testemunha**

O depoimento (ou oitiva ou inquirição) de testemunha é um dos atos instrucionais válidos na processualística disciplinar encerradores de maior grau de dificuldade, tanto de ordem teórico-jurídica quanto de ordem prática. Afinal, a prova oral requer cuidadoso preparo prévio e, no momento de sua feita, congrega dinamismo e necessidade de atendimento a regramentos normatizados, para que logre, ao seu final, a satisfação tanto dos requisitos jurídicos de sua validade como a obtenção dos objetivos estratégicos que justificaram sua realização. Pode não se revelar tarefa simples, sobretudo para uma comissão de pouca experiência, conciliar o atendimento do regramento jurídico condicionador da validade do ato com a capacidade de extrair do depoente as informações indispensáveis ao esclarecimento dos fatos que ensejaram a instauração do processo disciplinar.

Acrescente-se a dificuldade de ser um ato caracterizado pela interlocução, fundado no imediatismo e na fugacidade das palavras e frases faladas com diferentes graus de improviso e de espontaneidade, atraindo ainda a natureza jurídica contraditória, uma vez que coloca frente a frente comissão, testemunha, acusado(s) e procurador(es). Neste contexto, pode haver confrontações entre quaisquer destes participantes (comissão com testemunha, comissão com defesa, defesa com testemunha) quando seus interesses ou predisposições à verdade colidem. Diante do eventual interesse da defesa em desvalorizar determinado depoimento, aquela necessidade para que o colegiado atente aos regramentos formais em vigor assume ainda maior relevância, a fim de se preservar face a questionamentos de supostas nulidades procedimentais.

Assim, recomenda-se que a comissão siga um roteiro básico de procedimentos na realização da prova testemunhal. E como a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, não esgotou sua normatização, e tampouco o fez a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, é necessário, subsidiariamente e por analogia, integrar as lacunas do Estatuto com mandamentos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal

(CPP) e da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), nesta ordem.

A propósito, dentre os atos processuais mais comuns de ocorrer no processo disciplinar (a exemplo do que ocorre também nos procedimentos judiciais, em reflexo da ponderação permissiva e excepcionalmente restritiva da leitura conjunta dos arts. 442 e 443 do CPC), as provas orais, de forma geral, talvez sejam onde mais se resente a falta de normatização no Estatuto e mais se necessita empregar os dois códigos processuais. Mas ressalve-se que tal integração somente é válida nos pontos em que o Estatuto não regulou; onde há previsão na Lei nº 8.112, de 1990, esta deve prevalecer, ainda que pontualmente conflitante com a norma de processo penal e/ou de processo civil.

*CPC - Art. 442. A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso.*

*Art. 443. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos:*

*I - já provados por documento ou confissão da parte;*

*II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.*

Conforme já exposto em **4.4.1.4**, não há, a rigor, uma expressa sequência pré-definida de atos de instrução processual; ao contrário, é o curso do desenrolar de cada inquérito administrativo que indicará à comissão que linha apuratória adotar. Não obstante, por mera praxe e como recomendação acatável ou não caso a caso, pode-se inaugurar a busca de provas com a oitiva do representante ou denunciante caso esta figura exista, a fim de inquirir se ratifica ou se retifica o teor de sua peça escrita, conforme também defende a doutrina. Por mais detalhada que tenha sido a peça inicial da lavra deste agente deflagrador, deve o colegiado atentar para as vicissitudes humanas, pois não é de se desprezar a possibilidade de, estando diante tanto do trio processante quanto da defesa, o depoente alterar os fatos relatados, seja coerentemente agregando ainda mais detalhes, seja revelando-se em contradição, agregando maior ou menor credibilidade a seu relato escrito ou à sua explanação verbal. Destaque-se que o fato de um servidor ter representado ou um particular ter denunciado, por si só, em nada se confunde com ser impedido ou suspeito para testemunhar, pois esta condição de deflagrador da notícia inaugural não se amolda, por si só, nas condições estabelecidas nos arts. 18 e 20 da Lei nº 9.784, de 1999. *A priori*, tão somente a qualidade de representante ou denunciante não significa, por exemplo, que este depoente tenha interesse na matéria ou que seja inimigo notório do representado ou denunciado, portanto, não impõe que se submeta à prova oral na condição de declarante, na forma como se aduzirá em **4.4.5**.

*“Tanto o denunciante como o autor da representação devem ser chamados a depor, como um dos primeiros passos do processo. É o início da coleta de provas por depoimentos, somente precedida da prova documental que será atuada quando da instalação da Comissão.*

*Deste modo, além de se confirmar a autenticidade, pela comunicação oral reiteradora do texto escrito, terá a Comissão a oportunidade de apreciar maiores detalhes sobre o evento objeto da apuração.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 84, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

*“Cabe registrar que a Lei nº 8.112/90 não estabelece nenhuma distinção entre denunciante e as demais testemunhas, sendo esta uma divisão que se observa apenas na prática.*

*Assim, a primeira figura, do denunciante, nada mais é que uma testemunha que tem precedência sobre as demais, ou porque formalizou a denúncia, até mesmo por ter presenciado a ocorrência da irregularidade, ou por conhecimento mais profundo das irregularidades praticadas no âmbito do serviço público e assinou algum documento que posteriormente veio a originar o processo disciplinar.*

*Portanto, o denunciante será ouvido como testemunha, salvo naqueles casos de notória inimidade com o servidor denunciado, situação em que será ouvida*

*como informante.” Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, “Processo Administrativo Disciplinar - Manual”, pg. 327, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

*“Primeiro, devem ser ouvidas as testemunhas, ou seja, as pessoas que serão compromissadas. Depois, serão tomadas as declarações daqueles que têm a sua imparcialidade diminuída. Desta forma, quando estas pessoas se apresentarem em audiência, já estarão no processo pronunciamentos idôneos, recolhidos de pessoas com total isenção.” Léo da Silva Alves, “A Prova no Processo Disciplinar”, pg. 162, Editora Lumen Juris, 1ª edição, 2003*

#### **4.4.4.1 - Atos Preparatórios**

De forma geral, a primeira providência a ser formalizada com vista a se coletar depoimento é deliberar em ata o chamamento da testemunha aos autos, expondo a motivação de fazê-lo (se decorre de iniciativa da comissão ou de pedido do acusado). Neste momento, basta que a comissão manifeste e expresse a sua decisão de ouvir alguém como testemunha, dispensando-se a necessidade de já se ter a data e o horário em que o ato será realizado (até porque somente depois da deliberação é que o colegiado promoverá contatos com os agentes envolvidos para chegar a um agendamento viável para todos).

Não obstante, antecipe-se que, havendo mais de uma testemunha a ser ouvida, convém, sempre que possível, que a comissão cogite de realizar as suas oitivas uma imediatamente após a outra, preferencialmente até em um mesmo dia, de forma a diminuir a possibilidade de prévio conhecimento das perguntas ou a contaminação dos depoimentos, buscando preservar ao máximo a prova oral, refletindo a inteligência do *caput* do art. 210 Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), também adotada pela doutrina. Em razão desta estratégia, é interessante que a comissão, na medida do possível, busque vislumbrar, de antemão, o máximo de depoentes que se fazem relevantes, para que possa deliberar suas oitivas em conjunto, em uma ata única.

*CPP - Art. 210. As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras (...).*

*“Mesmo que sejam os depoimentos tomados no mesmo dia, as testemunhas não poderão se comunicar, a fim de que os depoentes não sofram recíprocas influências. Inquiridas separadamente, as testemunhas poderão confirmar, aduzir informações, ou infirmar o dito por outras testemunhas.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 145, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

##### **4.4.4.1.1 - Quem Deve, Quem Pode Mas Não É Obrigado e Quem Não Pode Depor**

Em princípio, de forma análoga ao que ocorre na instância processual penal, qualquer pessoa pode testemunhar no processo disciplinar e a regra geral é da obrigatoriedade em comparecer, tanto no caso de servidores quanto no caso de agentes privados, conforme se extrai da leitura conjunta do art. 202 com a parte inicial do art. 206, ambos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP). Mais especificamente no que diz respeito à obrigatoriedade de testemunhar em processo disciplinar, enfatiza-se o dever funcional - associado ao dever de lealdade institucional - de servidor público federal, ainda que de outro órgão, comparecer ao ato quando devidamente intimado.

*CPP - Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha.*

*Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou*

*integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.*

Mas, prosseguindo na leitura do art. 206 do CPP, a sua parte final estabelece que, independentemente de ser ou não servidor público, por óbvios motivos de vinculação com a parte, é certo que o cônjuge, o filho, o irmão, o pai, a mãe e os parentes afins do acusado têm a prerrogativa de se declararem desobrigados de depor, salvo se, excepcionalmente, a critério da comissão, se entender que é impossível se obter a busca da elucidação do fato por outro meio. Estas pessoas não são proibidas de depor: elas podem, mas não são obrigadas.

Em 4.2.6 foram apresentadas as definições de graus de parentesco e a forma de contá-los, a cuja leitura se remete. A interpretação sistemática do ordenamento impõe que hoje se inclua o companheiro de união estável em textos normativos mais antigos, que mencionavam apenas o cônjuge, como neste caso do CPP.

Como exceções à regra geral da admissibilidade do testemunho, são proibidos de depor, no art. 207 do CPP, aqueles que, em razão da atividade exercida (gênero laboral que aqui abarca sua função, seu ministério, seu ofício ou sua profissão), devam guardar segredo (a exemplo do advogado, do médico, do psicólogo, do padre e outros agentes cujo múnus inequivocamente permita ao agente saber da privacidade e da intimidade do acusado), salvo se forem desobrigados pelo acusado e se quiserem prestar a prova oral. Ressalve-se que há a possibilidade de tais profissionais incorrerem no crime de violação de segredo profissional, tipificado no art. 154 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (CP), caso deponham sem a prévia anuência do interessado e se este vier a representar.

*CPP - Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.*

*CP - Violação do segredo profissional*

*Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:*

*Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.*

*Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.*

Em acréscimo, o art. 228 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil (CC), nos incisos I, IV e V e nos §§ 1º e 2º, veda que deponham na condição de testemunha também os menores de dezesseis anos de idade, os impedidos e os suspeitos e, a estes, o § 1º do art. 447 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC), soma ainda os incapazes.

*CC - Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas:*

*I - os menores de dezesseis anos;*

*IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;*

*V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.*

*§ 1º Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 6 ed julho de 2015)*

*§ 2º A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*CPC - Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.*

*§ 1º São incapazes:*

*I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental;*

*II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;*

*III - o que tiver menos de 16 (dezesseis) anos;*

*IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.*

*§ 2º São impedidos:*

*I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;*

*II - o que é parte na causa;*

*III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.*

*§ 3º São suspeitos:*

*I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo;*

*II - o que tiver interesse no litígio.*

*§ 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.*

*§ 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.*

*Art. 448. A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos:*

*I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau;*

*II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.*

Também não pode um servidor, que figura como acusado no processo disciplinar, participar do mesmo apuratório como testemunha, ainda que a pedido de outro acusado, pois é inaceitável que um mesmo servidor participe do processo em diferentes condições jurídicas e com conflitantes graus de comprometimento de verdade (como testemunha em determinado momento e como acusado no restante do inquérito).

Por outro lado, não se vislumbra nenhum vício ou afronta à defesa em se coletar testemunho de servidor que esteja respondendo outro processo disciplinar, sobre fato independente (se os fatos fossem conexos, a regra seria de unicidade processual e, mesmo que houvesse processos apartados, perduraria o impedimento de testemunhar, em virtude ter interesse no caso).

#### **4.4.4.1.2 - Comunicações do Depoimento**

A exemplo do que já se aduziu em **4.3.11.3** e em **4.4.3.2**, os atos de comunicação preparatórios da oitiva de testemunha - a saber, como regra, a intimação da testemunha, esta expressamente prevista no *caput* do art. 157 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a notificação do acusado e o memorando ao chefe do depoente, se este for servidor - podem ser feitos das mais variadas formas e por diversos portadores, desde entrega pessoal por parte de um membro da comissão ou por integrante do grupo de atividades administrativas dos Escritórios de Corregedoria (Escor) que porventura o possuam ou ainda por qualquer servidor do Escor (desde que se preservem os sigilos da honra, imagem e privacidade e da instância disciplinar), até remessas por correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002) ou via postal.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 157. As testemunhas serão intimadas a depor mediante mandado expedido pelo presidente da comissão, devendo a segunda via, com o ciente do interessado, ser anexada aos autos.*

Na hipótese residual de a comissão considerar indispensável a prova oral de alguém *a priori* proibido de depor em razão de sua função, ministério, ofício ou profissão, nos termos do art. 207 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal

(CPP), cabe ao colegiado, após expor suas excepcionais motivações em ata de deliberação, intimar o acusado a se manifestar se permite aquela oitiva e também intimar o depoente a expressar se concorda em prestar o testemunho, reproduzindo a base legal acima no ato deliberativo, nos dois atos de comunicação e, se for o caso de aquiescências, também no termo de oitiva.

E caso o próprio acusado peticione pela oitiva como testemunha de alguém atingido pela proibição em tela, o que faz presumir que desobriga que o depoente guarde sigilo, cabe à comissão, após deliberar em ata o deferimento, na hipótese de concordar com a relevância da prova oral, intimar o depoente a se manifestar se concorda em prestar o testemunho e notificar o acusado da realização ou não do depoimento solicitado, também registrando em todos estes atos e no termo de oitiva a ressalva do mencionado art. 207 do CPP.

Não é necessário condicionar já ter entregue a intimação à testemunha para somente então notificar o acusado acerca da oitiva. Na prática, o que ocorre é um prévio acerto (pessoal, telefônico ou virtual) entre os três polos atuantes na oitiva (comissão, testemunha e defesa). A comissão primeiramente deve buscar acertar uma data e um horário com a testemunha e, ato contínuo, ao contatar a defesa para notificar, se o acusado ou o procurador manifestar intenção de participar mas alegar impossibilidade para aquela data e/ou horário, retoma-se o ciclo com novo contato com a testemunha, até que se chegue a um agendamento que contemple todos e daí a comissão emite os respectivos atos de comunicação.

No caso de entrega pessoal da intimação à testemunha ou da notificação à defesa emitem-se duas vias do ato, a fim de uma ficar com o destinatário e outra ser autuada com sua assinatura e datada, conforme expressamente prevê o *caput* do art. 157 da Lei nº 8.112, de 1990. No caso de envio postal, também emitem-se duas vias, remetendo-se uma para o destinatário, com o serviço do aviso de recebimento (AR) que, após devolvido, deve ser autuado junto à outra via. No caso de envio por correio eletrônico institucional, sendo o destinatário servidor, envia-se a mensagem com os recursos de confirmação de entrega e de aviso de recebimento e solicita-se, no corpo da mensagem, que o destinatário responda confirmando o recebimento; não sendo servidor o destinatário, solicita-se, no corpo a mensagem que imprima, assine, digitalize e reenvie o ato de comunicação de volta para a comissão, com o compromisso de trazer a via original à sala da comissão.

Em reforço àquela amplitude permissiva, abstraindo da formalidade restritiva da entrega pessoal, o § 1º art. 455 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil (CPC) dá devido amparo para que a intimação da testemunha seja feita por via postal.

*CPC - Art. 455.*

*§ 1º A intimação deverá ser realizada por carta com aviso de recebimento, cumprindo ao advogado juntar aos autos, com antecedência de pelo menos 3 (três) dias da data da audiência, cópia da correspondência de intimação e do comprovante de recebimento.*

Se a testemunha for servidor ativo (de qualquer órgão, de qualquer Poder, de qualquer ente federado, como também entende a doutrina), por força do parágrafo único do art. 157 da Lei nº 8.112, de 1990, deve-se comunicar ao titular da unidade, por meio de memorando, remetido pelo correio eletrônico institucional (dispensando-se comprovações de recebimento), a intimação irrecusável para que seu subordinado deponha na data e horário aprezados. Importante destacar a pertinência deste comando legal que, em leitura apressada, poderia parecer apenas exageradamente formalista a impor um mero comunicado dispensável. Diante da aplicabilidade ampla e genérica do instrumento da intimação para qualquer servidor (e não apenas da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB), não raro o agente público estranho ao órgão reage com desconforto e até com certo grau de inconformismo ou de previsível insubmissão à intimação advinda de comissão disciplinar à margem de sua hierarquia. Daí, advém a inteligência de se comunicar à sua chefia imediata, para que esta, harmonizando o

princípio da hierarquia com a indisponibilidade do interesse público que move o processo disciplinar, diligencie pela presença do intimado. Tanto é assim que o CPC, no inciso III do § 4º do seu art. 455 prevê que a intimação do juiz para que servidor compareça para testemunhar se faz por meio de requisição a seu chefe, podendo-se então inferir a relevância do comando legal estatutário, por vezes inadvertidamente esquecido ou desprezado por comissões, já que reflete a mesma instrumentalidade garantista adotada pela lei processual civil. Conforme já aduzido em **4.4.1.4**, no caso de testemunha lotada em Agência da Receita Federal do Brasil (ARF), recomenda-se que esta comunicação seja dirigida ao Agente, não sendo necessário comunicar ao respectivo Delegado. Se o servidor for de outro órgão, por convenção para comunicados extraórgãos, a comunicação ao seu chefe imediato se dá por ofício.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 157.*

*Parágrafo único. Se a testemunha for servidor público, a expedição do mandado será imediatamente comunicada ao chefe da repartição onde serve, com a indicação do dia e hora marcados para inquirição.*

*CPC - Art. 445*

*§ 4º A intimação será feita pela via judicial quando:*

*III - figurar no rol de testemunhas servidor público ou militar, hipótese em que o juiz o requisitará ao chefe da repartição ou ao comando do corpo em que servir;*

*“Não diz a Lei que o servidor deva ser federal, nem submetido ao Regime Jurídico Único. Assim, a expressão deve ser entendida no seu sentido mais amplo: servidor, ou empregado (celetista), da administração direta ou indireta, civil ou militar, dos três Poderes das três Órbitas de Poder, ao ser intimado a depor como testemunha, deverá ter seu chefe avisado de tal evento.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pgs. 142 e 143, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Nestas atos de comunicação que antecedem a oitiva, não se informa nada a respeito do foco apuratório e do polo passivo do processo à testemunha e a seu chefe (caso o depoente seja servidor) e tampouco se lhes antecipam teor de perguntas e objetivos do ato (o que se busca esclarecer). A oitiva de testemunha tem a peculiaridade da oralidade e da instantaneidade, características que lhe agregam certo grau de qualidade dinâmica na valoração final do conjunto probatório, e deve a comissão preservar tal riqueza, mantendo resguardado ao máximo o conteúdo da prova.

Sendo a testemunha servidor ativo com lotação ou exercício em localidade distinta de onde deve prestar a prova oral, o inciso I do art. 173 da Lei nº 8.112, de 1990, assegura-lhe o direito de receber diárias e passagens com o fim de se deslocar para cumprir o dever funcional de testemunhar. Neste caso, por previsão regimental (no art. 208 combinado com os incisos VIII e IX do art. 285, ambos do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012), e em extensão ao art. 13 da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da RFB - na linha do art. 9º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito do Ministério da Fazenda (MF) -, mediante provocação do presidente da comissão, incumbe ao Chefe de Escor, como autoridade instauradora, propor ao Corregedor, como ordenador de despesas, nos termos do § 1º do art. 80 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e a este decidir as questões atinentes a deslocamentos, diárias e passagens de interesse correcional.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 173. Serão assegurados transporte e diárias:*

*I - ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado;*

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 208. Ao Serviço de Atividades Auxiliares - Seaux e às Seções de Atividades Auxiliares -*

*Saaux compete executar e controlar as atividades relacionadas com pessoal, apoio administrativo, gestão de documentos, patrimônio e serviços gerais.*

*Parágrafo único. Ao Seaux da Coger e à Saaux da Copei compete, ainda, executar as atividades financeiras e orçamentárias relacionadas com deslocamento de servidores e colaboradores eventuais no interesse das atividades da Coger e Copei, respectivamente.*

*Art. 285. Ao Corregedor incumbe, sem prejuízo das atribuições do Secretário da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013*

*VIII - autorizar viagens a serviço, relacionadas às atividades de interesse da Corregedoria; e (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 11 de dezembro de 2014)*

*IX - praticar os atos de gestão dos recursos orçamentários e financeiros destinados ao pagamento de diárias e passagens, nos deslocamentos de servidores e colaboradores eventuais no interesse da Coger. (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 9º O presidente de comissão de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes de comissão, bem como solicitar prorrogação do prazo da comissão, quando necessário.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 13. O presidente de comissão de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes de comissão, bem como solicitar prorrogação do prazo da comissão, quando necessário.*

No caso de se deliberar ouvir inativo, ex-servidor, particular, terceiro ou administrado em geral, sobre quem a comissão não tem poder coercitivo, de imediato, se reconhece que inexistente no Direito Administrativo Disciplinar disposição legal que obrigue pessoa estranha ao serviço público servir como testemunha e, por conseguinte, que a submeta à condução coercitiva e forçada. Ainda assim, reforçando o entendimento já exposto em **4.3.11.3**, é de se empregar intimação, uma vez que a Lei nº 8.112, de 1990, no *caput* do art. 157, impõe a regra geral de que “*As testemunhas serão intimadas a depor*” e prevê a especificidade de serem servidores ativos apenas no parágrafo único do mesmo artigo, determinando que, neste caso específico, também deve haver memorando para a chefia (conforme já exposto em **3.2.2.2.2.a**, a Lei convencionou grafar sinteticamente “servidor” onde na verdade se entende “servidor ativo”, pois apenas este agente possui chefe). Ou seja, a leitura sistemática do dispositivo é de que as testemunhas são intimadas, sejam servidores ativos ou não. Ademais, à vista das peculiaridades do caso específico, que podem indicar maior relevância e imprescindibilidade àquela prova oral, pode-se reforçar o dever que os inativos, ex-servidores, particulares, terceiros ou administrados em geral têm de colaborar com o esclarecimento de fatos junto à Administração Pública, agregando-se à base legal da intimação a previsão do inciso IV do art. 4º e do *caput* do art. 39 e, se for o caso, também do art. 28, todos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Decerto, com amparos jurisprudencial e doutrinário, o que não se recomenda é o uso do termo “convite” ou da expressão “solicitação de comparecimento” para nenhuma espécie de destinatário, por expressarem forte grau de discricionariedade e voluntariedade na decisão de atender ou não ao chamado.

*Lei nº 9.784, de 1999 - Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:*

*IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.*

*Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.*

*Art. 39. Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.*

*Parágrafo único. Não sendo atendida a intimação, poderá o órgão competente, se entender relevante a matéria, suprir de ofício a omissão, não se eximindo de proferir a decisão.*

*TRT da 14ª Região, 'Habeas Corpus' nº 1651, Relatório e Voto: "(...) impetrantes (...) questionam a autoridade dos membros da Comissão de Processo Disciplinar, nos autos do PAD nº (...), que os intimou por mandado, para comparecerem a solenidade a ser realizada no dia 18 de outubro de 2005, sob pena de representação ao Ministério Público por crime de desobediência previsto no artigo 330, do Código Penal Brasileiro.*

*Consideram que não estão sujeitos às disposições do artigo 157 da Lei nº 8.112/90, na medida que não são servidores ou funcionários públicos e não estão obrigados a comparecer perante a autoridade coatora.*

*A análise da matéria em foco assegura a legalidade dos atos tidos como possivelmente constrangedores. Considero dentro de uma análise sistemática que a Comissão de Sindicância tem o poder de intimar as pessoas para depor ou prestarem esclarecimentos, mas não possui respaldo legal para determinar a condução coercitiva, o que aliás sequer foi cogitado, conforme contato pelos documentos oferecidos.*

*Levando em conta que a Comissão de Sindicância, pelos fatos narrados, não cometeu nenhuma arbitrariedade, sendo perfeitamente lícito representar perante o Ministério Público para adoção das medidas que entender cabíveis, denego a segurança."*

*"Servidores ou não servidores poderão ser intimados a depor. (...)*

*E se a testemunha recusar-se a assinar a segunda via do mandado de intimação? O servidor incumbido dessa tarefa deverá certificar o evento, protegendo-se com a assinatura de duas testemunhas dessa recusa." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pgs. 140 e 142, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

*"Somos pelo entendimento de que a obrigação de depor em processo disciplinar estende-se ao particular. (...). Logo, o instrumento pelo qual é chamado não pode ser o convite." Léo da Silva Alves, "Prática de Processo Disciplinar", pgs. 167 e 168, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

*"No caso das testemunhas não serem funcionários públicos, (...) na prática, existe uma significativa diferença entre intimar e convidar alguém a prestar depoimento. No caso do convite, pela fragilidade do nome, que pressupõe não existir obrigatoriedade de comparecimento. Além do mais, ressalte-se que não há previsão legal para expedir convite para intimar testemunhas, mas sim mandado de intimação.*

*Assim, não se recomenda o uso de convite em vez de intimação, por duas razões: (1) convite não consta da Lei nº 8.112/90 como instrumento hábil para audiência, mantendo o referido diploma legal a formalidade do mandado de intimação; (2) não possui aquela característica de obrigatoriedade de comparecimento. Aceita convite quem quer, sem necessidade de justificar a recusa." Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pgs. 327 e 328, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

Uma vez acertados com a testemunha a data e o horário da oitiva, simultaneamente aos esforços para intimá-la, pode a comissão também diligenciar para notificar o acusado, com o prazo hábil de três dias úteis de antecedência, para que, caso queira, acompanhe o ato. Destaque-se que, havendo mais de um acusado, sendo a oitiva solicitada por um deles, deve-se notificar também os demais acusados. Obviamente, se o acusado ou seu procurador manifesta interesse em participar de determinada oitiva, mas informa antecipadamente algum

relevante impedimento para estar presente no dia agendado, convém que a comissão tente acertar nova data com a testemunha, se isto for possível. Conforme já aduzido em 4.3.6.3 e 4.4.3, a ausência à oitiva de acusado (e/ou de seu procurador) regularmente notificado não impede a realização do ato.

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.*

*Parecer AGU nº GQ-37, vinculante: “Ementa: O servidor envolvido na prática de infrações disciplinares, objeto de processo administrativo, há de ser notificado a respeito dos depoimentos das testemunhas, em consequência de o inquérito jungir-se ao princípio do contraditório.”*

*“O acusado, se o desejar, a tudo poderá estar presente, pessoalmente ou por intermédio de seu procurador. A sua presença não é, porém, obrigatória, nem invalida o depoimento, se ausente, desde que para o evento tenha sido notificado adequadamente. A ausência da notificação, esta sim, é que viciará o ato.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 145, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

O caráter alternativo da entrega da notificação da oitiva ao acusado ou ao seu procurador e a múltipla possibilidade de meios e formas de fazê-lo validamente foram referendados pela manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 10, de 30 de outubro de 2015, desde que feita por escrito (não se aceita o comunicado meramente verbal) e com comprovação da ciência, na linha do § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 29/01/99.

*Enunciado CGU/CCC nº 10, de 2015: “Validade da notificação de atos processuais. A validade de uma intimação ou notificação real fica condicionada a ter sido realizada por escrito e com a comprovação da ciência pelo interessado ou seu procurador, independentemente da forma ou do meio utilizado para sua entrega”.*

Estando a testemunha em local sabido no exterior, poder-se-ia cogitar de adaptar ao processo disciplinar o instrumento da carta rogatória (cuja definição se encontra no inciso II do art. 237 do CPC e conforme lhe dão emprego os arts. 368 e 783 do CPP), com o quê a comissão provocaria a autoridade instauradora a encaminhar ao Ministério da Justiça (MJ) o pedido de notificação e, posteriormente, os quesitos a serem perguntados, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes. Todavia, a jurisprudência entende que, como o instituto da carta rogatória é de competência exclusiva do Poder Judiciário, somente se aplica ao processo judicial, devendo se adotar na espécie a provocação mediante ofício dirigido à autoridade consular.

*CPP - Art. 368. Estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu cumprimento. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996)*

*Art. 783. As cartas rogatórias serão, pelo respectivo juiz, remetidas ao Ministro da Justiça, a fim de ser pedido o seu cumprimento, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes.*

*CPC - Art. 237. Será expedida carta:*

*II - rogatória, para que órgão jurisdicional estrangeiro pratique ato de cooperação jurídica internacional, relativo a processo em curso perante órgão jurisdicional brasileiro;*

*TRF da 2ª Região, Apelação Cível nº 381.707: “Ementa: A colheita de prova testemunhal realizada por autoridade consular e requerida mediante ofício não macula o processo administrativo disciplinar a ser por ela instruído, pois, em se tratando de ato extrajudicial (Decretos 1.560/95 e 1.850/96), descabida a*

*expedição de carta rogatória, para a qual seriam exclusivamente competentes as autoridades jurisdicionais.”*

No caso específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil, estando no exterior a testemunha a ser ouvida (servidor ou não, brasileiro ou não), pode a comissão, como primeiro recurso mais simples, caso saiba o endereço da pessoa, contatá-la de qualquer forma válida (por via postal ou por correio eletrônico) e intimar (caso seja brasileira) ou solicitar seu comparecimento (caso seja estrangeira, hipótese em que, excepcionalmente, não se utiliza a intimação pelo fato de o estrangeiro, estando fora do País, não se sujeitar ao ordenamento brasileiro). Caso o chamamento para que a pessoa residente no exterior compareça ao País e à sala da comissão não surta o efeito, deve a comissão formular seus quesitos, ofertar a parte para que formule os seus e, mediante ofício, encaminhá-los à autoridade instauradora, com solicitação de que esta encaminhe à Coordenação-Geral de Relações Internacionais (Corin), a fim de que esta unidade central realize o ato, mediante a Embaixada brasileira no país. Se o país no exterior contar com Adidância Tributária e Aduaneira da Secretaria da Receita Federal junto à Embaixada do Brasil (caso dos Estados Unidos da América, Argentina e Paraguai), pode a autoridade instauradora remeter os quesitos, via ofício, à Adidância, para que esta, junto à Embaixada, diligencie para a realização do ato.

No caso de a testemunha estrangeira residente no País ou no exterior comparecer à sala da comissão, estando em território nacional quando da coleta de sua prova oral, submete-se ao regramento pátrio, podendo, portanto, ser compromissada; na hipótese de não falar o português, pode-se adaptar o dispositivo da lei processual penal que prevê a designação de intérprete para traduzir as perguntas e respostas.

*CPP - Art. 233. Quando a testemunha não conhece a língua nacional, será nomeado intérprete para traduzir as perguntas e respostas.*

#### **4.4.4.2 - Não Comparecimento da Testemunha e Cuidados Prévios**

Tendo sido a testemunha regularmente intimada, na hipótese de a mesma não comparecer na data e horário aprazados, após ter-se aguardado por no mínimo trinta minutos, deve-se registrar o incidente em termo de não comparecimento. Partindo do pressuposto da coerência, em que a realização da oitiva decorreu da consideração de sua importância para o processo, é de se recomendar que a comissão intime novamente a testemunha, desta feita já fazendo constar do termo o destaque de que o depoimento é relevante para o interesse público e a advertência de que o não comparecimento poderá implicar, pelo menos em tese, se servidor, em inobservância do dever funcional de ser leal à instituição a que serve, previsto no art. 116, II da Lei nº 8.112, de 11/12/90; e se particular, em crime de desobediência, previsto no art. 330 do CP, conforme se aduziu em **4.4.1.3**, a cuja leitura se remete.

*CP - Desobediência*

*Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público:*

*Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.*

*CPP - Art. 219. O juiz poderá aplicar à testemunha faltosa a multa prevista no art. 453, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência.*

Acrescente-se que, mesmo se tratando de servidor regularmente intimado a testemunhar, não há previsão legal para condução coercitiva e forçada para quem quer que seja depor em via administrativa disciplinar. Enquanto o servidor se sujeita a sofrer representação administrativa pelo ilícito estatutário associado à deslealdade institucional, o particular se sujeita a sofrer representação penal pelo crime de desobediência.

*“Para o funcionário público, o servir como testemunha em processo disciplinar, que corre na esfera de governo a que pertence, constitui dever funcional, cujo descumprimento, embora não dê ensejo a sua condução forçada, por falta de amparo legal, o sujeita à punição de natureza*

*disciplinar.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 185 e 186, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“Para o servidor público, constitui dever funcional prestar declarações e depor em processo disciplinar. A negativa de comparecimento, desacompanhada de justificativa aceitável, perante a comissão processante, pode sujeitar o infrator à punição. Todavia, não poderá ser conduzido a depor, coercitivamente, como ocorre em júízo.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 160, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Configurada a ausência injustificada da testemunha (seja servidor ou particular, embora a experiência aponte ser mais comum o particular incorrer nesta falta que o servidor), após inequívoco recebimento da intimação, à vista da indisponibilidade do interesse público, pode a comissão avaliar, muito criteriosamente, a possibilidade de encaminhar representação administrativa em face do servidor, pela conduta de deslealdade institucional, ou representação penal em face do particular, pelo crime de desobediência, previsto no art. 330 do CP.

Neste segundo caso excepcional de se levar adiante a representação penal, o roteiro para tal peça se encontra na Portaria RFB nº 2.439, de 21/12/10 cujo inciso III do art. 7º, combinado com o parágrafo único do art. 1º, determina que a representação seja encaminhada ao Ministério Público Federal, via Corregedor.

*Portaria RFB nº 2.439, de 21/12/10 - Art. 1º*

*Parágrafo único. Nos casos em que o AFRFB, no exercício de suas atribuições, identificar atos ou fatos que, em tese, configurem crime de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos; de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; de contrabando ou descaminho; bem como crime contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional, e contra Administração Pública Estrangeira, deverá formalizar representação para fins penais perante o titular da Unidade Central - Superintendente, Delegado ou Inspetor-Chefe da Receita Federal do Brasil - ao qual estiver vinculado.*

*Art. 7º A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos, previstos nos arts. 293, 294 e 297 do Código Penal, aos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, definidos no art. 1º da Lei 9.613, de 3 de março de 1998, e aos crimes contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional, e contra Administração Pública Estrangeira deverá:*

*I - conter os elementos referidos no art. 3º, no que couber;*

*II - ser protocolizada pelo servidor que a elaborar, no prazo de 10 (dez) dias contados da data em que for identificado o fato caracterizador de crime; e*

*III - ser remetida ao órgão do MPF competente para promover a ação penal, no prazo de 10 (dez) dias contados da data de sua protocolização, pelo titular da Unidade Central - Superintendente, Delegado ou Inspetor-Chefe da Receita Federal do Brasil - ao qual estiver vinculado.*

*TRT da 14ª Região, ‘Habeas Corpus’ nº 1651, Voto: “A análise da matéria em foco, assegura a legalidade dos atos tidos como possivelmente constrangedores.*

*Considero dentro de uma análise sistemática que a Comissão de Sindicância tem o poder de intimar as pessoas para depor ou prestarem esclarecimentos, mas não possui respaldo legal para determinar a condução coercitiva, o que aliás sequer foi cogitado, conforme contato pelos documentos oferecidos.”*

*TRF da 5ª Região, Apelação Criminal nº 4543: “Ementa: II. A notificação expedida por Conselho Regional de Medicina para o comparecimento em audiência, na qualidade de testemunha em processo disciplinar, está incluída no conceito de ‘ordem legal de funcionário público’ previsto no art. 330 do CP. IV. Não se aplica o princípio da bagatela ou insignificância penal ao crime de*

*desobediência em análise, visto que o réu demonstrou ânimo de iludir entidade paraestatal no curso de processo disciplinar. Compatibilidade entre a gravidade da conduta e a pena aplicada.”*

O local da oitiva é a sede da comissão, com exceção de pessoas impossibilitadas por enfermidade ou velhice, hipóteses em que o ato se dá onde se encontram as testemunhas, ou de autoridades máximas dos Três Poderes, que declinam o local, e de particular de outro município e se este não se propuser a comparecer às próprias custas ou como colaborador eventual à sede da comissão e se houver condições de o colegiado se deslocar.

*CPP - Art. 220. As pessoas impossibilitadas, por enfermidade ou por velhice, de comparecer para depor, serão inquiridas onde estiverem.*

*Art. 221. O Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembleias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juízes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz. (Redação dada pela Lei nº 3.653, de 04/11/59)*

Os depoimentos devem ser tomados em separado e prestados oralmente, sendo vedado às testemunhas trazerem suas respostas por escrito (sem prejuízo de consultas a apontamentos), com exceção de autoridades máximas dos Três Poderes.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 158. O depoimento será prestado oralmente e reduzido a termo, não sendo lícito à testemunha trazê-lo por escrito.*

*§ 1º As testemunhas serão inquiridas separadamente.*

*CPP - Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.*

*Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos.*

*Art. 221.*

*§ 1º O Presidente e o Vice-Presidente da República, os Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24/05/77)*

Somente podem acompanhar a oitiva pessoas efetivamente interessadas no ato, ou seja, em princípio, o acusado, o seu procurador e a testemunha. Caso este depoente traga um acompanhante qualquer, não se deve permitir a entrada de tal pessoa estranha à lide. Todavia, na hipótese de a testemunha apresentar especificamente um advogado para acompanhá-la, embora se saiba a necessária reserva com que se deve tratar o acesso aos atos processuais disciplinares e o depoente não integrar o polo passivo, à luz das prerrogativas dispostas no Estatuto da OAB (Lei nº 8.906, de 04/07/94), não assiste poder à comissão para obstruir a entrada deste profissional, mesmo que a pedido do acusado. O advogado da testemunha, porventura presente, não tem direito a formular perguntas e sua atuação se limita a verificar a regularidade formal do ato e a proteger direitos fundamentais de seu constituinte.

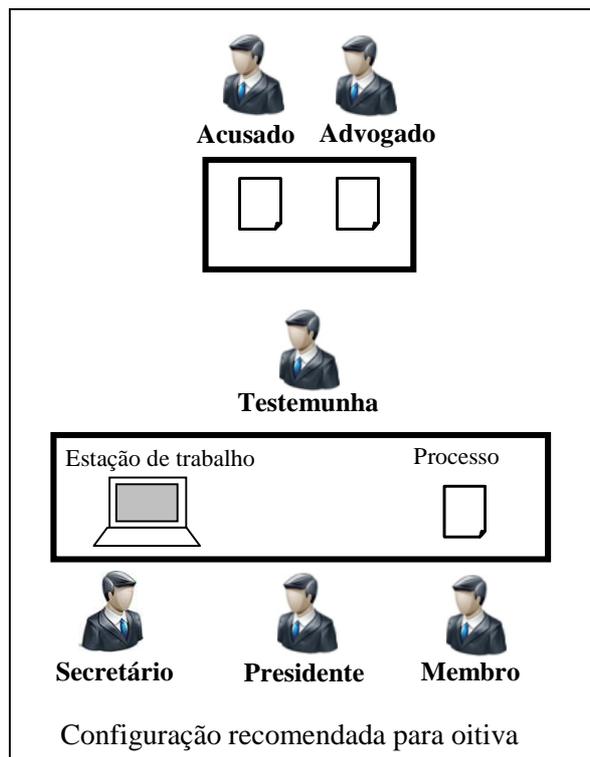
*“Se a testemunha se fizer acompanhar por seu advogado, o presidente da comissão pode exigir apresentação de instrumento hábil de mandato. Na hora do depoimento, adverte-se que o advogado da testemunha não pode interferir nas perguntas e nem reinquiri-la. Sua presença serve apenas para garantir a tranquilidade da testemunha, sendo inócua para a comissão.” Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, “Processo Administrativo Disciplinar - Manual”, pgs. 328 e 329, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

Caso o acusado faça-se representar, no ato de inquirição, por mais de um procurador

devidamente qualificado, o presidente deve alertar que a defesa deverá se concentrar em apenas um dos procuradores, não sendo concedido a todos o direito de se manifestar.

Convém dispor as mesas de forma que a testemunha fique de frente para o presidente da comissão e que o secretário fique ao lado do presidente, para que este possa acompanhar o que está sendo digitado. Quanto à posição da defesa, há duas possibilidades. Primeiramente, pode-se recomendar a configuração com o acusado e seu procurador em mesa posicionada atrás da testemunha, como forma de evitar a intimidação visual. A segunda possibilidade seria com o advogado e o acusado em mesa lateralmente à testemunha, de forma a propiciar à defesa acompanhar as reações faciais e gestuais do depoente (em tal configuração, deve-se optar por posicionar mais próximo à testemunha o procurador, por dele se presumir uma postura mais técnica e isenta que a do acusado), mas com o inconveniente de deixar o ato mais vulnerável à possibilidade de intimidação. Esta escolha é discricionária por parte da comissão, não havendo exposto disciplinamento normativo, e, para tal, deve o colegiado se permitir considerar as inferências que possa fazer do comportamento e do grau de contribuição dado aos trabalhos pela defesa no caso concreto.

*“Cabe à Comissão minimizar a possibilidade de que tal intimidação possa ocorrer, devendo preocupar-se com a organização física da sala de oitiva, de forma que a testemunha preste seu depoimento sentada em frente aos membros da Comissão, sem poder vislumbrar o semblante do acusado ou de seu advogado, que deverão estar posicionados atrás na sala.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 207, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>,*

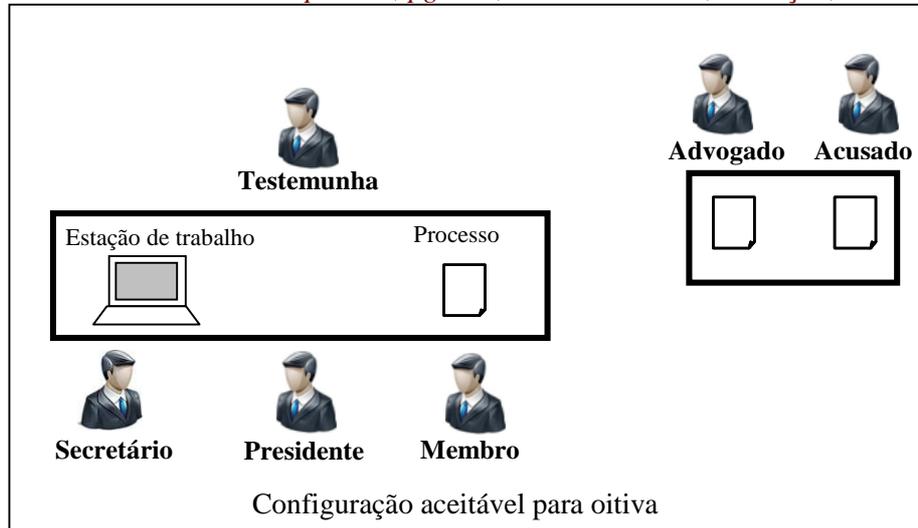


*acesso em 07/08/13*

Na verdade, embora se recomende a configuração mais conservadora em termos de proteger a testemunha, com a defesa postada em mesa atrás do depoente, se reconhece que eventual preferência por parte da comissão para posicionamento da defesa lateralmente ao depoente pode ter os riscos de intimidação minorados com as diligências de se resguardar uma distância razoável entre depoente e procurador e também com a firme atitude de condução e de comando do presidente.

*“Se a testemunha alegar que está com medo do acusado, a Comissão deverá*

*convencê-la da importância do ato e tentar pegar o depoimento. A atividade disciplinar também envolve psicologia. Uma sugestão é sempre colocar a testemunha de frente para os membros da Comissão e o acusado e seu advogado sentados atrás, de modo que a testemunha não veja o rosto do acusado. Se mesmo assim ela se recusar a depor, isto não é fundamento para retirar o acusado da sala. O acusado somente poderá ser retirado da sala, com motivação registrada na ata, se, durante a oitiva, ele tumultuar o ambiente de trabalho; caso contrário ele fica.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 108, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*



Na processualística disciplinar, o que não se recomenda, por inevitável risco de intimidação, é a configuração mais usual do processo judicial, em que as mesas são colocadas em “T”, pois, desta forma, não há como suprir uma segura distância entre a testemunha e o procurador ou o acusado (caso o procurador não esteja presente).

Tomados estes cuidados prévios, tem-se que o ato em si obedece ao sistema presidencialista, ou seja, a rigor, é conduzido pelo presidente da comissão. Cabe ao presidente dirigir a palavra ao depoente e reduzir a termo os fatos ocorridos para que o secretário digite o termo de depoimento, ressalvada autorização do presidente aos outros membros. Mas, na prática, é perfeitamente compreensível e até recomendável que se mitigue este formalismo exagerado, sendo pertinente que os vogais se dirijam diretamente ao depoente. De toda sorte, importante é que a comissão combine previamente sua forma de agir, se mais ou se menos formal, a fim de evitar surpresas e constrangimentos na hora do ato. O termo deve ser digitado em texto corrido, sem espaços em branco, parágrafos e rasuras.

#### **4.4.4.2.1 - Possibilidade de Gravação de Oitivas**

Releva abordar a possibilidade de uma comissão ser provocada pela defesa em um PAD com o pedido para que seja gravada uma prova oral (podendo ainda este pedido dirigir o ônus da gravação ao colegiado ou disponibilizar que o procedimento de gravação restará a cargo do próprio peticionante) bem como pode a comissão se deparar com a constatação de que a prova oral está sendo ou foi gravada, de forma clandestina e desautorizada, pela defesa, e, por fim, pode até mesmo a comissão, em razão de algum grau de insegurança acerca de sua capacidade para proceder à dinâmica da redução a termo, entender, por mera liberalidade e espontaneidade sua, que convém gravar as provas orais.

Uma vez que a questão em tela envolve principalmente a possibilidade de adoção ou não de novas tecnologias no processo administrativo disciplinar, deve-se reconhecer, de imediato, que não se está, no presente, mencionando algo a ser liminarmente desconsiderado à margem do debate, pois o diploma legal civil reconheceu o emprego de tais inovações com

força probante. Com efeito, o art. 225 do CC prevê a possibilidade de reproduções eletrônicas de fatos fazerem plena prova acerca de tais fatos, desde que a parte contrária não os conteste.

*CC - Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.*

Decerto, todas as hipóteses acima aventadas, na processualística disciplinar, porão em confronto a literalidade do art. 158 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com dispositivos de outros diplomas legais processuais de instância judicial, tanto civil quanto penal.

De um lado, o art. 158 do Estatuto estabelece que as oitivas de testemunhas em processo administrativo disciplinar devem ser prestadas oralmente e materializadas como prova juridicamente válida por meio da redução a termo nos autos.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 158. O depoimento será prestado oralmente e reduzido a termo, não sendo lícito à testemunha trazê-lo por escrito.*

Acrescente-se que este comando legal deve ser interpretado em conformidade sistemática com a Lei nº 9.784, de 29/01/99, que, como primeira fonte legal a ser subsidiariamente aplicada à Lei nº 8.112, de 11/12/90, regula o processo administrativo em âmbito federal. E o § 1º do art. 22 desta Lei determina que os atos do processo devem necessariamente observar a forma escrita.

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 22.*

*§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.*

De outro lado, mencione-se que, em consonância com o comando encartado no art. 5º, LXXVIII da CF - que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação -, outros sistemas processuais já reconhecem a gravação como um meio possível de propiciar celeridade processual. Assim, o CPC, no caput do seu art. 460, faculta às partes gravarem os depoimentos de testemunhas. Também o CPP, tanto ao disciplinar o procedimento comum, em seu art. 405, quanto ao dispor do processo da competência do júri, prevê a possibilidade de registro das provas orais por meio audiovisual. Por fim, na mesma linha, a Lei nº 9.099, de 26/09/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em seu art. 13, também menciona a possibilidade de gravação de atos instrucionais.

*CPC - Art. 460. O depoimento poderá ser documentado por meio de gravação.*

*CPP - Art. 405.*

*§ 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 20/06/08).*

*§ 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 20/06/08).*

*Art. 475. O registro dos depoimentos e do interrogatório será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar, destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 09/06/08)*

*Parágrafo único. A transcrição do registro, após feita a degravação, constará dos autos. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 09/06/08)*

*Lei nº 9.099, de 26/09/95 - Art. 13.*

*§ 3º Apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os*

*demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão.*

Na mesma linha, acrescenta-se que a Lei nº 11.419, de 19/12/06, admitiu o emprego de meios eletrônicos e de informatização no processo judicial, empregando-se arquivos digitais, mas condicionando a prática de atos processuais por meio eletrônico ao uso de assinaturas eletrônicas.

*Lei nº 11.419, de 19/12/06 - Art. 8º*

*Parágrafo único. Todos os atos processuais do processo eletrônico serão assinados eletronicamente na forma estabelecida nesta Lei.*

Não obstante estas previsões legais de natureza instrumental para procedimentos judiciais - e atentando-se para os fatos de que, por ora, mesmo o Poder Judiciário ainda emprega os recursos de gravação de áudio e vídeo de forma comedida e de que não há pacificada jurisprudência e muito menos aprofundada doutrina que tenham se dedicado ao tema sob as peculiaridades da instância disciplinar, a menos da manifestação abaixo reproduzida -, é de se preservar a literalidade da Lei nº 8.112, de 11/12/90, específica para a processualística administrativa, que estabelece a materialização da prova mediante a redução a termo, de forma mais fidedigna e detalhada possível a fim de suprir a verdade material extraível do ato, não havendo previsão legal naquele Estatuto para a gravação de provas orais.

*“Não prevê a lei, também, que os depoimentos sejam gravados, prática essa não recomendada pela doutrina, uma vez que as fitas devem ser, posteriormente, fielmente transcritas e ainda juntadas aos autos, o que inviabiliza sua tramitação.” Simone Baccharini Nogueira, “Manual de Sindicância Investigatória, Sindicância Punitiva e Processo Administrativo Disciplinar do Servidor Público Federal”, pg. 44, Universidade Federal de Minas Gerais, 1ª edição, 2004*

O questionamento da possibilidade ou não de gravação não tem o condão de trazer ao debate a possibilidade de, em um mesmo ato de coleta de prova oral, se gerarem duas espécies distintas de prova, uma escrita e outra gravada. Não se perde de vista que o ato probatório é único. Apenas, a seu respeito, aqui se aceita a discussão acerca da forma de registrá-lo. Cabendo unicamente à comissão a condução do processo, compete exclusivamente ao colegiado a escolha da forma de registro da prova oral e, à vista do comando do art. 158 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, deve a comissão adotar a forma escrita, mediante redução a termo.

Afinal, conforme se descreverá em **4.4.4.4**, além e acima da mera literalidade positivada, assegura-se que tanto o mais sagrado direito em favor da defesa na fase da instrução processual, qual seja, de contraditar as provas produzidas, quanto a oficialidade que impulsiona a isenta busca da verdade material restam completamente satisfeitos, uma vez que, nas provas orais em processo administrativo disciplinar, no que for cabível, a comissão processante esclarece ao depoente ou ao interrogado que as perguntas serão feitas oralmente pelo presidente, a fim de também serem respondidas oralmente, e que cada resposta será reduzida a termo; que, ao final de cada resposta, o seu inteiro teor será lido em voz alta tal como foi registrado no termo, para que tanto a testemunha quanto o acusado ou seu procurador possam contraditar, solicitando correção ou complementação de qualquer consignação que eventualmente tenha sido registrada de maneira equivocada ou incompleta; que qualquer ocorrência relevante que venha a se dar durante o ato será consignada por escrito no termo; que, ao final das perguntas da comissão, esta passará a palavra para o acusado e para seu procurador, para que, se desejarem, possam formular perguntas à testemunha, por intermédio do presidente, sendo registradas no termo as perguntas e as respostas; que, após todas as perguntas, a testemunha ou o acusado poderá acrescentar oralmente mais informações, se desejar, a respeito dos fatos de que trata o processo administrativo disciplinar em curso, o que também será reduzido a termo; que, por fim, o termo digitado será impresso, podendo todos os participantes do ato lê-lo, pelo tempo que entenderem necessário, e, mais uma vez, proporem retificação de qualquer consignação que eventualmente tenha sido

registrada de maneira equivocada ou incompleta.

Com tal procedimentalização, assegura-se que, nas provas orais em processo administrativo disciplinar, o termo escrito retrata com realidade e fidedignidade o que ocorreu no recinto e reflete a espontaneidade de tudo o que foi dito, sendo então o elemento de prova necessário e ao mesmo tempo suficiente para, em aspectos tanto formais quanto materiais, atender aos regramentos impostos pela Lei nº 8.112, de 11/12/00, e subsidiariamente também pela Lei nº 9.784, de 29/01/99, e à base principiológica reitora da processualística disciplinar. Portanto, não há que se cogitar, em processo administrativo disciplinar, da aplicabilidade da hipótese prevista no art. 225 do CC e resta superada, pelo critério da prevalência da lei mais específica, a possibilidade de aplicação extensiva e supletiva das previsões instrumentais do art. 460 do CPC, dos arts. 405 e 475 do CPP e do art. 13, § 3º da Lei nº 9.099, de 26/09/95, e da Lei nº 11.419, de 19/12/06.

Ademais, acrescente-se que, com a necessária menção acima ao § 1º do art. 22 da Lei nº 9.784, de 29/01/99 - já que, obrigatoriamente, esta fonte legal deve ser aplicada subsidiariamente à Lei nº 8.112, de 11/12/90, com precedência ao CPP, ao CPC e à Lei nº 9.099, de 26/09/95 -, obrigando-se, no atual ordenamento vigente, a realização de atos por escrito no PAD, ainda que se procedesse à gravação admitida naqueles outros diplomas legais, seria factível o questionamento a favor da necessidade de transcrição, o que resultaria em lentidão processual, divorciando-se do primado constitucional que impõe celeridade e economia dos atos processuais.

Daí, atentando para o atual contexto jurídico (tanto normativo quanto jurisprudencial) e para o estágio ora reinante das praxes judiciárias, é de não se permitir a gravação de provas orais em processo administrativo disciplinar, com os seguintes desdobramentos hipotéticos.

De imediato, não se autoriza, em nenhuma hipótese, que parta espontaneamente da própria comissão processante, de ofício e sem provocação da defesa, ou ainda que a pedido da defesa, gravar qualquer prova oral, socorrendo-se em institutos previstos nas leis processuais penal ou civil e subvertendo a devida ordem de aplicação subsidiária das fontes legais. Sendo a comissão composta por agentes administrativos, cuja atuação, com fundamento no princípio da legalidade, deve se subordinar por completo aos ditames da lei, e não havendo, conforme já explanado acima, previsão na Lei nº 8.112, de 11/12/90, para que se escolha forma de materialização da prova oral diferente da redução a termo, não cabe ao colegiado tomar a iniciativa de tal ato ou nem mesmo fazê-lo para atender pedido da defesa.

Caso a defesa apenas informe à comissão, seja com margem razoável de antecedência, seja momentos antes da realização do ato, que o próprio acusado ou seu procurador, *sponte sua*, por seus exclusivos meios e recursos, efetuará a gravação de qualquer prova oral, independentemente de haver ou não aparato tecnológico institucional à disposição ou possível de ser disponibilizado, deve o colegiado apenas registrar o fato no termo por escrito, sem, todavia, manifestar expressa oposição, a fim de não interferir na iniciativa própria da defesa e não inibir o direito à produção de prova. Cabe também a mesma conclusão acerca da forma de agir da comissão em caso de gravação dissimulada e clandestina, que o colegiado, inesperadamente, vem a perceber no curso do ato ou até mesmo de que somente vem a ter conhecimento depois de sua conclusão.

Caso a defesa envolva a comissão na questão, forçando a sua manifestação, através de apresentação de pedido de permissão para, por conta própria, proceder à gravação de provas orais, também independentemente do momento de formulação e de existência ou não de condições logísticas oficiais, o colegiado não deve autorizar e tampouco lhe cabe manifestar expressa oposição, mas deve ressaltar que a prova é única e que a forma de registro escolhida é a redução a termo por escrito. De se destacar que, no momento da prova oral, não cabe à comissão obstruir que a defesa realize a gravação, se, mesmo à vista da ressalva supra, ela persistir na intenção de gravar, e muito menos de tomar-lhe o equipamento.

*STJ, Mandado de Segurança nº 17.053: “Ementa: 13. O indeferimento do pedido de utilização de equipamento para gravação das audiências não é capaz de macular o processo administrativo disciplinar, ainda mais quando a Comissão Processante autoriza os acusados e/ou seus procuradores de proceder a qualquer apontamento que sustentem seus interesses.”*

Uma vez realizada unilateralmente a gravação de qualquer prova oral, se a defesa solicita a juntada do arquivo de áudio e de vídeo ou da própria mídia empregada e do arquivo de texto com sua eventual transcrição, independentemente do momento processual em que é apresentada a postulação (ainda na fase de instrução ou já no prazo de formulação de defesa escrita), a comissão deve deferir e autuar os elementos fornecidos.

Não obstante o termo escrito aprioristicamente figurar como elemento de prova formal e materialmente bastante para que sejam cumpridas todas as exigências legais e para que se atenda à dinâmica dos princípios reitores por meio dos quais se equilibram a satisfação das garantias de defesa e o reflexo da busca *ex officio* da verdade material, a ponto de ser a forma escolhida pela comissão para registrar aqueles atos, caso a defesa, também em qualquer momento processual, conteste o teor da redução a termo em comparação com o conteúdo da gravação ou da transcrição por ela mesma realizadas, cabe a comissão, livremente, apreciar o valor das provas produzidas unilateralmente.

*Orientação Coger nº 1*

*Não havendo previsão legal para gravação de provas orais em instância disciplinar, cabe à comissão reduzir a termo por escrito como forma de registrá-las; e as gravações e as transcrições unilateralmente realizadas pelo acusado ou por seu procurador poderão ser juntadas aos autos e, caso mencionadas pela defesa, devem ser livremente apreciadas pelo colegiado.*

Por fim, obviamente, registra-se que o posicionamento ora expressado reflete o atual contexto jurídico, não só normativo como também jurisprudencial no que diz respeito especificamente à instância disciplinar, e o estágio atual de emprego de recursos tecnológicos de gravação pelo próprio Poder Judiciário - a despeito da positivação já existente neste sentido para os feitos judiciais. Na dinâmica própria das atividades humanas, em que se insere a Ciência Jurídica, não se cogita de qualquer entendimento ser tido como imutável, de forma que, caso futuramente as fontes informadoras (de robustez legal ou até mesmo meramente jurisprudenciais) apontem em sentido diverso, pode-se evoluir para a adoção das gravações de provas orais no âmbito de processo administrativo disciplinar.

#### **4.4.4.3 - Arguições Preliminares**

##### **4.4.4.3.1 - Identificação da Testemunha**

Iniciados os trabalhos, a primeira providência é o presidente informar resumidamente à testemunha do que se trata o processo e o porquê de sua convocação (sem lhe dar vista dos autos). Em seguida, coletam-se da testemunha seus dados de identificação (nome, endereço, documento de identidade, CPF, estado civil, naturalidade, idade, filiação, cargo e lugar onde exerce a sua atividade e experiência no órgão ou profissão) e registram-se as presenças do acusado, de seu procurador e do advogado da testemunha, se for o caso.

##### **4.4.4.3.2 - Suspeição e Impedimento da Testemunha**

A seguir, em função das possíveis ligações entre pessoas, antes de se tomar a prova oral, com o fim de aquilatar o seu grau de isenção, faz-se à testemunha o questionamento de suspeição e impedimento, empregando, subsidiariamente à Lei nº 8.112, de 11/12/90 (especificamente o seu art. 149, § 2º), as definições da Lei nº 9.784, de 29/01/99, e o rito do

CPP.

Pergunta-se à testemunha se ela se considera enquadrada em alguma das hipóteses legais (de impedimento: se é cônjuge, companheira, parente ou afim até o terceiro grau do acusado; se tem interesse direto ou indireto na matéria; se participou ou se participará como procurador ou defensor, ou se tais situações ocorrem quanto ao seu próprio cônjuge, companheiro ou parentes e afins até o terceiro grau; se está litigando judicial ou administrativamente com o acusado ou com seu respectivo cônjuge ou companheiro; e de suspeição: se tem amizade íntima ou inimizade notória com o acusado ou com seu respectivo cônjuge, companheiro, parentes ou afins até o terceiro grau). Registram-se no termo as perguntas e respostas. Sendo negativas as respostas, pode optar-se pela convenção de registrar apenas “Aos costumes, disse nada”, pois, tecnicamente, aquelas perguntas são referidas como “falar aos costumes”. De se registrar que o impedimento legal recai sobre o cônjuge, mas não contra o ex-cônjuge, de forma que, tão somente por esta condição, este não é impedido de testemunhar, podendo, todavia, por outro motivo, restar impedido (interesse na matéria) ou suspeito (amizade íntima ou inimizade notória). Ver maiores detalhes de suspeição e impedimento de testemunha em **4.4.2**.

O simples fato de ter atuado como representante ou como denunciante, por si só, não desqualifica esse depoente de prestar prova oral na condição de testemunha, pois o cumprimento do dever legal de levar ao conhecimento da Administração o suposto cometimento de irregularidade não se confunde com a hipótese tratada no inciso I da Lei nº 9.784, de 29/01/99, de ter interesse direto ou indireto na matéria tratada no PAD. Em outras palavras, *a priori*, a menos de outras causas de perda de isenção e imparcialidade, o representante e o denunciante são intimados a deporem como testemunhas. Por outro lado, o fato de a pessoa que se quer ouvir estar respondendo a inquérito policial ou ação penal ou ação civil (de improbidade, por exemplo) pelo mesmo fato objeto do PAD o impede de ser inquirido como testemunha, por ter interesse direto ou indireto na matéria podendo sê-lo na condição de declarante.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 149.*

*§ 2º Não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.*

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:*

*I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;*

*II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;*

*III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.*

*Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.*

*TRF da 1ª Região, Apelação Cível nº 1998010007622401: “Ementa: 1. O art. 405, § 2º, I, do CPC, não inclui no rol dos impedidos de testemunhar o ex-cônjuge, razão pela qual não cabe ao julgador fazer distinção ou impor restrição quando a própria lei não faz. Agravo retido rejeitado.”*

Em **4.2.6** foram apresentadas as definições de graus de parentesco e a forma de contá-los, a cuja leitura se remete.

Releva destacar que a Lei qualificou como íntima a amizade e notória a inimizade, de forma que, em regra, simples relação de coleguismo, ou sua ausência, decorrente do contato profissional cotidiano, não configura a vinculação qualificada prevista como suspeita.

#### 4.4.4.3.3 - *Compromisso com a Verdade e Falso Testemunho*

Não tendo a testemunha alegado qualquer suspeição ou impedimento, prossegue-se então tomando-lhe o compromisso com a verdade, alertando-a sobre a incursão no crime de falso testemunho, previsto no art. 342 do CP (aplicável não só ao processo penal mas também ao processo administrativo), no caso de falsear, negar ou calar a verdade, ressaltando, obviamente, a garantia constitucional de desobrigação de responder o que avalie fazer prova contra si mesmo e autoincriminá-lo, conforme entendimento jurisprudencial. Cabe também ao presidente alertar a testemunha sobre a possibilidade de retratação ao longo do processo, sem punição, registrando no termo.

*STF, Inquérito nº 3.983: “Embora a denunciada tenha sido ouvida na condição de testemunha, assumindo o compromisso de dizer a verdade, consta do termo de depoimento que ela foi informada de que estavam ressaltadas daquele compromisso ‘as garantias constitucionais aplicáveis’. Logo, foi a ela conferido o direito de não responder a perguntas cujas respostas pudessem eventualmente acarretar sua autoincriminação.”*

Para a configuração do crime de falso testemunho, passível de cometimento tanto por servidor quanto por particular, faz-se necessário que a informação falseada, negada ou calada seja absolutamente relevante para o deslinde do processo disciplinar, não se justificando se cogitar desta tipificação penal em virtude de elementos que não influenciam no esclarecimento do fato ou na decisão. Ademais, em que pese o crime de falso testemunho poder ser considerado configurado já ao fim da prova oral, mesmo em casos extremos de relevância em que excepcionalmente se justificaria a representação penal, convém que a comissão aguarde o fim de seus trabalhos para representar ao Ministério Público Federal, tendo em vista a previsão legal de retratação. Não obstante, se a materialidade do crime se configura já no curso da própria prova oral, deve a comissão advertir o depoente desta ocorrência; se a materialidade do crime se configurar à vista de novas provas já após a prova oral, deve a comissão dar imediata ciência àquele que depôs em falso. No caso extremado de se levar adiante a representação penal, o roteiro para tal peça se encontra na Portaria RFB nº 2.439, de 21/12/10, cujo inciso III do art. 7º, combinado com o parágrafo único do art. 1º, determina que a representação seja encaminhada ao Ministério Público Federal, via Corregedor.

*CPP - Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.*

*Art. 210. As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho.*

*CPC - Art. 457. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarará ou confirmará seus dados e informará se tem relações de parentesco com a parte ou interesse no objeto do processo*

*CP - Falso testemunho*

*Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial ou em juízo arbitral:*

*Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa*

*§ 2º O fato deixa de ser punível, se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.*

*Portaria RFB nº 2.439, de 21/12/10 - Art. 1º*

*Parágrafo único. Nos casos em que o AFRFB, no exercício de suas atribuições, identificar atos ou fatos que, em tese, configurem crime de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos; de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; de contrabando ou descaminho; bem como crime contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional, e contra Administração Pública Estrangeira, deverá formalizar representação para fins penais perante o titular da Unidade Central - Superintendente, Delegado ou Inspetor-Chefe da Receita Federal do Brasil - ao qual estiver vinculado.*

*Art. 7º A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos, previstos nos arts. 293, 294 e 297 do Código Penal, aos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, definidos no art. 1º da Lei 9.613, de 3 de março de 1998, e aos crimes contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional, e contra Administração Pública Estrangeira deverá:*

*I - conter os elementos referidos no art. 3º, no que couber;*

*II - ser protocolizada pelo servidor que a elaborar, no prazo de 10 (dez) dias contados da data em que for identificado o fato caracterizador de crime; e*

*III - ser remetida ao órgão do MPF competente para promover a ação penal, no prazo de 10 (dez) dias contados da data de sua protocolização, pelo titular da Unidade Central - Superintendente, Delegado ou Inspetor-Chefe da Receita Federal do Brasil - ao qual estiver vinculado.*

Obviamente, não faz sentido se exigir o compromisso de verdade de depoentes que, em princípio, estariam desobrigados a depor e também de doentes mentais e de menores de quatorze anos.

*CPP - Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.*

*Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.*

#### **4.4.4.3.4 - Contradita da Testemunha**

Superadas as preliminares de arguição de suspeição e impedimento e de tomada de compromisso com a verdade, embora não seja a conduta a se recomendar, até pode a comissão adotar a iniciativa de espontaneamente prosseguir com a arguição de contradita. Neste caso, antes de se iniciar o depoimento, pergunta-se ao acusado ou seu procurador se acata ou não o compromisso com a verdade proferido pela testemunha. Todavia, é mais recomendável que a comissão deixe a cargo da defesa alegar o incidente, não o suscitando de plano, com o fim de poupar-se de um incidente que poderia não ter de enfrentar, postura que, aliás, melhor se coaduna com a natureza facultativa do comando estabelecido no art. 214 do CPP.

De uma forma ou de outra, cabem aqui algumas hipóteses. Se o acusado não contesta o compromisso e não alega contradita à testemunha, registra-se no termo e passa-se às perguntas. Se o acusado não aceita o compromisso e alega contradita, arguindo circunstâncias que tornariam a testemunha suspeita de parcialidade ou indigna de fé, mas não traz prova da alegação e o depoente não ratifica a crítica, a comissão deve crer no depoente, manter a validade do compromisso e a qualidade de testemunha, registrar estes fatos no termo e tomar o testemunho, mesmo se a defesa protesta. Mas se a comissão se convence da alegação da defesa e decide não mais considerar o depoente como testemunha e sim como declarante (desobrigado do compromisso), faz registrar no termo que exclui o compromisso de verdade

que havia sido firmado acima e a nova qualidade do depoente. Importante destacar que, em todos estes casos, inclusive quando a comissão decide pela exclusão do compromisso e pela alteração de testemunha para declarante, o termo deve reproduzir o mais fielmente possível o que ocorre na sala. Ou seja, não se apaga o que ocorreu no início, quando originalmente o depoente firmou compromisso de verdade após as perguntas sobre impedimento e suspeição. Mantém-se este fato inicial e agrega-se a informação de que, com a contradita, a comissão mudou a qualidade do depoente para declarante.

Conforme já aduzido em **4.4.2**, no caso de contradita, deve a comissão tomar por regra que se faz necessário solucionar esta questão incidental, no próprio termo da oitiva, antes da realização do ato, ainda que isto demande alguma busca de prova. Uma vez que se impõe que a comissão notifique a parte com o prazo mínimo de três dias úteis - o que leva a dizer que a defesa fica sabendo antecipadamente da oitiva do agente a respeito do qual cogita de impedimento ou suspeição -, é possível defender a tese de que a defesa tem de trazer eventual prova de alegada exceção até a realização do ato e de que preclui seu direito se somente o faz após a feitura do ato de prova. Não obstante esta primeira leitura, a busca da verdade material, como um princípio fortemente impulsionador da processualística disciplinar (diferentemente do processo judicial, ainda mais preso à verdade forma), impõe que se mitigue e que se flexibilize esta intempestividade contrária à defesa, de forma que, mesmo se a parte traz a prova do alegado impedimento ou suspeição do agente interveniente já após o ato de oitiva, é possível que a comissão se convença da tese da defesa e refaça ou descarte o ato instrucional.

Caso se configure a suspeição, ou o impedimento, ou a contradita, este fato não impede que a comissão produza a prova. Nesta hipótese, apenas não se deve considerar o depoente como testemunha, a quem se impõe compromisso com a verdade, mas ainda assim coleta-se a prova oral, na qualidade de declarante (desobrigado do compromisso), conforme se verá em **4.4.5**. Ao final da instrução processual, caberá à comissão, em sua livre apreciação da prova, atribuir ou não veracidade às declarações prestadas, ao compará-las com as demais provas acostadas.

*CPP - Art. 214. Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208.*

*(Nota: O art. 207 lista os proibidos de depor em função do ofício e o art. 208 exclui o compromisso de verdade para os parentes do acusado, doentes mentais e menores de quatorze anos.)*

*Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*

*CPC - Art. 457.*

*§ 1º É lícito à parte contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição, bem como, caso a testemunha negue os fatos que lhe são imputados, provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até 3 (três), apresentadas no ato e inquiridas em separado.*

*“Logo após o ato de qualificação da testemunha, o presidente da comissão procede ao que se conhece ‘por chamar aos costumes’. A instrução está no art. 203 do CPP. Esse dispositivo trata da obrigação que tem a testemunha de declarar se é parente, em que grau, e quais as suas relações, se tiver, com o acusado e o eventual denunciante ou vítima. Nesse instante, a defesa pode (...) formular a arguição, declinando objetivamente os motivos. Estando essas razões dentro da previsão legal, a testemunha será consultada. Não estando, o presidente consignará o pedido e o indeferirá, de plano, motivadamente.*

*Quando a testemunha nega o fato sustentado em contradita, o ônus da prova é imediatamente transferido a quem arguiu. Isso significa que a defesa (...) deverá provar o que foi alegado.*

*Cabe observar que a instrução desse incidente ocorre em momento contínuo. Como a defesa tinha conhecimento prévio de quem era a testemunha, cabe a ela ir para a audiência preparada para enfrentar a negativa. Assim dispõe o art. 414 do Código de Processo Civil (...).*

*Como a testemunha compareceu e não teve a iniciativa de se opor ao próprio testemunho, alegando, por exemplo, parentesco ou reserva profissional, a consequência maior, nesse incidente, será a tomada ou não de compromisso. A testemunha compromissada tem, a princípio, maior peso, uma vez que está ciente da possibilidade de responder criminalmente por falso testemunho, o que não acontece com o depoente dispensado dessa formalidade. O objetivo da defesa, então, é enfraquecer a credibilidade do depoimento.” Léo da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, pgs. 191 e 192, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

*“Antes de se iniciarem as perguntas da Comissão para a testemunha, o Presidente da Comissão deverá registrar os dados pessoais dela na ata e perguntar se ela tem alguma relação de parentesco, amizade íntima ou inimizade notória com o acusado (ver o rol de pessoas constante do art. 208 do Código de Processo Penal). Se ela responder que sim, será ouvida como mero informante e não como testemunha. Se ela responder que não, a Comissão, o acusado ou seu advogado ainda poderão contraditá-la, isto é, contestar a sua negativa e tentar provar que há uma causa de impedimento ou suspeição que a impede de atuar como testemunha, pois ela não terá isenção. Se a contradita for acatada, será tomado o depoimento de um mero informante que tem poder probatório muito menor. Mas se a Comissão, fundamentadamente, rejeitar a contradita, o depoimento terá prosseguimento normal. Mas todas essas intervenções precisam ser registradas, impreterivelmente, na ata de depoimento.” Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 105, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

#### **4.4.4.4 - A Inquirição em Si**

Encerradas todas as preliminares, passa-se às perguntas. Convém que a comissão já tenha preparado previamente as perguntas que intenciona fazer (sem prejuízo de serem incluídas outras ou de algumas serem excluídas ou modificadas com o curso do depoimento).

Em todos os casos em que se repetirá depoimento de testemunha (que já tenha deposto no mesmo processo disciplinar ou em outro, ou excepcionalmente em procedimento investigativo que o antecedeu, ou em via judicial), recomenda-se que as perguntas sejam refeitas, por expresse, não sendo recomendável condensar todo o ato em uma única pergunta para que o depoente ratifique seu depoimento anterior, sob pena de se perder a rica natureza dinâmica e contraditória da prova oral.

Este planejamento prévio é fundamental para a boa realização da prova oral. Deve a comissão cuidar de rascunhar perguntas simples, curtas, de fácil compreensão, sem construções dúbias e sem inserir dois ou mais questionamentos em um único quesito. Também convém evitar perguntas negativas, que já facilitam a resposta em negação da testemunha, e perguntas que já incluem qualquer tipo de indução a favor de determinada resposta. A comissão deve organizar suas perguntas partindo de questionamentos mais genéricos e abertos e que permitem explanações mais longas e opinativas do depoente ao provocá-lo a descrever ou a explicar fatos, inclusive trazendo informações desconhecidas pelo colegiado, para questionamentos mais específicos e diretos (a exemplo de “o que”, “quem”, “quando”, “onde”, “como”, “por que”), sejam de prévio interesse por parte da comissão, sejam sobre as novas informações trazidas nas respostas mais longas e espontâneas.

Esta linha crescente de aprofundamento e de especificação das perguntas, iniciadas com questões mais genéricas, também indica a impertinência de, já de imediato, expor a testemunha a confrontações ou a embates sobre temas sensíveis ou críticos, sem prejuízo, obviamente, de, no decorrer das perguntas e das respostas, no momento estrategicamente desde antes planejado ou que se revela na dinâmica do ato adequado para fazê-lo, apresentar provas autuadas que contradizem o que o depoente tenta fazer crer. É fundamental que, no momento em que estrategicamente se demonstrar necessário, a comissão exponha ao depoente o controle da condução da prova oral e sobretudo a percepção dos indícios de sua insinceridade, confrontando-o com elementos autuados divergentes de suas respostas.

Convém que o presidente informe ao acusado e a seu procurador a vedação de interferirem nas perguntas e nas respostas, deixando claro à parte que ao final lhes será passada a palavra, a fim de que formulem seus quesitos e reinquiram a testemunha. Mesmo se o testemunho tiver sido solicitado pela defesa, interpreta-se que todas as testemunhas são do processo, de forma que primeiramente a comissão faz as suas perguntas e somente depois passa a palavra à defesa.

Conforme já aduzido em **4.4.4.2**, o testemunho é uma prova oral, sendo vedado à testemunha trazer por escrito suas respostas (até porque nem sabe antecipadamente que lhe será perguntado), com exceção das máximas autoridades dos três Poderes. Reitere-se que, além da oralidade, o testemunho marca-se também pela característica da instantaneidade.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 158. O depoimento será prestado oralmente e reduzido a termo, não sendo lícito à testemunha trazê-lo por escrito.*

*§ 1º As testemunhas serão inquiridas separadamente.*

*CPP - Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.*

*Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos.*

Não obstante, pode-se fazer necessário que o presidente solicite à testemunha que manifeste se reconhece ou não objetos, documentos ou pessoas relacionados com o fato a se apurar (se operacionalmente for possível, este reconhecimento também pode ser feito em um outro ato específico, não necessariamente no curso da oitiva, materializado nos autos por meio de termo próprio - termo de reconhecimento).

*CPP - Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:*

*I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;*

*II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;*

*III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;*

*IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.*

*Parágrafo único. O disposto no inciso III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.*

*Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.*

*Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.*

*“Não se refere (...) a lei ao reconhecimento de pessoa ou coisa. O*

*reconhecimento visa a apontar o autor ou o objeto utilizado na infração em inquérito. É prudente que ocorra o reconhecimento quando existe dúvida sobre a identidade do acusado, ou de locais ou de objetos diretamente envolvidos com a irregularidade em apuração.*

*A Comissão tem o direito e, mais ainda, o dever de promover a requisição de coisas que sejam indispensáveis ao esclarecimento da questão. Ou mesmo de requisitar a presença de pessoa - servidor para que haja o seu devido reconhecimento com o mesmo objetivo.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 135, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Também se pode permitir breves consultas a apontamentos ou documentos. Pode ocorrer de, para que a testemunha tenha condição de responder a determinada pergunta, ser necessário ter vista de algum documento do próprio processo (o que não se confunde com a inadequação de se dar vista integral dos autos à testemunha, face ao caráter sigiloso do processo administrativo disciplinar, conforme o art. 150 da Lei nº 8.112, de 11/12/90).

As perguntas previamente elaboradas em conjunto pela comissão (aqueles questionamentos mais genéricos seguidos de questionamentos mais específicos) devem ser apresentadas pelo presidente com precisão e habilidade. Relembre-se o já aduzido em **4.4.1.2**, no sentido de que esta postura presidencialista não é levada a rigor na espontânea participação dos dois vogais, podendo estes membros apresentar quesitos complementares a qualquer momento e diretamente à testemunha. A comissão empregará, ao longo de toda a oitiva, tom neutro, não lhe sendo lícito usar de meios que revelem coação, intimidação ou invectiva. Em certos casos, em razão da dinâmica e dos rumos imprevisíveis que possa tomar o ato de prova oral, pode o presidente ou qualquer vogal (sobretudo o membro que não é presidente e que também não é secretário) inserir perguntas que ratifiquem ou retifiquem informações já constantes dos autos ou já prestadas pelo depoente, a fim de avaliar sua coerência e credibilidade, sobretudo em situações em que se detecta o emprego de respostas evasivas ou vagas e contradições ou inverdades. Pode ainda a comissão lançar mão da estratégia de instigar o depoente com pergunta que sugere ou afirma a existência de indícios de cometimento de conduta irregular, à vista de provas já obtidas ou até mesmo passíveis de serem obtidas.

*CPC - Art. 459.*

*§ 2º As testemunhas devem ser tratadas com urbanidade, não se lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias..*

*“Posteriormente é aberta a palavra aos dois outros membros, mas nada impede que a interação da Comissão permita que um dos membros faça uma pergunta que lhe veio à mente antes de o Presidente lhe passar a palavra; todavia, isto tem de ser feito com muito cuidado e com a aquiescência do Presidente, para não tumultuar o depoimento.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 106, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Cabe também ao presidente reduzir a termo as respostas, cingindo-se o mais fielmente possível às expressões e frases empregadas pela testemunha. O presidente deve encontrar a medida exata entre, por um lado, não interromper demasiadamente a testemunha, interferindo na sua concatenação lógica de ideias e raciocínio, e por outro lado, não deixar a testemunha falar ininterruptamente por longo tempo, pois ao final terá dificuldade para se lembrar de tudo. Convém então combinar previamente com o depoente que, em caso de resposta mais longa, serão feitas pausas espaçadas para reduzir a termo. Pode-se, inclusive, ao final de uma resposta mais longa, solicitar ao secretário que leia o texto digitado em voz alta, a fim de a testemunha ratificar ou corrigir. Mais que isto, para assegurar a necessária garantia do ato e até mesmo para tentar inibir exageradas contestações ou solicitações de retificação quando da leitura final do termo, recomenda-se que a comissão adote a praxe, previamente informada, de ler em voz alta cada pergunta e resposta consignadas.

*CPP - Art. 215. Na redação do depoimento, o juiz deverá cingir-se, tanto*

*quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente as suas frases.*

Coleta-se um testemunho em função do que se espera que o depoente possa trazer para o processo em termos de esclarecimentos acerca do fato investigado. Neste rumo, não interessam as apreciações pessoais do depoente, devendo ser impedidas pelo presidente da comissão. No outro extremo, dentro do que efetivamente importa na prova oral, como elemento de aferição de sua credibilidade, nos termos do art. 203 do CPP, deve a testemunha não só informar o que sabe, mas também explicar para a comissão “as razões de sua ciência ou as circunstâncias” de como teve conhecimento daquilo que diz. A valoração da prova oral passa pela capacidade de a testemunha não apenas dizer sobre tal fato, mas de também esclarecer como e porque que soube do fato e em que circunstâncias se deu tal conhecimento (se presenciou o ato sob apuração ou se dele soube por intermédio de terceiros, por exemplo).

*CPP - Art. 203. A testemunha fará (...) relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.*

*Art. 213. O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.*

*“(...) a testemunha, para merecer confiança, precisa atender a três elementos: a) Informar algo de sua ciência (...). b) Razão da ciência (...). c) Circunstâncias da ciência (...).” Léo da Silva Alves, “Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas”, pg. 51, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005*

Incumbe ainda ao presidente, sem prejuízo do auxílio dos dois vogais, zelar pela manutenção da ordem, de forma a não permitir que acusado e procurador interfiram nas perguntas e respostas ou intimidem a testemunha.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 159.*

*§ 2º O procurador do acusado poderá assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, facultando-se-lhe, porém, reinquiri-las, por intermédio do presidente da comissão.*

*“Vale lembrar que o patrono da defesa não pode intervir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas, conforme vedação do art. 187 do CPP. Mas cabe-lhe zelar pela fidelidade dos registros, evitando anotações indevidas, incorretas, incompletas ou que não reflitam, na essência, o que o interrogado efetivamente declarou.” Léo da Silva Alves, “A Prova no Processo Disciplinar”, pg. 82, Editora Lumen Juris, 1ª edição, 2003*

Caso a parte tente interferir indevidamente no ato, deve o presidente impedir, registrando o incidente no termo; na reiteração, pode o presidente advertir com a possibilidade de determinar que o acusado ou até mesmo que o procurador (em hipótese mais rara, já que deste se espera uma postura mais técnica e isenta que a do acusado) se retire do recinto, também com o devido registro no termo. Obviamente que esta prerrogativa deve ser evitada, tentando-se ao máximo contornar a situação e conduzir de forma serena o ato, sem precisar chegar a tal providência extremada. Mas, se for necessário, após solicitar a retirada do procurador ou do acusado, caso não se retire(m) espontaneamente, a comissão deve solicitar à segurança ou vigilância que o(s) retire do recinto. Na hipótese extremada de se ter determinado a saída do acusado ou do procurador do recinto, caso estejam os dois e o outro resolva acompanhar, deve-se registrar no termo que, diante da determinação dirigida a apenas um, o outro, por espontânea deliberação própria, também decidiu por deixar o ato.

*“A potestade pública que se estende à autoridade administrativa para velar, auto-executoriamente, pela normalidade do ambiente em que trabalha a comissão configura o que se chama, em linguagem administrativista, o poder de polícia das audiências.*

*Esse poder de polícia é exercido pelo presidente da comissão, o qual, para*

*manter a ordem nas audiências, poderá lançar mão dos meios coercitivos necessários, podendo, inclusive, retirar do recinto pessoas que se revelem inconvenientes.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 229, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Há ainda uma outra hipótese a se abordar, que é de, embora a defesa não atue de forma constrangedora ou intimidadora, a testemunha, por si só se sentir ameaçada ou constrangida - seja previamente ao ato, seja no curso da prova oral em si. Não sendo razoável impor à defesa qualquer gravame por uma situação não por ela causada, uma solução que se pode adotar neste caso é de, na primeira hipótese, já desde os preparativos do ato, a comissão cogitar da possibilidade de realizar a prova oral por meio de videoconferência ou, na segunda hipótese, interromper a feitura do ato totalmente presencial em curso e converter em ato com a defesa em recinto distinto, conforme se exporá em **4.4.4.6**, em aplicação extensiva do art. 217 do CPP.

*CPP - Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*

*STF, Habeas Corpus nº 86.572: “Ementa: Revela-se lícita a retirada dos acusados da sala de audiências, se as testemunhas de acusação demonstram temor e receio em depor na presença dos réus. Se o patrono do paciente não apresentou nenhuma irrisignação quanto aos termos da assentada, havendo assinado e concordado com seu conteúdo, resulta preclusa a argüição de qualquer vício a macular o ato de ouvida das testemunhas de acusação.”*

*STJ, Habeas Corpus nº 6.291: “Ementa: I. Hipótese em que se pleiteia a nulidade do processo por violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório, em decorrência da retirada do paciente da sala de audiência, quando da oitiva de testemunha de acusação. II. O direito de presença não é absoluto, podendo o julgador, no caso concreto, vislumbrar o inconveniente que a permanência do réu poderá causar à testemunha, sendo certo que se fez constar em ata o acontecido, presente no depoimento o defensor, que inclusive formulou reperguntas. III. Não há que se falar em nulidade se a hipótese de retirada do réu da sala de audiências encontra-se prevista em lei (art. 217 do CPP).”*

Convém reproduzir no termo de depoimento as perguntas, bem como numerá-las, para facilitar o entendimento das respostas e a posterior remissão no relatório, não havendo, porém, impedimento de, nos moldes do processo judicial, se transcrever apenas as respostas, com ou sem numeração.

Após o presidente fazer as perguntas previamente elaboradas pela comissão, passa-se a palavra aos vogais para que, se quiserem, formulem novas perguntas - sem prejuízo de, no curso da oitiva, os vogais inserirem perguntas a qualquer momento. Embora, a rigor, se pudesse se cogitar de os vogais fazerem as perguntas primeiramente ao presidente a fim que este as repassasse à testemunha, na prática, não convém seguir tamanho formalismo, pois além de desnecessário e improdutivo, ainda interrompe a dinâmica do ato e prejudica a espontaneidade da resposta, por permitir, quando for o caso, que o depoente tenha tempo maior para formular o que responder.

Por fim, dá-se a palavra ao acusado e a seu procurador, para que formulem suas perguntas. Diferentemente dos vogais, a defesa deve dirigir suas perguntas ao presidente para que este, se entender cabíveis, repasse-as ao depoente. Com base no art. 156, § 1º, da Lei nº 8.112, de 11/12/90, o presidente tem a prerrogativa de denegar perguntas irrelevantes, repetitivas, impertinentes (mas, como já aduzido em **4.4.1.5**, deve usar este poder com muita

cautela), não cabendo, todavia, negar a registrar no termo as perguntas indeferidas, se assim a defesa provocar. Na verdade, independente deste comando expresso no § 3º do art. 459 do CPC, *a priori*, presumindo-se a serena e imparcial condução do ato pela comissão e por seu presidente, até parece conveniente que se registre mesmo, para deixar evidenciadas eventuais estratégias da defesa de buscar digressões do cerne das apurações ou de ofender a testemunha.

*CPC - Art. 459.*

*§ 2º As perguntas que o juiz indeferir serão obrigatoriamente transcritas no termo, se a parte o requerer (Redação dada pela Lei nº 7.005, de 28/06/82)*

Havendo mais de um acusado, mesmo que a oitiva tenha sido solicitada por apenas um deles ou que o depoente tenha informações a prestar apenas acerca de um acusado, todos devem ser notificados da oitiva e, uma vez comparecendo, pessoalmente ou por meio de seus procuradores, têm direito à igual participação, formulando perguntas à testemunha.

Se, no curso da oitiva em que, no início, se firmou compromisso de verdade, o depoente, diante de determinada pergunta, alega a cláusula de não se autoincriminar para não responder, convém que se a acate, em homenagem à garantia constitucional, com a contrapartida de possivelmente esta testemunha passar a ser objeto de apuração.

*CPC - Art. 448. A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos:*

*I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau;*

*STF, 'Habeas Corpus' nº 71.421, Despacho: "(...) a 'self-incrimination' constitui causa legítima que exonera o depoente - seja ele testemunha ou indiciado - do dever de depor sobre os fatos que lhe sejam perguntados e de cujo esclarecimento possa resultar, como necessário efeito causal, a sua própria responsabilização penal."*

*STF, 'Habeas Corpus' nº 73.035: "Ementa: I. Não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la."*

*"(...) a testemunha tem assegurado o direito de não responder às indagações que eventualmente possam incriminá-las, como faz certo o julgado do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª R (HC 2004.01.00.010515-1)." Sebastião José Lessa, "Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância", pg. 119, Editora Brasília Jurídica, 4ª edição, 2006*

*"(...) toda a legislação pátria é unânime no sentido de que ninguém será obrigado a depor de fatos que o prejudiquem, ou que causem dano a seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou na colateral em segundo grau; que podem se recusar a depor o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão, o pai, ou o filho adotivo." Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pgs. 330 e 331, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

Ao final das perguntas da comissão e da parte, deve o presidente passar a palavra para o depoente, para que este acrescente o que quiser acerca do fato apurado. Caso tenha sido acrescentado algo a respeito do acusado ou a comissão tenha feito novas perguntas, devolve-se a palavra à defesa para contraditar. Destaca-se que nada obsta que a comissão, por intermédio do seu presidente, retome as perguntas se achar necessário, mesmo após já ter passado a palavra à parte ou para manifestações finais do depoente - desde que, por óbvio, conceda novamente a palavra à defesa. Aliás, não se despreza esse momento, pois, em um clima já menos tenso e com maior propensão ao relaxamento e à espontaneidade, pode o depoente acrescentar novos fatos ou novas versões.

*Parecer PGFN/CJU nº 1.076/2007: "16. Quanto ao aspecto formal, tão*

*enaltecido e explorado pela defesa, a Comissão agiu muito bem ao registrar que não estava impedida de formular perguntas após as reinquirições da defesa, lembrando que o processo administrativo disciplinar se rege pelo formalismo moderado em que a rigidez das formas deve ceder em favor do objetivo maior: a verdade real e o pleno esclarecimento dos fatos.*

*17. O apego exagerado à forma, novamente se fez presente quando a defesa, mediante interpretação conveniente do art. 156 da Lei n. 8.112/90, considerou que é sua a última palavra quando dos depoimentos das testemunhas (reinqurição), tudo, como bem observou a Comissão, para esquivar-se da discussão do real objeto do processo (...).”*

Se, no curso da oitiva, o acusado apresenta alguma petição para a qual não se tem imediata resposta, por requerer análise, pode o presidente suspender momentaneamente o depoimento, para que a comissão, a sós na sala, possa deliberar. Ainda, pode optar por registrar no termo de oitiva que a petição será analisada oportunamente e, no prazo de até cinco dias (conforme art. 24 da Lei nº 9.784, de 29/01/99), será apresentada resposta ao acusado.

Deve-se registrar no termo de depoimento todos os fatos efetivamente ocorridos ao longo do ato. O termo deve ser o mais fiel à realidade possível. Assim, todos os incidentes, interferências, advertências verbais e as abstenções de fazer uso da palavra, sejam da parte de quem for (vogais, acusado, procurador e testemunha), devem ser consignadas no termo.

Ao final, revisa-se o texto e imprime-se uma única via, para que a testemunha leia antes de assinar, e encerra-se o termo, coletando assinaturas de todos os presentes. Caso a testemunha não saiba ou eventualmente não possa assinar seu próprio nome, deve-se registrar o incidente no termo e solicitar que alguém assine o termo por ela.

*CPP - Art. 216. O depoimento da testemunha será reduzido a termo, assinado por ela, pelo juiz e pelas partes. Se a testemunha não souber assinar ou não puder fazê-lo, pedirá a alguém que o faça por ela, depois de lido na presença de ambos.*

Se, ainda no curso do testemunho ou já na revisão final, a testemunha (ou a defesa) solicitar que se altere relevantemente o teor de alguma resposta (excluídos pequenos lapsos, esquecimentos ou equívocos e meros erros de digitação ou de grafia), não convém editar em cima da resposta original, para que não se perca a espontaneidade da primeira manifestação. Diante deste pedido, convém consignar ao final que foi solicitado o registro de nova resposta, sem eliminar o registro original.

*“Após encerrada a ata de depoimento, todos os presentes precisam assiná-la, principalmente para comprovar que a testemunha deu realmente aquele depoimento e que o acusado, se presente, realmente pôde participar. Se, contudo, o depoente se recusar a assinar a ata porque entende que o que foi registrado não foi o que ele disse, em sendo isso verdade, a era do computador permite que seja feita a correção sem maiores problemas (nesta hora a Comissão precisa de bom senso para não criar problemas desnecessários com a testemunha). Entretanto, se o que o depoente quer retirar ou modificar é algo que ele realmente disse e que vai servir como prova importante, a Comissão deverá registrar a recusa em assinar e tomar como testemunha os presentes. Não é a solução ideal e deve ser evitada ao máximo, pois um depoimento sem assinatura da testemunha perde muito do seu valor.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 107, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Não havendo outros testemunhos a serem coletados, tiram-se cópias reprográficas do termo para todos os interessados presentes (recomenda-se que seja impressa apenas uma via original e dela se extraiam cópias). Por outro lado, caso ainda haja testemunho a se coletar, convém que a comissão autue o termo e, caso seja solicitado, forneça sua cópia para a testemunha somente após a realização de todas as oitivas deliberadas, de forma a diminuir a

possibilidade de prévio conhecimento das perguntas, buscando preservar ao máximo a prova oral e a sua característica de instantaneidade.

*“Não convém fornecer cópia do depoimento logo após a audiência, ou seja, antes de findada a instrução da comissão, pelo simples fato de que isso pode corromper o depoimento das testemunhas que irão ser ouvidas depois. Se o depoente fizer questão, uma cópia pode ser dada após a instrução, ou seja, após o término de todos os depoimentos. A única exceção é se a testemunha requerer por escrito e provar que a cópia de seu depoimento servirá como prova em processo judicial em andamento.” Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, “Processo Administrativo Disciplinar - Manual”, pg. 337, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

Em provas orais que se estendem por horas, é natural que se permitam breves interrupções, para necessidades fisiológicas, que devem ser registradas no termo, com fim de evitar posteriores alegações do depoente ou da defesa de que o testemunho foi coletado sob imposição, como forma de coação, de condições que prejudicavam a concentração e a espontaneidade dos presentes. Diferentemente desta primeira hipótese, caso, por algum motivo absolutamente intransponível, seja necessário interromper o depoimento por um tempo que permita que os presentes se dispersem da repartição, com previsão de retomada ainda no mesmo dia ou somente em outro dia, para que se garanta tudo o que até então se produziu, convém que se registre o incidente, que se imprima e se revise o termo até então lavrado e que se colem assinaturas. Concretizando-se o retorno, registra-se a retomada dos trabalhos e passam-se as assinaturas para o final do termo.

No encerramento do ato, convém a comissão manter o tom cortês com que o iniciou, agradecendo pela presença e disponibilizando telefone institucional e endereços virtuais no correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002), a fim de que a testemunha possa ter a iniciativa de buscar novo contato caso tenha mais elementos a informar ou a fornecer.

Se ficar comprovado no processo que alguma testemunha fez afirmação falsa, calou ou negou a verdade e não havendo retratação, a comissão proporá à autoridade instauradora, em seu relatório, que esta envie representação ao Ministério Público Federal, com vistas à apuração do crime de falso testemunho.

#### **4.4.4.5 - Breve Introdução a Aspectos Verbais e Não Verbais Extraíveis da Prova Oral**

Sendo o ato de instrução probatória mais fortemente marcado pelo contato entre pessoas do que qualquer outro elemento de formação de convicção, o sucesso da coleta da prova oral transcende a simples e formal obediência a ritos e instrumentalidades normativas, vez que não se pode abstrair da condição humana dos participantes. A prova oral realizada no curso do processo administrativo disciplinar tem a riqueza e a dinâmica de poder produzir, nos agentes participantes daquela relação processual, mensagens de distintas naturezas. A saber, a prova oral transmite aos agentes processuais informações simbólicas, verbais, não verbais e escritas. Não obstante se poder sintetizar que, com a deliberação a favor da realização de prova oral, a comissão *a priori* busca, de forma unilateral, obter informações de início de posse apenas do depoente, aqui se estendem como destinatários daquele rol de mensagens todos os agentes participantes do ato (ou seja, além do colegiado, também a testemunha e até mesmo o acusado e seu procurador, acaso presentes), pois há comunicações que seguem o sentido inverso, partindo da comissão para serem recebidas pelo depoente e partilhadas com a defesa.

Dentre aquelas quatro diferentes naturezas das mensagens extraíveis da prova oral, eis que as mensagens simbólica e escrita são breve e facilmente explicáveis. Tanto é verdade o acima exposto, acerca do duplo sentido do fluxo de informações, que a mensagem simbólica é transmitida de imediato e de forma simultânea e recíproca, entre os diferentes participantes do

ato, e associa-se à postura, à aparência e à indumentária com que cada um se apresenta já desde o primeiro contato, na recepção do depoente pela comissão e na apresentação de seus membros. Coloquialmente, é a chamada “primeira impressão”, inegavelmente capaz de inaugurar empatias e refrações, de acordo com preconceitos e opiniões preconcebidas de cada um. Sendo um ato formal de instrução probatória que obrigatoriamente conta com a presença de agente(s) externo(s) à comissão, recomenda-se uma apresentação sóbria de parte dos integrantes do colegiado e passível de ajustes caso a caso. Um exemplo reside na desnecessidade em geral de os integrantes portarem terno e gravata ou traje social feminino para uma prova oral ordinária, mas talvez seja recomendável tal uso se a oitiva a ser coletada for de uma alta autoridade ou de um notório agente privado, que certamente assim chegarão trajados. Já a informação de natureza escrita que se extrai da prova oral reside no termo de oitiva a ser redigido, a cada resposta, ao longo da realização do ato e a ser lido, corrigido e por fim autuado como elemento probatório válido e materializado.

De outro lado, as informações verbais e, sobretudo, as informações não verbais extraíveis da prova oral exigem maior esforço descritivo. Uma vez que estas informações - diferentemente das mensagens simbólica e escrita, que se expõem e se consubstanciam em momentos mais demarcados (respectivamente logo no início e ao fim do ato) - diluidamente se manifestam praticamente ao longo de todo o ato, antes de discorrer sobre ambas, convém abordar dois momentos importantes da prova oral, quais sejam, a aproximação com o depoente e a formulação de perguntas.

Após a apresentação dos participantes e a indicação dos assentos e posições a serem ocupados, de iniciativa do presidente como forma a demarcar sua autoridade na condução do ato, deve a comissão buscar uma aproximação harmônica com o depoente, com o objetivo de aliviar ou ao menos diminuir os previsíveis e compreensíveis nervosismo, ansiedade e desconforto e os decorrentes receio e distanciamento iniciais.

Neste momento (em que não se recomenda já expor o depoente a confrontações e a embates com temas críticos ou sensíveis), convém que o presidente estimule assuntos triviais e cotidianos e que possam ser do gosto ou do interesse da testemunha para, ao mesmo tempo em que se tenta quebrar o clima inicial de tensão, também se observar o padrão comportamental normal do depoente, em um momento ainda de relaxamento das autopreserções, barreiras, defesas e autocensuras, com o fim de posteriormente poder comparar com sua reação em momentos de confrontação e embate. Ademais, neste início do contato, convém que a comissão ajuste sua retórica e sua terminologia ao grau de instrução, de articulação e de elaboração do depoente. Esta percepção inicial é importante a fim de evitar que a comissão equivocadamente interprete determinado padrão comportamental ansioso ou nervoso e que já seja inerente àquela pessoa mesmo em condição de conforto (como simples tiques, manias, trejeitos ou cacoetes, por exemplo) como se fosse um indevido indicativo de estar se sentindo sobre pressão e daí induzido à defensiva insinceridade.

Para obter esta salutar postura de relaxamento da parte do depoente (e, por que não dizer, até mesmo da parte dos integrantes da comissão), o colegiado dispõe de algumas técnicas de aproximação.

A primeira a se mencionar é a técnica da reciprocidade, por meio da qual o presidente procura ser persuasivo no sentido de que aquela prova oral, uma vez bem desenvolvida e bem desempenhada, pode angariar ganhos ou proveitosos resultados para ambos os lados (comissão e depoente), inclusive por meio de recíprocas concessões, quando, diante de um espectro amplo de informações desejadas pelo colegiado, o depoente se predispõe a informar apenas em parte e é justamente esta parcela o cerne mais relevante e suficiente que se necessita saber. A técnica se concretiza como uma tentativa de convencimento da testemunha de que as informações que ela tem a passar, uma vez disponibilizadas à comissão, não apenas suprem o interesse público da busca da verdade material no PAD mas também possibilitam que o colegiado em particular ou que a Administração como um todo ofertem-lhe a

contrapartida de algo que a atenda ou que não a exponha ou que lhe interesse (como, por exemplo, para um contribuinte vítima de exigência indevida por parte do servidor, saber que as informações prestadas podem levar ao sancionamento daquele infrator).

A segunda técnica é da consistência, por meio da qual a comissão busca extrair do depoente algum tipo de posicionamento, opinião, linha de ação, postura ou conduta diante de determinado fato ou contexto gerais para, posteriormente, no curso das perguntas, lembrar deste seu comprometimento a fim de vê-lo aplicado de forma coerente na resposta a um questionamento sensível (como, por exemplo, uma manifestação prévia e generalista de repúdio a práticas de corrupção *lato sensu* e posteriormente obter resposta coerente com tal posicionamento em pergunta específica).

A terceira técnica é a do espelhamento, com que a comissão busca angariar a proximidade, a empatia e até a confiança do depoente. Isto ocorre quando, diante de alguma situação negativa ou desfavorável que recaia sobre a testemunha ou que a aflija, seja à época do cometimento do fato sob apuração, seja no momento da prova oral, a comissão manifeste também já ter vivenciado ou sofrido situação similar ou ao menos manifeste compreensão e sensibilidade ainda que não tenha passado pela mesma situação, com o fim de demonstrar intenção de se aproximar do universo e da realidade em que o depoente se insere (como, por exemplo, a postura compreensiva diante do receio de sofrer retaliações ou represálias por parte de quem possa ter interesses contrariados com a prestação de informações ao colegiado).

Concluindo a breve enumeração dos momentos iniciais da prova oral antes de discorrer sobre os aspectos verbais e não verbais da comunicação, acrescenta-se ainda que, após a apresentação e a aproximação, a comissão dá início ao terceiro e mais crucial momento, que é o da formulação de perguntas que visam ao esclarecimento dos fatos em si. Mas, na verdade, na dinâmica própria da prova oral, sabe-se que não existe esta demarcada, rígida e estanque compartimentação do ato em etapas consecutivas e exaurientes, podendo se fazer necessário, a qualquer momento, após uma tensão ou confrontação, lançar mão novamente da estratégia de (re)aproximação, a fim de retomar o bom ambiente no ato.

Feita então esta primeira apresentação dos três momentos da prova oral - após os quais restam apenas o fechamento da redução a termo (ou seja, a materialização nos autos da mensagem escrita extraível deste tipo de prova) e as formalidades de encerramento -, agora sim convém discorrer com mais detalhes sobre as mensagens ou informações de natureza verbal e não verbal que se extraem do ato de instrução.

Os aspectos verbais consistem nas informações mais imediatas e óbvias extraídas da prova oral, quais sejam, aquelas decorrentes da fala, da verbalização e da oralidade do depoente. Já os aspectos não verbais, de percepção e de leitura menos empíricas e leigas, exigem um maior grau de experiência, observação, preparo e aprimoramento técnico do integrante da comissão, refletem signos e símbolos manifestados pelo comportamento fisionômico, gestual e postural do depoente, bem como pela distância física e pelo contato visual que este estabelece com o interlocutor. Em contrapartida, como retribuição ao esforço daqueles que integram comissões disciplinares em se capacitarem e em se aprimorarem tecnicamente para adquirirem a *expertise* de perceberem e avaliarem os aspectos não verbais da comunicação, é sabido que estes aspectos não só podem equivaler a uma relevante parcela das informações transmitidas em um diálogo como também podem ser mais confiáveis que os aspectos verbais, em razão da espontaneidade e da maior dificuldade de autocontrole das reações corporais, e ainda podem ser influenciados (no sentido de terem suas emissões estimuladas ou inibidas) pela postura dos interlocutores (destacadamente do presidente).

É inquestionavelmente relevante que a comissão atente não apenas para os aspectos verbais das respostas mas sim que extraia leitura dinâmica e conglobante desta verbalização com os aspectos não verbais, os quais, por algumas vezes, reforçam e, por outras vezes, desmentem aquilo que se fala. O atento integrante da comissão deve se preparar para ser capaz de apreender do depoente além de sua oralidade, a fim de identificar e avaliar não só o

que se diz, mas sobretudo como se diz. E, para este fim, conta-se com o resultado de diversos estudos que, se por um lado, baseiam-se em certo grau de empirismo e devem ser vistos com reservas e cautelas diante da infinita miríade de comportamentos, reações e subjetividades humanas, por outro lado, emprestam um razoável valor de credibilidade ao se divorciarem, por seu academicismo, de meras crendices ou lendas leigas.

Por exemplo, pode-se apresentar como comportamento verbal padrão de um depoente sincero a inferência de que este responde os questionamentos de forma direta e espontânea e demonstra crível e inabalável indignação se é injustamente provocado, com negação imediata e sem hesitação daquilo que lhe é imputado; e, em geral, empenha-se com respostas proativas, cooperativas e colaborativas para o esclarecimento fático, predispondo-se até a identificar ou ao menos a contribuir ou especular acerca do responsável pelo fato em apuração.

Já o depoente que se presume insincero tende, verbalmente, a hesitar a responder, por vezes refazendo a pergunta ou pedindo para que se a repita, como formas de obter algum tempo para elaborar sua resposta não espontânea; ou usa de resposta evasiva que foge da pergunta; ou nega especificamente um ato que não é exatamente aquele com que se o provoca; ou vale-se de termos que tornam sua resposta genérica em face do que foi perguntado (como “Normalmente,...” ou “Geralmente,...”); ou apoia ou reforça suas respostas em expressões idiomáticas ou em frases feitas de valor religioso ou com certa ênfase falsa, dramática ou até demagógica (como “Pelo amor de Deus...” ou “Sinceramente,...” ou “Que eu me lembre...” e similares); ou apresenta memória seletiva, resgatando com detalhes nuances que lhe interessam e dizendo não se lembrar dos fatos apenas nas questões que lhe são críticas; ou disfarça e foge do cerne da provocação, não verbalizando sua literalidade mas sim valendo-se de eufemismos ou de uma retórica em exagerado e artificial grau de erudição, formalismo e rebuscamento, com que tenta convencer que tem distância do fato ou do responsável; ou responde em tom de voz mais baixo; ou reage com falsa e teatralizada indignação acompanhada de forte e pontual gestualidade; ou não se empenha com respostas proativas, cooperativas e colaborativas, não se predispondo a auxiliar no esclarecimento fático e muito menos contribui ou especula acerca da identificação do responsável pelo fato em apuração.

Nos aspectos não verbais, um depoente presumivelmente sincero pode se caracterizar por apresentar uma postura corporal serena, ereta, atenta e simbolicamente aberta ao diálogo e à contribuição, mantendo contato visual com o interlocutor; comumente ilustra com gestos manuais suas explanações, a fim de torná-las mais claramente compreensíveis; e apresenta naturais mudanças de postura e de posição do corpo frente o interlocutor, mas sempre mantendo atenção no diálogo.

Já o depoente com traços indicativos de insinceridade pode apresentar comportamentos não verbais marcados pela postura corporal refratária à proximidade com o interlocutor, mantendo-se distante ou retraído, com o corpo projetado para trás ou de lado ou ainda em postura que demonstra impaciência ou vontade de se evadir do recinto ou desinteresse ou até mesmo desânimo quando se percebe pouco convincente; ou apresenta postura rígida, estática, congelada, inerte ou até desdenhosa, mas com forte e brusca mudança repentina de postura quando recebe um questionamento sensível; ou apoia a cabeça ou o queixo na mão; ou limita-se a responder afirmativa ou negativamente com movimentos da cabeça; ou não fixa o olhar no interlocutor, evitando contato visual, ou mantém um olhar artificialmente congelado; ou demonstra gestos repetitivos ao responder questões sensíveis, a exemplo de piscar excessivamente os olhos, de cobrir ou de tocar partes do rosto (olhos ou nariz) com uma das mãos, de esfregar as mãos ou de estalar os dedos, de sentar sobre as mãos, de lamber ou de morder os lábios, de mexer em cabelos, roupas, joias, acessórios ou objetos ou com eles se distrair ou de balançar mãos, pernas ou pés como formas incontroláveis e autônomas de o corpo extravasar a tensão.

Em razão da necessidade de se estabelecer uma troca de percepções e de se manter

contato visual com o depoente, diante de uma testemunha que se apresenta com óculos escuros, boné, chapéu ou qualquer outro item de indumentária que prejudique a observação de toda a extensão fisionômica, tendo antes se acautelado de perguntar se o uso do acessório advém de necessidade médica ou de convicção religiosa, convém que o presidente solicite, de forma cortês, sua retirada. E é recomendável que comissão e o depoente desliguem seus celulares ou os coloquem em modo silencioso, bem como que não se atendam eventuais ligações para o telefone fixo da sala e nem se permita a entrada na sala de pessoas estranhas ao ato ou qualquer outro tipo de interrupção adiável.

Como afirmado de início que estas mensagens não são apenas unilateralmente emitidas no curso da prova oral no sentido estático do depoente para a comissão, mas também, de forma dinâmica, esta emite sinais a serem lidos pela testemunha e pela defesa porventura presente, eis que os integrantes do colegiado devem atentar para o seu próprio conjunto de mensagens verbais e não verbais que eles mesmos também emitem. Os membros da comissão devem sempre verbalizar respeito à dignidade da pessoa humana à sua frente e agir com cortesia e interesse por seus relatos, não interromper suas respostas e muito menos interromperem-se uns aos outros e menos ainda demonstrarem discordâncias entre si. Deve sempre ser objeto de convenção prévia entre o presidente e os dois vogais a forma como estes podem e devem participar e intervir pontualmente no curso da prova oral. Também não devem demonstrar surpresa, descrença ou ironia diante de respostas claramente inverídicas, nem tampouco deixar claro destacado interesse estratégico por determinada resposta incriminadora. O trio processante deve também não perder de vista que o ato se dirige ao depoente, não cabendo ofuscá-lo, sugerindo ou induzindo ou suprimindo-lhe resgates de memória e respostas. Ademais, embora a convenção prévia seja da condução presidencial, em casos excepcionais, havendo algum eventual desgaste do diálogo entre o presidente e o depoente ou mesmo simplesmente se estabelecendo uma nítida maior afinidade, empatia e fluidez entre o depoente e algum dos vogais, nada impede que os papéis sejam sutilmente intercambiados no curso da prova oral.

Nos aspectos não verbais, incumbe tanto ao presidente quanto aos dois vogais manterem postura sempre interessada, atenta, concentrada, proativa e confiante, ao mesmo tempo em que respeitosa e condutora, sem arrogância mas também sem passividade ou conformismo diante de respostas pouco críveis ou evasivas e com dinâmica, criatividade e perspicácia para estimularem o depoimento verbal e o extravasamento de reações e comportamentos não verbais, afim de analisá-los em conjunto. Enfim, o mais importante a se destacar é que o trio deve se concentrar para perceber e avaliar o conjunto de mensagens verbais e não verbais emitidas pelo depoente.

Embora todo o trio deva apresentar homogêneo e ininterrupto grau de interesse pelo conjunto de verbalizações e comportamentos não verbais emitidos pelo depoente, destaca-se a posição peculiar do vogal não secretário. Uma vez que não lhe cabe precipuamente conduzir o ato com perguntas e tampouco digitar a redução a termo (incumbências do presidente e do vogal secretário), este integrante é o que possui melhores condições de captar incoerências, contradições e lacunas na verbalização das respostas e sobretudo para perceber as reações e os comportamentos não verbais indicadores da insinceridade e de analisá-los e transformá-los em novas e inesperadas perguntas.

Reitera-se o caráter inexato, empírico e fortemente dependente da individualidade do universo de pessoas analisadas nos mencionados estudos acadêmicos que levaram aos resultados acima sintetizados em brevíssimas linhas. Tanto é verdade que há indicativos de uma mesma inferência que soam até incompatíveis e incoerentes entre si. Isto se explica pela inesgotável individualização do ser humano, sendo a lista acima a ser tomada como mera indicação e inferência globais, podendo cada indivíduo reagir de uma ou de outra forma dentre aquelas listadas para um mesmo grupo, não sendo de se exigir ou de se esperar que cada indivíduo pautasse suas reações na lista completa daquelas posturas verbais e não verbais elencadas. Pode ocorrer até um depoente apresentar sinais não verbais antagônicos aos

esperados e acima listados, de forma que não se pode tomar nenhum destes indicativos de forma absoluta.

Importante destacar que os indicadores não verbais, ainda que claramente percebidos, não devem ser levados a termo mas indicam rumos e linhas a serem adotados na prova oral em si e na apuração no curso do processo como um todo. Não se registra no termo o comportamento não verbal, mas se o tem, sim, como um indicador silencioso e não manifesto para seguir determinada convicção acerca da presumida sinceridade ou insinceridade do depoente quanto a determinado ponto sensível. Não se tem dúvida que, a menos de lapsos de memória e de atos falhos, o conjunto de comportamentos não verbais pode se revelar mais espontâneo e crível que a verbalização, sobretudo em momentos de tensão e de confrontação. Até porque, em geral, os comportamentos não verbais manifestam-se de forma reativa aos questionamentos mais sensíveis. Atento a esta consideração, o integrante de comissão deve se permitir crer, em determinada pergunta, que a verbalização do depoente pode ser ratificada ou retificada pelo seu conjunto comportamental não verbal.

Dentro do infinito espectro das possíveis reações humanas a qualquer provocação, deve-se ressaltar que não cabe ao integrante da comissão formular uma convicção acerca da possível sinceridade ou acerca da possível insinceridade do depoente com base em apenas um indicativo pontual e isolado. Seria extremamente perigoso e falível supor um certo grau de sinceridade ou de insinceridade do depoente apenas à vista de uma análise rasteira, simplista, superficial e precipitada em virtude da percepção de algum indicativo dissociado do contexto. Deve sim o integrante da comissão buscar a experiência de avaliar o padrão comportamental do depoente de início, ainda em zona de conforto, para depois confrontar com os aspectos verbais e não verbais conjunta e conglobantemente perceptíveis no curso da prova oral.

Por fim, cumpre informar que praticamente tudo o que foi aduzido acima também se aplica, com as devidas adaptações ao interrogatório do acusado, daí porque, em **4.4.16.5**, se remeteu à leitura do presente tópico.

#### **4.4.4.6 - Colaborador Eventual, Videoconferência e Carta Precatória**

O fato de não haver, na Lei nº 8.112, de 11/12/90, previsão para que o acusado receba o transporte e as diárias para acompanhar oitiva de testemunha que se encontra em outra localidade pode acarretar dificuldades quando a realização de tal ato se faz necessária, sobretudo se a testemunha não é servidor ativo. Isto porque se a testemunha for servidor ativo, para contornar a limitação legal, pode a comissão realizar a oitiva na localidade onde se encontra o acusado, inclusive se, excepcionalmente, tal localidade também difere da sede da comissão, já que há previsão legal para pagamento do transporte e das diárias para aquela testemunha e para a comissão, bastando diligenciar junto ao Chefe do Escor, a fim de este propor ao Corregedor o ordenamento de despesa para o(s) deslocamento(s).

Todavia, caso haja necessidade de se ouvir, como testemunha, um inativo, ex-servidor ou particular domiciliado em outra localidade, uma vez que apenas a comissão tem garantidos transporte e diárias, primeiramente deve o colegiado verificar se a testemunha se dispõe a se deslocar às suas expensas até a sede da comissão para ser ouvida, já que não há dispositivo legal que a obrigue a depor e que preveja sua condução coercitiva forçada.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 173. Serão assegurados transporte e diárias:*

*I - ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado;*

*II - aos membros da comissão e ao secretário, quando obrigados a se deslocarem da sede dos trabalhos para a realização de missão essencial ao esclarecimento dos fatos.*

*STJ, Recurso Especial nº 678.240: “10. O alegado cerceamento de defesa ocorreu, segundo o recorrido, porque [a] comissão processante, ao deslocar-*

*se ao interior do estado, para coleta de provas, não proporcionou as diárias a que tinha direito o A. para que pudesse acompanhar as diligências e tomada de depoimentos' (fl. 4). 11. Em momento algum, a Lei n. 8.112/90 determinou à Administração Pública o pagamento do deslocamento do servidor investigado para acompanhar as diligências realizadas no PAD. Ao contrário, o art. 156, caput, daquele diploma normativo apenas garante o direito de o servidor acompanhar as diligências (obviamente, se quiser e se tiver condições)."*

*"Na condição de denunciado ou indiciado e estando o processo sendo realizado fora da cidade onde trabalha, a locomoção e as despesas com refeições não serão pagas pela administração, pois este inciso é claro quando diz 'convocado para prestar depoimento' e não para assistir depoimento de outras pessoas." Wolgran Junqueira Ferreira, "Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União", pg. 154, Edições Profissionais, 1ª edição, 1992*

Para o caso de o inativo ou ex-servidor ou particular não se dispuser a arcar com o custo do deslocamento, pode a comissão, como segunda opção, verificar junto ao Chefe do Escor, a fim de este propor ao Corregedor o ordenamento de despesa para deslocar todo o colegiado até a localidade da testemunha, hipótese em que ficaria a cargo do próprio acusado custear o seu deslocamento ou constituir procurador no local, a fim de exercitar o contraditório.

Caso também não seja possível, por questão financeira, deslocar toda a comissão, três possibilidades se apresentam, em caráter extensivo para o processo disciplinar, na seguinte ordem: deslocar a testemunha, como colaborador eventual, até a sede da comissão; adotar a videoconferência, conforme permitido pelo ordenamento infralegal; ou, por fim, adaptar o remédio do processo judicial chamado carta precatória, também aceito em ordenamento legal e infralegal.

Antes, a rigor, é de se destacar que, no sentido estrito da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não há expressa previsão para tais remédios. O Estatuto, em seus dispositivos que regem o processo disciplinar, é silente quanto ao emprego da figura do colaborador eventual, com a qual se justificaria o pagamento de transporte e diárias a um inativo, ex-servidor ou particular para depor; também não sofreu modernização face ao atual estágio tecnológico que contempla a videoconferência como solução jurídica aceitável; e muito menos menciona a tomada de depoimento de testemunha por carta precatória em outra localidade.

Dito isto, de início, é de se destacar que a ordem acima elencada em decrescente prioridade não advém de nenhum diploma normativo, mas sim tão somente da percepção de que, diante do problema concreto a ser superado, a melhor solução é aquela que ainda consegue contemplar a dinâmica e todos os fatores humanos preservados na prova oral presencial, como é o caso da adoção do colaborador eventual. Esta riqueza probatória sofre uma pequena mitigação com a videoconferência, que pode ser aqui considerada a segunda opção na escala de preferência; e, por fim, tem relevante perda no uso da carta precatória, por isto aqui tida como a última e residual opção de integração da lacuna instrucional no rito administrativo disciplinar.

Assim, primeiramente, recomenda-se, diante das inviabilidades de a testemunha arcar com suas despesas e de também se deslocar toda a comissão, que se tente deslocar aquele depoente, buscando-se junto à Administração o pagamento de seu transporte e de suas diárias para que venha depor, enquadrando-o na figura de colaborador eventual, prevista na Lei nº 8.162, de 08/01/91, e no Decreto nº 5.992, de 19/12/06, e reconhecida no Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (incumbindo ao Chefe de Escor, como autoridade instauradora, mediante provocação do presidente da comissão, em extensão ao art. 13 da Portaria Coger nº 14, de 30/01/14, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) - na linha do art. 9º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21/11/13, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no

âmbito do Ministério da Fazenda (MF) -, propor ao Corregedor, como ordenador de despesas, nos termos do § 1º do art. 80 do Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67, e a este decidir as questões atinentes a deslocamentos, diárias e passagens do colaborador eventual que se afigura como de interesse correcional).

*Lei nº 8.162, de 08/01/01 - Art. 4º Correrão à conta das dotações orçamentárias próprias dos órgãos interessados, consoante se dispuser em regulamento, as despesas de deslocamento, de alimentação e de pousada dos colaboradores eventuais, inclusive membros de colegiados integrantes de estrutura regimental de Ministério e das Secretarias da Presidência da República, quando em viagem de serviço. (Redação dada pela Lei nº 8.216, de 13/08/91)*

*Decreto nº 5.992, de 19/12/06 - Art. 10. As despesas de alimentação e pousada de colaboradores eventuais, previstas no art. 4º da Lei nº 8.162, de 8 de janeiro de 1991, serão indenizadas mediante a concessão de diárias correndo à conta do órgão interessado, imputando-se a despesa à dotação consignada sob a classificação de serviços.*

*§ 1º O dirigente do órgão concedente da diária estabelecerá o nível de equivalência da atividade a ser cumprida pelo colaborador eventual com a tabela de diárias.*

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 208. Ao Serviço de Atividades Auxiliares - Seaux e às Seções de Atividades Auxiliares - Saux compete executar e controlar as atividades relacionadas com pessoal, apoio administrativo, gestão de documentos, patrimônio e serviços gerais.*

*Parágrafo único. Ao Seaux da Coger e à Saux da Copei compete, ainda, executar as atividades financeiras e orçamentárias relacionadas com deslocamento de servidores e colaboradores eventuais no interesse das atividades da Coger e Copei, respectivamente.*

*Art. 285. Ao Corregedor incumbe, sem prejuízo das atribuições do Secretário da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

*VIII - autorizar viagens a serviço, relacionadas às atividades de interesse da Corregedoria; e (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 11 de dezembro de 2014)*

*IX - praticar os atos de gestão dos recursos orçamentários e financeiros destinados ao pagamento de diárias e passagens, nos deslocamentos de servidores e colaboradores eventuais no interesse da Coger. (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 9º O presidente de comissão de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes de comissão, bem como solicitar prorrogação do prazo da comissão, quando necessário.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 13. O presidente de comissão de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes de comissão, bem como solicitar prorrogação do prazo da comissão, quando necessário.*

Não sendo possível, precipuamente por questões financeiras, arcar com o deslocamento e as diárias da testemunha como colaborador eventual, pode-se aplicar a solução da videoconferência, como um ato processual à distância, visto se tratar de um recurso tecnológico por meio do qual se captam e se transmitem, ao vivo e em tempo real, sons e imagens de pessoas situadas em localidades distintas.

A admissão e a introdução da videoconferência no cenário jurídico, como prova lícita e legalmente prevista, decorreu da esperada e salutar atualização do ordenamento face à

evolução dos recursos tecnológicos ao dispor de toda a sociedade. E merece destaque lembrar que esta harmonização do meio jurídico com os avanços da tecnologia iniciou-se na instância processual penal, justamente a instância instrumental mais conservadora, cautelosa e formalista, com a edição da Lei nº 11.690, de 08/06/08, que introduziu no CPP a possibilidade de a oitiva de testemunha poder ser realizada por meio de videoconferência, por motivação de proteger a testemunha de eventual risco de intimidação. Posteriormente, a inovação jurídica avançou na instância processual penal, com a edição da Lei nº 11.900, de 08/01/09, estendendo a possibilidade de realização de oitiva de testemunha por videoconferência para viabilizar ou facilitar, operacionalmente, a ato de instrução quando o depoente reside em outra jurisdição. O CPC, no § 3º do art. 236 e nos §§ 1º e 2º do art. 453, também já reconheceu a validade de atos instrutórios e em especial oitiva de testemunha por meio de videoconferência.

*CPP - Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*

*Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*

*Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.*

*§ 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 08/01/09)*

*CPC - Art. 236.*

*§ 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.*

*Art. 453.*

*§ 1º A oitiva de testemunha que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a audiência de instrução e julgamento.*

*§ 2º Os juízos deverão manter equipamento para a transmissão e recepção de sons e imagens a que se refere o § 1º.*

Ato contínuo, na sequência, também a Administração cuidou de harmonizar seu regramento à realidade tecnológica atual, tendo cabido ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio do Corregedoria-Geral da União (CGU/CRG), que efetivamente exerce as atividades do órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, regulamentar o emprego sistêmico desta ferramenta, tendo, para este fim, editado a Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 01/11/11, com destaque para os comandos de seus arts. 1º a 4º. No caso da instância administrativa, a adoção da videoconferência como meio válido de prova decorreu, precipuamente, do objetivo de viabilizar ou facilitar, operacionalmente, a coleta de prova oral de testemunha residente em outra localidade, como forma de suprir a necessidade de se ordenar despesas com deslocamento.

*Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 01/11/11 - Art. 1º O Sistema de Correição do Poder Executivo Federal SisCor-PEF, visando instrumentalizar a realização de atos processuais a distância, poderá promover a tomada de*

*depoimentos, acareações, investigações e diligências por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa, na forma disciplinada nesta Instrução Normativa.*

*Art. 2º Poderão ser realizadas audiências e reuniões por meio de teletransmissão de sons e imagens ao vivo e em tempo real, destinadas a garantir a adequada produção da prova, sem prejuízo de seu caráter reservado, nos procedimentos de natureza disciplinar ou investigativa.*

*Art. 3º Nos processos administrativos disciplinares, a decisão da Comissão Disciplinar pela realização de audiência por meio de videoconferência deverá, de maneira motivada:*

*I - assegurar a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação e;*

*II - viabilizar a participação do servidor investigado, testemunha, técnico ou perito, quando os mesmos residirem em local diverso da sede dos trabalhos da Comissão Disciplinar.*

*Parágrafo único. As reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado.*

É certo que se presume o emprego comedido desta ferramenta ora admitida no cenário jurídico, para fim de coleta de oitiva de testemunha. *A priori*, não se vislumbra razoabilidade em a comissão deliberar em coletar a prova oral de um depoente que seja servidor lotado (ou que tenha exercício) ou que seja inativo, ex-servidor ou particular residente na mesma localidade onde transcorrem os trabalhos ou, se lotado ou residente em outra localidade mas se há viabilidade de se arcar com as despesas de deslocamento, usando a instrumentalização à distância da videoconferência e abrindo mão da maior qualidade inerente ao ato presencial. Não se tem dúvida de que o ato presencial, com toda sua dinâmica que lhe é inerente, pode ser considerado como o ideal; porém, como nem sempre é realizável, há amparo normativo para se lançar mão, subsidiariamente da prova via videoconferência. Aqui, quando se cogita do emprego da ferramenta da videoconferência, se o faz sempre na presunção do bom senso e da razoabilidade dos agentes e da motivação e da regularidade de seus atos e condutas. A conjunção destas premissas faz crer que, ao se cogitar de emprego de videoconferência, se atenta para a solução de qualquer dificuldade operacional que obriga a abrir mão do padrão de solução presencial.

Como é a regra de qualquer prova admitida no processo disciplinar, não só a decisão em si de se trazer aos autos a prova testemunhal de determinada pessoa mas também a decisão de como instrumentalizar este ato (se, convencionalmente, de forma padrão e presencial ou se, excepcionalmente, por meio de videoconferência) decorrem unicamente da deliberação soberana da comissão, independentemente de a oitiva ter decorrido de iniciativa de ofício da comissão ou de ter decorrido de deferimento de pedido formulado pela defesa. Desde que preservadas as garantias de o acusado e/ou seu procurador reinquirirem a testemunha e de contraditarem as informações trazidas aos autos no curso daquele ato instrumentalizado por videoconferência, não cabe à defesa questionar a soberana decisão por parte da comissão - que se presume aqui sempre motivada e amparada na razoabilidade e no bom senso - de coletar a prova oral sob aquela forma não presencial.

De se destacar que a mencionada Instrução Normativa não impõe ou exige a realização da videoconferência quando o ato de prova oral envolva pessoas que se encontram em localidades diferentes, mas sim tão somente prevê e permite este tipo de ato processual no rito disciplinar, como forma de, simultaneamente, contemplar tanto a necessidade de busca da verdade material sob respeito das garantias de ampla defesa e de contraditório quanto a celeridade e a redução de custos procedimentais.

Caso se delibere pela tomada de depoimento via videoconferência, deve a comissão primeiramente diligenciar, na localidade onde se encontra a testemunha a ser ouvida, com o fim de obter o devido apoio da área técnica competente (destacadamente, das projeções

regional ou local de Tecnologia da Informação que jurisdicionam a localidade ou até mesmo da chefia do respectivo Escor, se for o caso) para instalação e/ou disponibilização dos equipamentos necessários, podendo, para isto, solicitar às correspondentes autoridades a indicação de um servidor detentor de conhecimento da tecnologia empregada e nomeá-lo como secretário *ad hoc*, por portaria do presidente, especificando que a designação se restringe ao desempenho das funções de assistência técnico-operacional e de apoio administrativo exclusivamente para aquele ato deliberado. No atual estágio de desenvolvimento interno do sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil, esta questão de infraestrutura está solucionada, visto que, em geral, os integrantes de comissão já estão habituados com o uso desta ferramenta tecnológica e os Escor já dispõem de sala própria específica para provas orais e dotadas de equipamentos para videoconferência (ou utilizam instalações da respectiva Superintendência Regional), o que facilita não só na sede da comissão (em geral no próprio Escor) como na outra localidade, se esta coincidir com sede de outro Escor.

Convém que esta portaria de designação de servidor estranho ao colegiado, a exemplo do já aduzido em **4.3.3**, seja publicada no boletim de serviço (ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora (que, no caso, é o Boletim de Serviço da Secretaria da Receita Federal do Brasil - BS RFB). A cautela se justifica, pois esta pode ser a única forma de se amparar o acesso deste servidor aos autos, em eventual deslocamento da sede ou a dedicação de horas de trabalho ao processo. A procedimentalização para a aposição da assinatura digital e para a publicação da portaria no BS RFB e a recomendação para que se juntem aos autos a impressão da versão em extensão “*portable document format*” (pdf) da portaria e a(s) página(s) do Boletim que a contempla(m) podem ser revistas em **4.2.1.1**, de repetição desnecessária e a cuja leitura se remete. É recomendável também que, após a designação do secretário *ad hoc*, o presidente da comissão lhe envie mensagem pelo correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002), não só lhe repassando cópia de sua portaria designadora mas também solicitando que entre em contato com o secretário da comissão e/ou com o(s) servidor(es) competente(s) da(s) respectiva(s) projeção(ões) de Tecnologia da Informação, a fim de acertarem todos os detalhes técnicos necessários à preparação do ato.

A infraestrutura necessária em cada localidade, basicamente, é um equipamento de videoconferência, um monitor de vídeo (como um aparelho de televisão, por exemplo, por meio do qual os presentes em uma sala veem e ouvem a outra sala), uma impressora e uma digitalizadora (ou uma impressora multifuncional com digitalizadora) e uma estação de trabalho padrão (com correio eletrônico institucional), todos interligados e conectados em rede. Em vista do necessário sigilo da instância correcional, que requer alto grau de confiabilidade e de inviolabilidade, deve-se acautelar para impedir riscos de captação indevida do ato, recomendando-se que se configurem os equipamentos das duas salas (aqui se cogitando da situação padrão e mais comum, de o ato envolver apenas dois recintos distintos) para que a conexão entre eles seja feita, preferencialmente, de forma direta, sem que os sinais de áudio e vídeo passem por servidores locais ou regionais.

*Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 01/11/11 - Art. 6º A Comissão Disciplinar solicitará ao responsável pela unidade envolvida a designação de servidor para o exercício da função de secretário ad hoc.*

*§ 1º O secretário ad hoc desempenhará atividades de apoio aos trabalhos da Comissão Disciplinar, tais como identificação dos participantes do ato, encaminhamento e recebimento de documentos, extração de cópias, colheita de assinaturas, dentre outras determinadas pelo Presidente da Comissão Disciplinar.*

*§ 2º Cabe, ainda, ao secretário ad hoc acompanhar os testes de equipamento e conexões antes da realização do ato, devendo comunicar imediatamente à Comissão Disciplinar acerca de eventual circunstância que impossibilite seu*

*uso.*

A Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 01/11/11, em seu art. 5º, estabelece não só a configuração mais usual para videoconferência, no inciso I (qual seja, para suprir a necessidade de se ouvir como testemunha um inativo, um ex-servidor, um particular ou até mesmo um servidor ativo que se encontra em uma localidade enquanto a comissão e a defesa se encontram em outra), como também prevê a possibilidade de emprego desta ferramenta para duas outras situações mais excepcionais.

*Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 01/11/11 - Art. 5º Ao servidor investigado e seu procurador é facultado acompanhar a audiência ou reunião realizada por videoconferência:*

*I - na sala em que se encontrar a Comissão Disciplinar; ou*

*II - na sala em que comparecer a pessoa a ser ouvida.*

*Parágrafo único. Em casos excepcionais, a Comissão Disciplinar decidirá acerca do comparecimento dos envolvidos em local diverso dos estabelecidos nos incisos deste artigo.*

Na primeira destas situações excepcionais, conforme o parágrafo único do mencionado dispositivo, pode-se cogitar de a comissão acatar que a defesa participe da oitiva de testemunha por videoconferência estando em uma terceira localidade, diferente de onde se encontra o colegiado e também diferente de onde se encontra o depoente. Apesar da previsão normativa, é necessário que a comissão atente para o fato de que, em tal configuração, os esforços acima se projetam também para esta terceira sala, em termos de infraestrutura e necessidade de contar com mais um secretário *ad hoc*, de forma a se tê-la como residual, apenas para casos em que se demonstre intransponível, como, por exemplo, quando a localidade de lotação ou de exercício do acusado difere das duas localidades anteriores.

De forma ainda mais residual deve ser compreendida a possibilidade prevista no inciso II do mesmo dispositivo, que permite a realização de oitiva por videoconferência com a defesa não na localidade onde se encontra a comissão mas sim na localidade onde se encontra o depoente. Apesar da previsão normativa, deve a comissão atentar para as dificuldades que podem decorrer do fato de ela estar em uma localidade e a testemunha e a defesa em outra localidade, ou seja, afastados fisicamente do poder condutor do presidente e juntos de um secretário *ad hoc* que pode não possuir nenhum conhecimento da procedimentalização disciplinar. Diante do risco de a defesa intimidar e interferir pessoalmente nas respostas da testemunha, deve a comissão empregar esta possibilidade disposta na Instrução Normativa com extrema cautela, buscando reservar a oitiva por videoconferência da testemunha que se encontra em outra localidade para o caso em que a comissão e a defesa se encontram na mesma localidade. Alternativamente, caso se faça necessária a realização de oitiva por videoconferência com a testemunha e a defesa em uma mesma sala, pode a comissão adotar a solução de deslocar um de seus membros para esta segunda localidade, a fim de melhor atuar na vedação de intimidação ou de conluio.

Em extensão a estas duas configurações excepcionais obtidas diretamente da literalidade da Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 01/11/11, pode-se ainda, de sua interpretação sistemática e teleológica, extrair uma terceira possibilidade. Embora, a rigor, a norma mencione expressamente apenas a possibilidade de se empregar a videoconferência para suprir a distância existente entre comissão e testemunha, nada impede que, a seu exclusivo critério, possa o colegiado deliberar pelo emprego desta ferramenta também para suprir eventual distância entre a localidade em que se encontra a defesa e a localidade em que se encontram o trio processante e a testemunha, como meio de propiciar ao acusado o exercício do contraditório sem ônus financeiro. Desta forma, em razão de peculiaridades específicas de determinado caso concreto e desde já se ressaltando que a normatização não obriga tais esforços por parte da comissão, até pode o colegiado suprir a participação contraditória da defesa quando esta se encontre em localidade distinta daquela em que transcorre o processo, promovendo presencialmente a oitiva da testemunha e fornecendo a

possibilidade de a defesa participar do ato à distância.

Sobre as possibilidades acima aventadas, pode-se agregar uma excepcionalidade ainda maior, de se ter de desdobrar esforços em termos de infraestrutura, quando a própria comissão se encontra separada, com algum de seus membros em localidade distinta dos outros dois.

Seja qual for a configuração, após a confirmação daqueles pré-requisitos operacionais, deve a comissão notificar a testemunha e a defesa das localidades, data e horário de realização do ato, com no mínimo três dias úteis de antecedência, fazendo constar de tais atos de comunicação a base legal (a Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 01/11/11, com a redação dada pela Instrução Normativa CGU/CRG nº 5, de 19/07/13, no que diz respeito ao prazo) para a realização do ato via videoconferência da forma deliberada, destacando ainda nos atos de comunicação o direito de o acusado e de o procurador comparecerem a uma ou a outra localidade, de acordo com sua preferência.

*Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 01/11/11 - Art. 4º O Presidente da Comissão Disciplinar intimará a pessoa a ser ouvida da data, horário e local em que será realizada a audiência ou reunião por meio de videoconferência, com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis. (Redação dada pela Instrução Normativa CGU/CRG nº 5, de 19/07/13)*

*§ 1º Em qualquer caso, a defesa será notificada, nos termos do caput, para acompanhar a realização do ato.*

*§ 2º Ao deliberar pelo horário da realização da audiência por meio de videoconferência, a Comissão Disciplinar atentarão para eventual diferença de fuso horário entre as localidades envolvidas.*

O ato em si deve transcorrer o máximo possível de forma similar a uma oitiva com todos os agentes presentes no mesmo recinto. A comissão deve manter o mesmo *layout* de sua sala, no que diz respeito a seu posicionamento e ao posicionamento da defesa, caso, como se supõe e se sugere, esta se faça presente na localidade de instalação do colegiado. No caso de a defesa e a testemunha estarem em localidades distintas, a comissão e o secretário *ad hoc* devem posicionar os assentos e a câmera de forma que a defesa tenha a testemunha em seu ângulo de visão, para atestar a espontaneidade das respostas, mas, em contrapartida, a testemunha não deve ter a defesa em seu ângulo de visão, para evitar qualquer forma de inibição ou de intimidação, ainda que à distância. No caso mais excepcional de a testemunha e a defesa ocuparem a mesma sala, deve a comissão instruir o secretário *ad hoc* a adotar o *layout* que evite a intimidação. No início da oitiva, deve o presidente informar a todos os agentes envolvidos como transcorrerá o ato e suas peculiaridades em comparação com a oitiva presencial, registrando tais especificidades no termo de oitiva e adotando, na sequência, a mesma dinâmica do ato convencional quanto às perguntas, respostas, interferências, controle da ordem, apreciação de petições e redução a termo.

Ao longo do ato instrucional em si, ou seja, no período de formulação de perguntas e respostas, os equipamentos de videoconferência ficam ajustados em sua função de “modo vídeo”, através da qual os presentes em uma localidade recebem, no monitor de vídeo acoplado (um aparelho de televisão, por exemplo), os sinais de vídeo e de áudio provenientes da outra sala (ou seja, os agentes de distintos recintos, reciprocamente, se veem e se ouvem). Ao final da coleta do termo, a comissão pode ativar a função “modo apresentação” do equipamento de videoconferência (recurso comumente chamado de *Presentation*), por meio da qual o arquivo de texto aberto no monitor da sua estação de trabalho se projeta também no aparelho de televisão. Com isto, no recinto onde se encontra a testemunha deixa-se de ter imagens da sala da comissão e propicia-se àquele depoente (e à defesa, caso excepcionalmente presente naquela localidade) ler(em) o conteúdo já digitado no termo de oitiva, a fim de que solicite(m), por áudio, eventuais correções à comissão, de forma similar à praxe adotada nos atos presenciais. Caso, por qualquer motivo, não seja possível esta conexão que permita a ativação do “modo apresentação”, ao final das perguntas e respostas, o termo de oitiva deve ser encaminhado, por meio de mensagem no correio eletrônico institucional, para

o secretário *ad hoc* designado para a sala onde se encontra a testemunha, a fim de que aquele servidor o ofereça ao depoente (e à defesa, caso excepcionalmente presente naquela localidade), para leitura e eventuais correções.

A propósito, tendo se feito previamente a conexão dos equipamentos de forma a possibilitar que a comissão, ao longo do ato, alterne os modos do equipamento de videoconferência de “vídeo” para “apresentação” e vice-versa, permite-se que, caso eventualmente se faça necessário, se dê vista à testemunha, no monitor de televisão da sala onde ela se encontra, de elementos dos autos, preferencialmente por meio da exibição da sua cópia digitalizada (escaneada), como também pode ocorrer em atos presenciais.

Após ajustado o texto entre todos os agentes participantes, a comissão deve imprimir uma via e, juntamente com a defesa (caso presente na mesma sala), deve rubricar as primeiras folhas do termo e assinar a última. Esta via original do termo deve ser digitalizada e remetida pelo correio eletrônico institucional para o secretário *ad hoc* situado na localidade onde se encontra a testemunha. Nesta sala remota, o secretário *ad hoc* deve imprimir o termo, rubricar, assinar, coletar rubricas e assinatura da testemunha (e da defesa, caso excepcionalmente presente neste recinto), digitalizar esta nova versão do documento e remeter de volta, também pelo correio eletrônico institucional, para a sala onde se encontra a comissão. O colegiado deve então imprimir esta via digitalizada, com rubricas e assinaturas de todos os participantes, e autuá-la no processo, juntamente com a via original com rubricas e assinaturas de seus integrantes e da defesa (caso presente na mesma sala), encerrando-se as providências daquele momento da coleta da prova oral.

Posteriormente, o secretário *ad hoc* que acompanhou o ato na localidade onde se encontrava a testemunha deve remeter de volta para a comissão, por meio de malote, aquela via digitalizada do termo por ele recebida ao final da oitiva com rubricas e assinaturas da comissão (e de quem mais porventura esteve presente na mesma sala do colegiado), na qual coletou rubricas e assinaturas do depoente (e de quem mais porventura esteve presente no recinto remoto), a fim de que, em conjunto com as duas vias que já instruem os autos desde a data da realização da videoconferência, também seja autuada. Com isto, preservam-se no processo os fiéis registros do teor da prova oral em si e também de toda a procedimentalização empregada para sua atípica feitura em dois lugares afastados. Neste sentido, se reforça que, não só no início do termo de oitiva, mas também ao seu final, após as perguntas e os ajustes, deve a comissão descrever, de forma ao mesmo tempo fiel e sintética, toda a real dinâmica envolvendo a feitura do ato por videoconferência.

*Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 01/11/11 - Art. 7º O depoimento prestado pelas partes será reduzido a termo, mediante lavratura do termo de depoimento, a ser realizado por membro da Comissão Disciplinar ou pelo secretário participante.*

*Parágrafo único. O termo de depoimento será assinado, nas diversas localidades, pelos participantes do ato e posteriormente juntado aos autos do processo.*

Esta instrumentalização final em princípio parece ser redundante, mas, de fato, faz-se necessário que o secretário *ad hoc* situado na sala remota, após ter coletado rubricas e assinaturas de todos os presentes neste recinto, remeta para a comissão a via do termo tanto por meio do correio eletrônico institucional, para imediata juntada aos autos, quanto por meio de malote, para juntada posterior. A remessa, por malote, da via original em que os presentes na sala remota apuseram suas rubricas e assinaturas se justifica porque convém que se autuem as vias do termo que contêm rubricas e assinaturas de próprio punho dos participantes em cada localidade (tantas vias originais quantos forem os distintos recintos). E a remessa, pelo correio eletrônico institucional, da via digitalizada também se justifica para se ter de imediato, já desde o momento do encerramento do ato, em um documento único, uma via com rubricas e assinaturas de todos os participantes e para suprir o risco de eventual extravio da via original a ser remetida por malote.

Na hipótese de se ter o ato envolvendo mais de duas localidades (por exemplo, comissão em uma localidade, defesa em outra e testemunha em uma terceira ou ainda mais de um acusado em diferentes localidades), a finalização do ato é similar à descrita acima, mas com algumas peculiaridades. Após o ajuste do texto, o secretário da comissão deve imprimir o termo, coletar rubricas e assinaturas dos presentes em sua sala, digitalizar esta via e remetê-la pelo correio eletrônico institucional para o secretário *ad hoc* situado na sala remota. Este secretário *ad hoc* da segunda localidade deve imprimir o termo digitalizado com rubricas e assinaturas dos presentes na sala da comissão, coletar rubricas e assinaturas dos presentes em sua sala, digitalizar esta via e remetê-la pelo correio eletrônico institucional para o secretário *ad hoc* situado na terceira localidade. Este secretário *ad hoc* da terceira localidade deve imprimir o termo digitalizado com rubricas e assinaturas dos presentes na sala da comissão e na segunda localidade, coletar rubricas e assinaturas dos presentes em sua sala, digitalizar esta via e remetê-la pelo correio eletrônico institucional para o secretário da comissão. O colegiado deve imprimir esta via digitalizada, com rubricas e assinaturas de todos os participantes, e autuá-la no processo, juntamente com a via original com rubricas e assinaturas dos presentes na sua sala, encerrando-se as providências daquele momento da coleta da prova oral. E, posteriormente, os secretários *ad hoc* que acompanharam o ato nos recintos remotos devem remeter para a comissão, por meio de malote, as vias digitalizadas do termo por eles recebidas ao final da oitiva com rubricas e assinaturas da comissão dos presentes nas salas respectivamente anteriores, na qual coletou rubricas e assinaturas dos presentes na sua própria sala, a fim de que, em conjunto com as duas vias que já instruem os autos desde a data da realização da videoconferência, todas também sejam autuadas.

Em suma, devem ser autuadas, logo após o término do ato, a via com rubricas e assinaturas originais de quem esteve na sala da comissão e a via digitalizada com rubricas e assinaturas de todos os presentes em cada localidade; e, por fim, posteriormente, deve(m) ser remetida(s) de volta para a comissão, para também ser(em) autuada(s), a(s) via(s) eletronicamente recebida(s) pelo(s) secretário(s) *ad hoc* com rubricas e assinaturas de quem esteve presente na(s) localidade(s) anterior(s) e na(s) qual(is) se coletaram rubricas e assinaturas originais de quem esteve presente na(s) respectiva(s) sala(s).

Há ainda um detalhe formal a se destacar no caso específico de se necessitar realizar várias oitivas de testemunhas por meio de videoconferência e de cada ato em si envolver diversas localidades distintas. A recomendação de autuação, para cada oitiva, da via digitalizada com rubricas e assinaturas de todos os participantes, da via com rubricas e assinaturas originais dos presentes na sala da comissão e de todas as vias com rubricas e assinaturas originais coletadas em cada uma das demais localidades acarretaria a juntada de diversas vias de um mesmo documento (possivelmente recebidas pela comissão em intervalos de tempo díspares e aleatórios, diante da ausência de controle e de previsibilidade dos serviços de malotes oriundos de distintas localidades) e esta quantidade se multiplicaria na hipótese de serem realizados diversos atos por videoconferências no mesmo processo. Neste caso bastante específico, para evitar a autuação de muitos documentos de mesmo teor, de forma repetitiva e não cronológica, pode a comissão deliberar, para cada ato realizado por meio de videoconferência, autuar no volume em si do processo apenas as vias digitalizadas com rubricas e assinaturas de todos os participantes e autuar em anexo todas as demais vias com rubricas e assinaturas originais de partes dos agentes.

No caso específico de processo digital formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), pode-se obter uma simplificação nos procedimentos finais, aqui já descritos contando inclusive com a possibilidade de serem envolvidas mais de duas localidades. Ao final do ato, após ajustado o texto entre todos os agentes participantes, devem ser juntadas ao processo digital tantas vias do termo de oitiva por videoconferência (todas de igual forma e teor) quantas forem as localidades envolvidas, ressalvada a sala da comissão se esta estiver sozinha. A comissão deve assinar digitalmente todas as vias e os demais presentes devem assinar somente as vias correspondentes às localidades onde se encontram, de forma que o

conjunto de todas as vias contenha as assinaturas de todos os participantes. Estando a comissão sozinha em sua sala, basta que assine, digitalmente, as vias das demais localidades. Mas se estiver acompanhada, a comissão deve imprimir uma via do termo de oitiva e, juntamente com quem mais porventura esteve na mesma localidade, deve rubricar as primeiras folhas do termo e assinar a última e, em seguida, juntá-la ao processo. Já as demais vias devem ter os encaminhamentos que se seguem. O arquivo eletrônico original, sem assinaturas, deve ser remetido, pelo correio eletrônico institucional, para os secretários *ad hoc* situados nas demais localidades. Nestas salas remotas, os secretários *ad hoc* devem imprimir o termo, rubricar, assinar, coletar rubricas e assinatura de quem mais porventura esteve naqueles recintos, digitalizar esta nova versão do documento e formalizar solicitação de juntada de documento (SJD) no sistema e-Processo. O colegiado deve então analisar as referidas SJDs e, em seguida, assinar digitalmente todas as vias do termo apresentadas. Posteriormente, os secretários *ad hoc* deverão remeter de volta para a comissão, por meio de malote, aquelas vias digitalizadas do termo, nas quais coletaram rubricas e assinaturas de quem porventura esteve presente nos recintos remotos, e que após foram por ele encaminhadas ao colegiado por meio de SJDs, para a guarda dos documentos pela comissão.

Embora se tenha inserido a descrição do emprego da videoconferência no ponto do presente texto em que se discute a forma de coleta de testemunho de inativo, ex-servidor ou particular situado em localidade diferente, esta ferramenta, conforme prevê a Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 01/11/11, também pode ser usada, exatamente com a mesma dinâmica acima descrita, para se coletar testemunho de servidor ativo que se encontra em localidade distinta da comissão, caso não seja possível ou justificável deslocá-lo, seja por questões de custo ou por quaisquer outras dificuldades operacionais.

Da mesma forma como se aduziu para a oitiva presencial, para a qual não se recomenda a gravação do ato de instrução, na ausência de regramento impositivo ou impeditivo, também não se verifica, em princípio, justificativa para que se proceda à gravação da oitiva por videoconferência, ainda que haja viabilidade técnica para tal, visto que o ato será reduzido a termo e este termo é a prova válida e suficiente a constar dos autos.

Mencione-se que a Secretaria da Receita Federal do Brasil implantou, no ambiente virtual denominado Portal de Comunicação Virtual, um Serviço de Videoconferência, para sistematização e controle de agendamentos do uso desta ferramenta de comunicação interna por parte de todas as unidades do órgão, com vista ao desempenho de suas atividades fins, acessível pela *intranet* institucional, no menu “Acesso Rápido”, ou pelo endereço eletrônico <http://comunicacaovirtual.receita.fazenda>, onde se encontra um guia procedimental resumido para o usuário. É de se ressaltar, todavia, que, como regra geral, à vista das peculiaridades e cautelas específicas da instância disciplinar, o emprego de videoconferência em PAD ou sindicância disciplinar não se amolda a este sistema institucional, podendo, do citado material, serem aproveitadas, de forma subsidiária, apenas conceituações e definições básicas ou informações complementares e a necessidade de agendamento, em caso de serem utilizadas mais de quatro salas ou em caso de se prever que a videoconferência possa ultrapassar as 18 horas. Quando necessário fazer o agendamento por algum destes dois motivos, o Portal de Comunicação Virtual abre um *link* “Agenda videoconferências”, que remete a um espaço formulário padrão no ambiente do correio eletrônico institucional, em que o solicitante (presidente da comissão ou autoridade instauradora) informa os dados do evento específico desejado (data, horários de início e de término, nomes dos participantes e localidades envolvidas).

Por fim, não sendo possível o emprego do colaborador eventual e da videoconferência, para se coletar prova oral de inativo, ex-servidor ou particular, pode-se adotar a carta precatória (cuja definição se encontra no inciso III do art. 237 do CPC, ou simplesmente precatória, conforme lhe dá emprego o art. 353 do CPP).

*CPP - Art. 353. Quando o réu estiver fora do território da jurisdição do juiz*

*processante, será citado mediante precatória.*

*CPC - Art. 237. Será expedida carta:*

*III - precatória, para que órgão jurisdicional brasileiro pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato relativo a pedido de cooperação judiciária formulado por órgão jurisdicional de competência territorial diversa;*

Neste rumo, apenas para ratificar a plausibilidade da adaptação deste instrumento definido na instância processual judicial para o rito administrativo disciplinar, cita-se, como mera referência não vinculante, outra norma coexistente no atual ordenamento sobre o tema, a saber, a Portaria AGU nº 490, de 24/10/11 (por meio da qual a Advocacia-Geral da União regulamentou o emprego de videoconferência especificamente no âmbito de sua própria atividade correcional e que, portanto, não possui o poder vinculante da já mencionada Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 01/11/11, sobre todo o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, em que se incluem a Coger e os Escor como unidades seccionais de correição), que cogita da possibilidade de emprego do instituto da carta precatória nas suas próprias atividades correcionais.

*Portaria AGU nº 490, de 24/10/11 - Art. 2º*

*§ 1º Em caso de indisponibilidade técnica do sistema ou quando a realização do procedimento de audiência à distância exigir um grande deslocamento até o local em que o ato deva ocorrer, seja do depoente, dos membros da comissão disciplinar ou de outros servidores responsáveis pela apuração preliminar, a oitiva poderá ser realizada por meio da expedição de carta precatória.*

*“Diante da impossibilidade de deslocamento da Comissão ou do depoente, por analogia ao disposto art. 222, do CPP, a Comissão, por meio da carta precatória, poderá, para fim específico de realização da oitiva, solicitar a designação por outra comissão ou servidor público especialmente designado pela autoridade local competente.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 228, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Diferentemente da videoconferência, que, em caso de eventual impossibilidade de deslocamento de servidor ativo a ser ouvido como testemunha, até pode ser cogitada de ser empregada como forma de suprir a necessidade instrucional, já que preserva certa dinâmica do ato da prova oral, a carta precatória, à vista da previsão legal para ordenamento das respectivas despesas e da grande perda do caráter dinâmico do ato, deve ser vista com extrema residualidade para coletar manifestação oral de testemunha servidor ainda na atividade. A carta precatória, que por si só já não se faz muito comum em rito disciplinar, deve ser compreendida residualmente como solução para coletar testemunho apenas de inativo, ex-servidor ou particular situado em outra localidade e quando tenham se demonstrado inviáveis os empregos dos institutos do colaborador eventual e da videoconferência.

Após a oitiva por meio de carta precatória ser deliberada em ata, a comissão, então, formula suas perguntas e notifica o acusado (em duas vias), informando-o da oitiva via carta precatória que será realizada e oferece-lhe prazo para, se desejar, apresentar os seus quesitos complementares, não se afastando a prerrogativa de o colegiado, com base no art. 156, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, indeferir perguntas impertinentes, protelatórias ou sem interesse para o esclarecimento dos fatos.

*“A despeito de não existir empecilho de cunho legal a que possa a comissão se deslocar para outros pontos do território nacional, advirta-se, porém, que medidas de contenção de despesas, por vezes, desaconselham ou tornam proibitivas tais movimentações onerosas.*

*Para suprir tal impasse, a única alternativa acenável é a carta precatória, por*

*meio da qual a comissão deprecia outras autoridades para o cumprimento de algumas diligências, as quais, embora imprescindíveis ao esclarecimento dos fatos objeto do processo, não são tão essenciais a ponto de exigirem esses onerosos deslocamentos.*

*A comissão pode, por conseguinte, deprecia o cumprimento das seguintes diligências: audição de testemunhas, acareações, reconhecimento de pessoas ou coisas, reprodução simulada de fatos, colheita de material gráfico ou mecanográfico e outras mais.*

*Não obstante, recomenda-se que as comissões não abusem do recurso à carta precatória, posto que é discutível a validade plena dos atos processuais realizados fora do processo e por uma só pessoa. Processualmente, há muita diferença entre os atos de um colegiado e os que são realizados por uma só autoridade. Os primeiros são, obviamente, dotados de maior credibilidade jurídico-processual.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 228 e 229, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Como a Lei nº 8.112, de 11/12/90, é silente acerca do prazo a ser concedido à parte, recomenda-se a integração com a Lei nº 9.784, de 29/01/99, de onde se pode extrair duas referências: três dias úteis ou cinco dias corridos, optando-se pelo mais benéfico à parte. Informa-se, ainda, que se assim preferir, o acusado e/ou seu procurador pode(m) comparecer pessoalmente ao ato, às próprias custas, para formular suas perguntas à testemunha (cabe à parte tomar as providências que entenda mais convenientes para exercer o contraditório).

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.*

*Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior.*

*Parágrafo único. O prazo previsto neste artigo pode ser dilatado até o dobro, mediante comprovada justificação.*

Ato contínuo, a comissão deve remeter, por carta precatória, todas as perguntas, preferencialmente para aquela autoridade que, na localidade onde se encontra a testemunha, tem poder de instaurar instância disciplinar ou, secundariamente, para a autoridade titular de unidade fiscal da jurisdição, para que esta autoridade deprecada designe servidor ou comissão para a realização da oitiva por carta precatória. A intimação (em duas vias), dirigida à testemunha pelo servidor ou comissão designado(a) pela autoridade deprecada, deve conter a data, hora e localidade da oitiva, com prazo hábil de três dias úteis de antecedência, para ser ouvida (art. 41 da Lei nº 9.784, de 29/01/99).

*CPP - Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.*

*§ 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.*

*§ 2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será juntada aos autos.*

No ato, o servidor ou a comissão designado(a) deve seguir, no que couber, as técnicas e dinâmicas de uma oitiva convencional, registrando a presença do acusado ou de seu procurador (se for o caso) e fazendo oralmente as perguntas e reduzindo a termo as respostas. O servidor ou a comissão designado(a) não deve se limitar às perguntas previamente elaboradas, somente cabendo-lhe formular novas perguntas porventura apresentadas pela defesa, na hipótese de esta comparecer ao ato. Neste caso, não assiste ao servidor ou à comissão designado(a) analisar ou não pertinência das perguntas apresentadas pela defesa, restando este juízo posteriormente reservado para o colegiado responsável pelo processo. Por óbvio, no caso de a defesa optar em comparecer pessoalmente à oitiva, previamente, deve o presidente da comissão instruir o servidor ou a comissão designado(a) para manter a ordem no

recinto e impedir intimidação da testemunha e interferências nas respostas, por parte do acusado ou de seu procurador. Finalmente, após a realização do ato, a autoridade deprecada envia o termo para a comissão.

*“(...) muitos órgãos estão se socorrendo da figura do colaborador eventual, que não é servidor e que presta serviços para a Administração, geralmente como palestrante. Esta figura está sendo utilizada, por analogia, como fundamento para que a Administração pague diárias e passagens a não servidores para irem prestar depoimentos na sede da comissão.*

*Contudo, se não for possível pagar o deslocamento do depoente em hipótese alguma, só restará a utilização, por analogia com a figura prevista para o processo civil, de carta precatória.*

*(...) para dar maior transparência e oportunidade à defesa, a comissão de processo disciplinar deverá dar ciência a ele [acusado] da data e local onde ocorrerá a oitiva e se o acusado comparecer, poderá fazer perguntas, mas mesmo nesse caso, por falta de competência, o servidor/comissão que estiver cumprindo a carta precatória permanecerá impedido de formular perguntas suas ou alterar as que foram enviadas.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pgs. 112 e 113, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

#### 4.4.5 - Declarantes sem Compromisso de Verdade

O cônjuge, o filho, o irmão, o pai, a mãe e os parentes afins do acusado (os quais, pelo art. 206 do CPP, são desobrigados de depor), bem como seu amigo íntimo e seu inimigo notório ou alguém que seja interessado na causa (tais como agentes que respondam a inquérito policial, ação penal ou ação civil - de improbidade, por exemplo- pelo mesmo fato objeto do PAD, os quais, pelo art. 405 do CPC, são considerados suspeitos) não depõem como testemunha no processo administrativo disciplinar. Enquanto os primeiros não testemunham pela óbvia vinculação com o acusado, os que têm interesse no litígio não testemunham porque pode ocorrer de se verem obrigados, sob juramento de verdade, a se autoincriminar.

*CPP - Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.*

*CPC - Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.*

*§ 3º São suspeitos: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 01/10/73)*

*§ 3º São suspeitos:*

*I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo;*

*II - o que tiver interesse no litígio.*

*Art. 448. A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos:*

*I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau;*

*II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.*

Em 4.2.6 foram apresentadas as definições de graus de parentesco e a forma de contá-los, a cuja leitura se remete. A interpretação sistemática do ordenamento impõe que hoje se inclua o companheiro de união estável em textos normativos mais antigos, que mencionavam apenas o cônjuge, como neste caso do CPP.

Todavia, em harmonia ao que se aduziu em 4.4.2, uma vez que não se trata de pessoas legalmente impedidas e proibidas de depor em razão de ofício, de doentes mentais e de

menores de quatorze anos (arts. 207 e 208 do CPP), a desobrigação de deporem ou a suspeição não impedem que sejam ouvidos no processo se a comissão, em sua livre apreciação da prova, considera estritamente necessário o depoimento de alguma daquelas pessoas. Apenas, neste caso, não depõem como testemunhas, mas sim como declarantes, sem que deles se exija o compromisso de verdade.

*CPP - Art. 214. Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208.*

*(Nota: O art. 207 lista os proibidos de depor em função do ofício e o art. 208 exclui o compromisso de verdade para os parentes do acusado, doentes mentais e menores de quatorze anos.)*

*CPC - Art. 447.*

*§ 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.*

*§ 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.*

*“(...) seu depoimento será considerado como apenas de informante (...) quando houver relação de parentesco, consanguíneo ou afim, com o acusado, bem como sendo o depoente cônjuge ou companheiro do acusado, pois os parentes, servidores ou não, poderão apresentar sua versão do fato ou elementos de elucidação, os quais deverão ser tomados com as cautelas devidas. Seus depoimentos serão registrados como de informantes e não de testemunhas. Como informantes, tais pessoas estão isentas de assumir o compromisso de ‘dizer sempre a verdade, toda a verdade, do que souber e lhe for perguntado’.*

*A Comissão poderá ouvir as testemunhas impedidas ou suspeitas, somente se o seu depoimento for estritamente necessário. Dentre estas, as pessoas interessadas no resultado da averiguação em curso. Neste caso, o depoimento será tomado, como se disse, sem o compromisso, e a Comissão deverá atribuir-lhe o valor que possa merecer, conforme determina analogicamente o § 4º do art. 405 do Código de Processo Civil.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 141, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

No caso de declarante que já se sabe antecipadamente ter vínculo pessoal com o acusado, o chamado para prestar prova oral pode ser consubstanciado em intimação ou em excepcional solicitação de comparecimento, a critério da comissão, à vista das peculiaridades do caso específico, que podem indicar maior relevância e imprescindibilidade à prova oral, tendo registrado a motivação em ata de deliberação.

Mas pode ocorrer de a vinculação somente vir à tona no momento do depoimento, quando então a testemunha se declara desobrigada ou suspeita ou é contraditada pela defesa. Neste caso, deve a comissão, antes de prosseguir na realização do ato, registrar o incidente no próprio termo, alterando a qualificação do depoente de testemunha para declarante.

Feitas estas ressalvas, aproveitam-se as demais recomendações feitas acima para o depoimento de testemunha quanto à condução do ato em si e também, se for o caso, se aplicam as definições de colaborador eventual, videoconferência e carta precatória, conforme apresentadas em **4.4.4.6**, se necessárias, para se tomar a prova oral do declarante.

Ao final da instrução, a comissão valora livremente a prova para formar sua convicção, comparando e confrontando este ato descompromissado de verdade com o restante do conjunto probatório coletado.

*CPP - Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada*

*pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*

Também pode ocorrer de alguém, que não tenha sido convocado, apresentar-se diante da comissão, de forma espontânea e imprevista, para prestar declarações ou formular denúncias. Neste caso, será tomado seu depoimento, da forma descrita em **4.4.4** ou **4.4.5**, dependendo se há ou não vinculação pessoal com o acusado, mesmo sem ter havido intimação para o depoimento nem notificação para o acusado acompanhar, e fazendo constar no início do termo as circunstâncias do seu comparecimento espontâneo. Cabe à comissão, caso queira dar maior valor probante às declarações, agendar um segundo depoimento, com regular notificação ao acusado para lhe propiciar o exercício do contraditório.

#### **4.4.6 - Diligências**

Dentro da processualística administrativa disciplinar, o termo “diligências”, da forma como elencado na lista exemplificativa de atos de instrução previstos no art. 155 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, refere-se, de forma genérica e ampla, a qualquer deslocamento da comissão na busca da elucidação do fato, mediante verificações ou vistorias que podem ser realizadas pelos próprios integrantes da comissão, não requerendo a especialidade de um perito ou técnico. Tais deslocamentos da comissão, em geral, se dirigem ao local de ocorrência dos fatos, mas também podem, ocasionalmente, se dirigirem a outros locais que de alguma forma estejam associados ao objeto da apuração e visam a melhor verificar fatos, objetos ou circunstâncias ou para interpretá-los ou ainda para reconstituir determinadas situações. Enfim, incluem-se nesta espécie de elemento formador de convicção todos os atos por meio dos quais, formalmente e com o devido registro nos autos, a comissão sai de sua sala de instalação com o fim de angariar, no ambiente externo (seja em uma repartição do próprio órgão ou de outro órgão ou seja em ambiente público ou privado; seja no local de ocorrência do fato ou em qualquer outro lugar) qualquer tipo de informação concreta acerca do objeto da apuração.

Estas diligências, previstas no processo disciplinar pelo Estatuto sob enfoque *a priori* mais generalista (sem prejuízo de tipos mais específicos de diligências, com peculiaridades próprias, que adiante serão abordados), têm sua realização condicionada apenas à prévia e autônoma deliberação da comissão, dispensando intervenção de outras autoridades estranhas ao processo. Como atos de natureza contraditória, a sua correta e necessária formalização, além da já mencionada prévia ata de deliberação da comissão, exige a entrega de notificação (nas formas e meios permitidos em **4.3.11.3** e em **4.4.3**) ao acusado para que este, se quiser, acompanhe a realização, com três dias úteis de antecedência, conforme o art. 41 da Lei nº 9.784, de 29/01/99.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.*

*CPC - Art. 483. O juiz irá ao local onde se encontre a pessoa ou a coisa quando:*

*I - julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar;*

*II - a coisa não puder ser apresentada em juízo sem consideráveis despesas ou graves dificuldades;*

*III - determinar a reconstituição dos fatos.*

*Parágrafo único. As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa.*

*Art. 484. Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa.*

*Parágrafo único. O auto poderá ser instruído com desenho, gráfico ou*

*fotografia.*

Ainda sob indispensáveis aspectos formais, as diligências, em seu momento de realização, devem ser presenciadas por todos os integrantes da comissão e, por fim, devem ter o resultado registrado por meio de termo de diligência, no qual se descrevem os detalhes do ato instrucional, relatando-se tudo o que foi apurado, preferencialmente elaborado no próprio local, coletando-se assinatura de todos os presentes. Em respeito à garantia do direito ao contraditório, se a defesa se fizer presente à diligência, antes de seu encerramento, deve a comissão perguntar ao acusado ou a seu procurador se desejam mais alguma verificação física no local (obviamente, sujeita à imediata apreciação de pertinência por parte do colegiado) e se querem manifestar alguma informação a mais no termo, devendo constar do documento tais ofertas e as respectivas respostas, bem como, se for o caso, as razões do motivado indeferimento por parte do trio (não se afasta a prerrogativa estabelecida no § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de o presidente denegar pedidos impertinentes, protelatórios ou sem relação com o fato). Caso não seja possível esta pronta elaboração do termo (sobretudo em diligências realizadas fora de unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil), deve a comissão previamente preparar uma minuta do termo com cabeçalho introdutório padronizado e espaço em branco para registros manuscritos e assinaturas abaixo.

Pode acontecer, no curso da diligência, a mero título de exemplos não exaustivos, de a comissão ter de observar rotinas de funcionamento de uma unidade, divisão ou setor, ou ter de pesquisar arquivos de documentos, ou ainda reduzir a termo breves manifestações ou informações prestadas por servidores ou por outros agentes do local de ocorrência dos fatos. Assim, o termo de diligência deve relatar as observações da comissão, os documentos ou objetos porventura solicitados e/ou recebidos, as informações orais eventualmente coletadas e tudo o mais quanto for relevante para o esclarecimento do fato, podendo-se, inclusive, valer-se do auxílio de fotografias.

A diligência, inclusive, pode ser empregada como forma de sintetizar em único ato instrucional a necessidade de se trazer aos autos informações sobre rotina de funcionamento de determinado local de trabalho, que, de outra forma, para ser angariada, necessitaria de diversas oitivas de testemunhas.

*“(...) Normalmente, as [diligências] destinam-se a verificações simples, de coisas que podem ser constatadas por pessoas comuns. As perícias normalmente se referem a situações que apresentam alguma complexidade técnica.*

*A diligência destina-se à obtenção de alguma prova ou ao esclarecimento de dúvida existente a respeito de prova apresentada, podendo consistir tanto em uma solicitação escrita quanto em uma vistoria; uma ida ao local onde algo se encontra, para a constatação pessoal de aspectos físicos importantes para o processo administrativo em curso.*

*As partes interessadas, por força do contraditório, sempre deverão ter a faculdade de acompanhar as diligências pessoais e de exigir que no relatório da vistoria constem determinados detalhes que consideram importantes e que foram efetivamente constatados.” Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, “Processo Administrativo”, pg. 138, Malheiros Editores, 1ª edição, 2001*

Ressalve-se que, a despeito da praxe leiga costumar se referir como “sair em diligência” ou “diligenciar” para meros atos rotineiros de simples operacionalização dos trabalhos apuratórios (tais como ida a uma unidade ou a outro órgão apenas para entregar um memorando, ofício ou qualquer ato de comunicação ou para receber algum documento solicitado, bem como qualquer forma de simples coleta de documentos já existentes), tais iniciativas ou providências interlocutórias não se revestem da formalidade de serem considerados atos de instrução probatória requeredores de contraditório, não se configurando como diligências no sentido estrito de ato de coleta de prova, e, portanto, dispensam tanto a presença de todos os membros da comissão (podendo ser realizados até mesmo por um

servidor estranho à comissão, seja integrante do grupo de atividades administrativas dos Escor que porventura o possuam, seja ainda por qualquer servidor do Escor - nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros) quanto a notificação ao acusado.

Ainda no escopo mais generalista das diligências como ato de instrução em processo disciplinar, conforme já manifestado, pode se demonstrar necessário, por exemplo, que a comissão se desloque à unidade de ocorrência do fato, para levantar as condições e o ambiente de trabalho, o aspecto físico, localização, etc. Neste caso, por deferência à autoridade, além da notificação ao acusado, recomenda-se também prévia comunicação ao titular da unidade em que se dará a diligência e, conforme já aduzido em **4.4.1.4**, no caso de ARF, recomenda-se que esta comunicação seja dirigida ao Agente, não sendo necessário comunicar ao respectivo Delegado.

Seja de forma inesperada e somente detectada no momento da realização do ato, seja de forma prevista pela comissão já desde o momento em que cogita de sua realização, as diligências realizadas na repartição podem, independentemente de autorização judicial, acarretar na requisição ou na apreensão de documentos (tanto em meio concreto, como papel e suportes em geral, quanto em meio virtual, a exemplo de arquivos e mensagens eletrônicas), objetos e bens, atingindo todo mobiliário (mesas, gavetas, armários) e quaisquer ambientes de trabalho e todos os equipamentos (mais especificamente, microcomputadores, notebooks, telefones celulares e mídias eletrônicas de armazenamento de dados - CD, DVD, HD, cartão de memória, pendrive) de propriedade ou posse da Secretaria da Receita Federal do Brasil e confiados ao servidor e nos quais se encontrem informações que, motivadamente, possam interessar à elucidação dos fatos (com o que se afasta a injustificável e gratuita invasão à intimidade e à vida privada da pessoa).

Se a comissão, desde o momento em que cogita da realização da diligência, antevê a possibilidade de se proceder às mencionadas requisições ou apreensões, torna-se recomendável que, excepcionalmente, não delibere em ata e muito menos notifique a defesa a intenção de realizar este ato interno de busca e apreensão. Ao contrário do padrão da instrução probatória, deve a comissão apenas comunicar, previamente e de forma reservada, o titular da unidade onde se dará a diligência (exceto nos casos em que até esta comunicação superior possa frustrar o objetivo da medida), com solicitação para que este providencie apoio necessário de algum servidor que atue no macroprocesso de trabalho envolvido no ato, sobretudo de tecnologia da informação, se for o caso de se vislumbrar apreensão de equipamentos de informática. Obviamente, todo o preparo deste tipo de ação deve preservar-se no máximo de cautela e reserva, pois mínimo vazamento da intenção da comissão pode propiciar ao acusado a destruição de provas e frustrar por completo o resultado do ato.

*STJ, Mandado de Segurança nº 15.825: “Ementa: (...) 4. Análise em computador que compõe patrimônio público, determinada por servidor público responsável, não configura apreensão ilícita. Proteção, in casu, do interesse público e do zelo pela moralidade administrativa.”*

Não obstante a regra geral de as diligências em processo disciplinar serem ato de natureza contraditória e terem sua realização notificada ao acusado, nas estritas condições impostas pela Lei, em situação de risco iminente para a Administração, em que a diligência requer sigilo (por exemplo, quando a prévia comunicação do ato poderá frustrar seus objetivos, propiciando perda de prova relevante por destruição), há previsão legal para, excepcionalmente e sob devida motivação, adotarem-se medidas acautelatórias, procedendo-se à diligência sem prévia notificação à parte.

*Lei nº 9.784, de 29/01/97 - Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.*

*“Excepcionalmente, a Comissão poderá realizar diligências sem a prévia notificação do interessado, quando o sigilo for absolutamente necessário para garantir o êxito da empreitada, o que não ofende a garantia do contraditório, uma vez que o acusado terá acesso posteriormente àqueles elementos probatórios constantes dos autos do processo.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 190, 2013, disponível em [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual_PAD.pdf), acesso em 07/08/13*

*“A previsão da medida regrada no citado art. 45, da Lei n. 9.784/99, guardadas as peculiaridades devidas, encontra similar na providência ‘inaudita altera pars’, prevista no art. 797 do Código de Processo Civil.*

*De fato, surgem situações no processo administrativo disciplinar que reclamam providências céleres e acautelatórias, com vista a garantir a eficiência do trabalho investigatório, que busca a verdade real ou material, a par de ressalvar os direitos do servidor.” Sebastião José Lessa, “Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância”, pg. 223, Editora Brasília Jurídica, 4ª edição, 2006*

*“É permitido que a providência administrativa acauteladora seja tomada sem a prévia manifestação do interessado. O Código de Processo Civil (art. 797) também admite que o juiz adote medidas cautelares sem a audiência das partes, mas ressalva expressamente que tal sucederá ‘só em casos excepcionais’. A ressalva se nos afigura inteiramente aplicável no processo administrativo (...). (...) as providências preventivas tanto podem ser adotadas antes de ser instaurado o processo, como durante o seu curso. Naquele caso, tratar-se-á de providências cautelares prévias, enquanto neste o agente adotará providências cautelares incidentais.*

*Bem diversificadas podem ser as providências preventivas por parte da Administração. Dependendo da situação fática, pode ser determinada a retenção de bens ou documentos, interdição de local, (...)” José dos Santos Carvalho Filho, “Processo Administrativo Federal”, pgs. 210 e 211, Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2005*

Caso a necessidade deste tipo de requisições e apreensões somente se demonstre no momento da realização da diligência, deve, no ato, a comissão solicitar a presença de servidor da projeção responsável ou, se o fator surpresa impedir a satisfatória realização do ato até por parte da comissão, deve solicitar ao titular da unidade o imediato lacramento do ambiente ou do equipamento, para salvaguarda e posterior análise.

Tais atos diligenciais não encontram vedação constitucional, visto que a garantia fundamental da pessoa não protege documentos, manuscritos e dados eletrônicos em si, de interesse para o caso, que porventura ela tenha armazenados em ambiente ou em mobiliário ou em qualquer outro aparato da Administração, ainda que sejam o resultado ou o registro de suas correspondências ou comunicações com outrem. É de se destacar que todo ferramental operacional oficial deve ser utilizado exclusivamente para fins de trabalho e tal presunção ampara a assertiva que o uso de computador e de qualquer sistema informatizado ou mídia eletrônica da instituição não gera expectativa de privacidade. Daí se extrai que não há necessidade de prévia autorização judicial para que a Administração, por seus agentes legalmente constituídos, acesse computadores, sistemas informatizados e mídias eletrônicas oficiais, no que se incluem as válidas possibilidades de a comissão ou a autoridade instauradora solicitar à competente projeção de tecnologia da informação o monitoramento ou o espelhamento dos acessos e usos das máquinas e dos sistemas institucionais. Tampouco há amparo legal para que autoridade ou servidor, injustificadamente, se oponha à medida interna de busca e apreensão ou de qualquer forma de rastreamento, realizada dentro destes limites. Ressalve-se que apenas o ato de correspondência e comunicação telegráfica ou de dados ou telemática da pessoa ou a sua intimidade e a sua vida privada têm cláusula de inviolabilidade,

mas não a carta, o telegrama ou os dados telemáticos propriamente ditos, resultantes do ato comunicacional, conforme se abordará em **4.4.15.1**.

*“A Comissão tem o direito e, mais ainda, o dever de promover a requisição de coisas que sejam indispensáveis ao esclarecimento da questão. (...)*

*Já na apreensão, que exige uma ação pessoal de um dos membros da comissão, é uma atividade mais enérgica, que tem o mesmo sentido. Normalmente é usada quando há restrição da entrega da coisa pelo servidor ou pela autoridade da chefia local.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pgs. 135 e 136, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

*“(...) entende-se que se o correio eletrônico de onde se retirou a prova é institucional, por ser ele do serviço público e não privativo do servidor, a prova poderá ser utilizada.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pgs. 114 e 115, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Na esteira, transbordando até do conceito de diligências, seja em momento antecedente à instauração (em fase de admissibilidade), seja já no curso do inquérito administrativo, é regular que a Administração prepare a obtenção de provas, preservando o sigilo que a operação pode requerer na espécie, restando incabível a declaração de nulidade com base em alegação de flagrante preparado e de que se afrontaria a Súmula nº 145 do Supremo Tribunal Federal, visto esta somente ser aplicável à instância penal.

*STF, Mandado de Segurança nº 22.373: “Ementa: O Plenário desta Corte, quando do julgamento do MS 23.442, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 17.02.2002, entendeu que a alegação de flagrante preparado é própria da ação penal e que não tem pertinência na instância administrativa.”*

*(Nota: A menção correta é Mandado de Segurança nº 23.242 e não nº 23.442)  
Idem: STF, Mandados de Segurança nº 23.242 e 23.401*

Em todos estes casos excepcionais, seja quando a comissão não antevia a possibilidade de se deparar com objetos que poderiam ser alvo de requisição ou de apreensão e, desta feita, notificou o acusado previamente à realização do ato e este se fez presente (o que não lhe dá o condão de impedir a busca ou a apreensão interna), seja quando o colegiado, à luz da excepcionalidade do art. 45 da Lei nº 9.784, de 29/01/99, já não o notificou e este não compareceu ou mesmo se este presenciou o ato do qual somente teve conhecimento já no momento de sua feitura, deve a comissão elaborar substanciados termo de diligência, em que deve ser detalhado todo o ato, e termo de apreensão, como parte integrante e inseparável do primeiro, listando todos os objetos apreendidos e lacrados (bens, documentos físicos impressos ou eletrônicos em todo tipo de mídia de armazenamento de dados), coletando em ambos as assinaturas do servidor porventura designado para acompanhar o feito, do acusado e de seu chefe imediato, se presentes. Após isto, caso a defesa não tenha acompanhado o ato, deve a comissão notificá-la da autuação deste termo de diligência e do associado termo de apreensão, a fim de que possa ser garantido o exercício do contraditório.

O material apreendido deve receber imediata destinação: documentos e mídias podem ser autuados, enquanto equipamentos e bens podem ser submetidos a perícia, assessoria técnica ou assistência técnica.

Não obstante o acima exposto, nada impede que, atentando para o fato de que se trata de tema sujeito à discussão, à vista das peculiaridades de determinado caso concreto que se tome como excepcionalmente mais sensível, pode a comissão ou a autoridade instauradora, conservadoramente, adotar postura cautelosa de condicionar o acesso a computadores, sistemas ou mídias internas à prévia autorização judicial e, desta forma, diligenciar em tal sentido junto à Advocacia-Geral da União.

Guardam ainda maior excepcionalidade e peculiaridades em relação àquelas diligências de regra geral previstas no art. 155 da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (cuja realização depende apenas de decisões e providências ao alcance da própria comissão) as diligências à

residência do servidor, uma vez que estas encontram delimitação constitucional, requerendo determinação judicial. Neste caso, é possível que a comissão solicite à Advocacia-Geral da União, a fim de que esta peticione ao juízo competente a busca e apreensão, a qual, uma vez autorizada, é realizada pelos órgãos judiciários competentes (oficiais de justiça e Departamento de Polícia Federal, em extensão ao comando do art. 144, § 1º, I e IV da CF, que atribuiu competência exclusiva para atuar como polícia judiciária da União). Destaque-se que, ainda que com tal determinação judicial para o ingresso na residência, não se perde de vista que as buscas e apreensões realizadas para fim de instrução de processo administrativo disciplinar que transbordem os limites acima já explicados (documentos, manuscritos, dados eletrônicos e objetos de correspondências ou comunicações), ou seja, que invadam a intimidade e a vida privada, configuram-se provas ilícitas, nos termos descritos em **4.4.14**.

*CF - Art. 5º*

*X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*

*XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;*

*XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;*

*“E se (...) houver a notícia de que a coisa buscada se encontra na residência ou domicílio de servidor ou de terceiro, pode a Comissão promover sua busca e apreensão?”*

*A resposta é, em princípio, pela negativa. Poderá haver o pedido e se houver o consentimento do morador e a entrega pacífica da coisa, a questão está resolvida. No entanto, em havendo recusa, não tem a Comissão competência para promover esta diligência. Somente a autoridade judiciária é que poderá determinar esta providência. Mas, dependendo da relevância, pode a autoridade administrativa instauradora pedir esta providência ao Juiz competente.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 136, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

*“Releva dizer que a noção constitucional de ‘casa’ é bastante ampla, lembrando a doutrina que ‘abarca, por exemplo, o escritório do advogado, o consultório do médico, uma pousada ocupada em período de férias, um hotel, um motel, uma casa de veraneio alugada por período indeterminado, etc.*

*(...) inexistente previsão legal que autorize a busca e apreensão no leito do processo administrativo disciplinar. (...)*

*Por outro lado - e em sede de prova emprestada - nada impede a comissão de inquérito de solicitar ao magistrado responsável pelo processo judicial que apure mesmo fato, cópia autêntica do material apreendido na busca judicial.” Sebastião José Lessa, “Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância”, pg. 225, Editora Brasília Jurídica, 4ª edição, 2006*

#### **4.4.6.1 - Diligências de Natureza Fiscal no Curso do Processo Disciplinar**

E, ainda avançando na lista das diligências menos frequentes, com características e naturezas distintas das diligências previstas de forma geral no Estatuto e com formalizações de realização que ultrapassam os limites de competência da comissão, mencione-se que, no curso de um processo administrativo disciplinar, pode também ser necessário fazer uma diligência no estabelecimento de um determinado contribuinte (pessoa física ou pessoa jurídica) que, estando de alguma forma relacionado com o fato em apuração, se vislumbre relevante para as apurações. Caso com esta diligência se intencione realizar atos típicos de

fiscalização (acessar escrituração contábil ou documentos fiscais de uma empresa, apenas para mencionar um exemplo mais comum), para sua concretização, não bastam as providências de praxe, ao alcance da própria comissão, para realização de diligências *lato sensu*, quais sejam, deliberação interna, notificação à defesa e realização em si do ato. Neste caso muito específico, deve a comissão solicitar à autoridade instauradora a emissão de Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal de Diligência (TDPF-D), de que trata a Portaria RFB nº 1.687, de 17/09/14, em consonância com competências dispostas no Regimento Interno, para o Corregedor e para os Chefes de Escor. A competência para autorizar diligência fiscal e para emitir o respectivo Termo, em instância correcional, cabe ao Corregedor e aos Chefes de Escor ou Nucor, conforme a previsão do art. 2º da Portaria Coger nº 73, de 02/12/14 (ressalve-se que houve mudança do nome, de Mandado de Procedimento Fiscal - MPF para o atual Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal - TDPF).

*Regimento Interno da RFB - Art. 285. Ao Corregedor incumbe: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

*V - determinar diligências, inclusive fiscais, requisitar informações, processos e quaisquer documentos necessários à atividade correcional, bem assim determinar a realização de ação fiscal ou propor sua revisão, sempre que o exame de denúncias, representações, processos disciplinares ou outros expedientes relacionados com a disciplina funcional assim recomendar; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 11 de dezembro de 2014)*

*Art. 287. Ao Chefe de Escor incumbe, no âmbito de sua competência:*

*V - determinar diligências, inclusive fiscais, requisitar informações, processos e quaisquer documentos necessários à atividade correcional, bem assim propor a realização de ação fiscal ou propor sua revisão, sempre que o exame de denúncias, representações, processos disciplinares ou outros expedientes relacionados com a disciplina funcional assim recomendar; e*

*Portaria RFB nº 1.687, de 17/09/14 - Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos a tributos e ao controle aduaneiro do comércio exterior administrados pela RFB serão instaurados e executados pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, na forma do art. 7º do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, observada a emissão de:*

*I - Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal de Fiscalização (TDPF-F), para instauração de procedimento de fiscalização;*

*II - Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal de Diligência (TDPF-D), para realização de diligência; e*

*III - Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal Especial (TDPF-E), para prevenção de risco de subtração de prova.*

*Art. 3º Para os fins desta Portaria, entende-se por procedimento fiscal:*

*I - de fiscalização: ações que tenham por objeto a verificação quanto ao correto cumprimento das obrigações tributárias por parte do sujeito passivo, relativas aos tributos administrados pela RFB, bem como sobre a aplicação da legislação do comércio exterior, podendo resultar em constituição de crédito tributário, redução de prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), glosa de crédito em análise de restituição, ressarcimento, reembolso ou compensação, apreensão de mercadorias, representações fiscais, aplicação de sanções administrativas ou exigências de direitos comerciais;*

*II - de diligência: ações que tenham por objeto a coleta de informações ou outros elementos de interesse da administração tributária, inclusive para atender exigência de instrução processual.*

*Parágrafo único. O procedimento fiscal poderá implicar a lavratura de auto de infração, notificação de lançamento, despacho decisório de indeferimento de crédito ou não homologação de compensação ou a apreensão de documentos, materiais, livros e assemelhados, inclusive em meio digital.*

*Art. 5º O Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal - TDPF conterá:*

*I - a numeração de identificação e controle;*

*II - os dados identificadores do sujeito passivo;*

*III - a natureza do procedimento fiscal a ser executado (fiscalização ou diligência);*

*IV - o prazo para a realização do procedimento fiscal;*

*V - o nome e a matrícula do(s) Auditor(es)-Fiscal(ais) da Receita Federal do Brasil responsável(is) pelo procedimento fiscal;*

*VI - o número do telefone e endereço funcional para contato; e*

*VII - o nome e a matrícula do responsável pela expedição do TDPF.*

*§ 4º No procedimento fiscal de diligência, o TDPF indicará, ainda, a descrição sumária das verificações a serem realizadas.*

*Art. 7º O TDPF será expedido, respeitadas as respectivas atribuições regimentais, pelo:*

*VI - Corregedor-Geral;*

*§ 2º Na hipótese dos incisos VI, VII, VIII e X, somente poderá ser expedido o TDPF-D.*

*§ 3º Poderá ser delegada a competência para expedição e alteração do TDPF nas seguintes hipóteses:*

*III - do Corregedor-Geral para Chefe de Escritório e Núcleo da Corregedoria;*

*Art. 11. Os procedimentos fiscais deverão ser executados nos seguintes prazos de duração:*

*I - cento e vinte dias, no caso de procedimento de fiscalização;*

*II - sessenta dias, no caso de procedimento fiscal de diligência.*

*Portaria Coger nº 73, de 2014. Art. 2º Consideram-se procedimentos fiscais as diligências e perícias realizadas no domicílio dos contribuintes pelos servidores da Corregedoria e de seus Escritórios e Núcleo, ou por equipe designada pelos chefes dessas unidades.*

*Parágrafo único. Os procedimentos fiscais de que trata este artigo deverão ser previamente autorizados pelo Corregedor ou pelo respectivo Chefe de Escor ou Nucor, emitindo-se o Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF).*

Estas diligências no estabelecimento do contribuinte, embora normalmente sejam realizadas por um AFRFB integrante do sistema correcional e ocorram no âmbito e no interesse de um processo administrativo disciplinar, não perdem sua natureza e sua qualidade de um ato de instância fiscal e, em termos formais, é sob esta ótica que devem ser realizadas. Em outras palavras, ainda que o ato se destine a suprir matéria correcional, ele se reveste de todos os poderes e, conseqüentemente, exige as mesmas formalidades de uma ação fiscal *lato sensu*. Daí porque, se mesmo nesta instância, um servidor da Secretaria da Receita Federal do Brasil somente tem poderes para entrar no domicílio de um contribuinte e para intimá-lo a apresentar documentos se estiver portanto o competente TDPF, também para fins correccionais se exigirá o TDPF (como, no caso, somente se busca a realização de uma diligência, empregar-se a modalidade Diligência, TDPF-D, e não a modalidade Fiscalização, TDPF-F).

Se são mantidas para a diligência fiscal, realizada no âmbito do processo administrativo disciplinar, as mesmas prerrogativas e formalidades inerentes às atividades e aos procedimentos fiscais em geral, tem-se, por exemplo, que o executor da diligência amparada em regular TDPF-D tem competência para reter documentação do contribuinte, nos moldes previstos na legislação fiscal (Regulamento do Imposto sobre a Renda, Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados e Regulamento Aduaneiro, etc).

Se é assim, se esta diligência, embora realizada para fins correccionais, tem preservadas sua natureza e suas características próprias de ato inquisitorial de instância fiscal, ela não guarda absolutas conformação e similitude com o sentido mais abrangente do termo diligência e menos ainda se confunde com os conceitos de perícia ou assistência técnica, na forma contraditória como estes três institutos são empregados na instrução da processualística disciplinar e mencionados no art. 155 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Se, mesmo em instância fiscal, já se tem como acontecimento atípico e como uma inegável quebra do equilíbrio e da normalidade interna e que, de certa forma, se contrapõe à

esfera de direitos do contribuinte, o fato de um agente do Fisco adentrar seu estabelecimento e verificar sua escrituração contábil e seu acervo documental, ainda que sob todas as cautelas e formalidades exigidas no ordenamento e sob a devida motivação da tutela pública fiscal, mais invasiva é a diligência no domicílio privado por motivação correcional e ainda mais afrontaria aos direitos de intimidade e de privacidade do particular a presença do acusado naquele ato em que podem ser expostos dados protegidos por sigilo.

Por isto que tal diligência fiscal para fim correcional, embora inequívoca a base legal a ampará-la (arts. 285, V e 287, V do Regimento Interno; art. 7º, VII e § 3º, III da Portaria RFB nº 1.687, de 17/09/14; e art. 2º da Portaria Coger nº 73, de 02/12/14), deve ser compreendida como ato instrucional excepcional, a ser realizado apenas quando absolutamente essencial e indispensável para a apuração dos fatos constantes do processo administrativo disciplinar. Desta feita, por óbvio, se à vista das peculiaridades do caso concreto, a comissão compreender que os documentos de natureza fiscal de posse do contribuinte - e que se demonstram necessários ao processo mas de que a Administração não dispõe - podem ser confiavelmente obtidos mediante simples intimação do presidente do colegiado ao particular, a questão se resolve com mera ata de deliberação para oficial o terceiro, dispensando-se a incomum diligência de natureza fiscal. Todavia, se a comissão, de acordo com sua própria e autônoma leitura dos autos e dos fatos, entende que os necessários documentos de natureza fiscal em poder exclusivo do contribuinte podem não ser por este confiavelmente fornecidos mediante simples intimação e considere que se justifique a ida pessoal do agente do Fisco ao estabelecimento privado (com o que se conta com inegável efeito positivo da surpresa, da imprevisibilidade e da espontaneidade), outra opção não restará a não ser lançar mão do residual porém lícito instrumento da diligência fiscal.

Acrescente-se ainda que esta diligência fiscal nas dependências do particular, por si só, apenas visa a trazer aos autos do processo administrativo disciplinar dados e provas documentais porventura encontrados no estabelecimento, extraídos da escrituração contábil ou do demais acervo documental em poder do contribuinte, e que se revelem de interesse, não tendo, portanto, o condão de emitir, já naquele momento em si de sua realização, nenhum elemento de natureza subjetiva, que reflita interpretações ou opiniões de caráter pessoal ou tendenciosidades por parte de quem a executa e, conseqüentemente, que possa por tais impressões se contaminar. Neste aspecto, reside relevante diferenciação em comparação com a diligência em sentido lato mencionada no art. 155 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de natureza contraditória, visto que, naquele ato comum, pode a comissão adotar, à vista de suas próprias interpretação e leitura daquilo que ela mesma observa e das provas que ela mesma dinamicamente coleta e sob oferta de contraditório, determinado entendimento ou convicção favorável ou contrária à parte e assim consignar no termo de diligência. Na mesma linha, afasta-se a alegação de que a diligência fiscal realizada no âmbito do processo disciplinar poderia se configurar em uma espécie de perícia ou de assistência técnica (conforme se definirão em **4.4.9** e **4.4.10**), visto não agregar aos autos nenhuma avaliação subjetiva ou juízo de valor, conforme faz diretamente o próprio perito, por meio de seu laudo, ou indiretamente o assistente técnico, fornecendo subsídios à comissão.

Ao contrário, nesta diligência fiscal, o executante tão somente recolhe frios e estáticos documentos de interesse da apuração e os descreve de forma sucinta no próprio termo de diligência ou em termo de apreensão anexado ao termo de diligência. Da mesma forma como se defenderá adiante (em **4.4.8**, para a apuração especial), no caso da diligência fiscal, os juízos de valor se sedimentarão *a priori* (no momento em que a comissão delibera solicitar sua realização, sendo certo que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não prevê participação do acusado nas deliberações) e *a posteriori* (quando o acusado for chamado a contestar, se quiser, a prova documental juntada e quando a comissão livremente a valorar, na deliberação de indiciar ou não, com o contraditório novamente sendo exercido na defesa escrita, se for o caso).

Desta forma, não há que se alegar desequilíbrio de condições de atuar. Tanto a

comissão quanto o acusado receberão, de um agente externo ao processo e detentor de presunção de impessoalidade, legitimidade e de boa-fé, dados e documentos frios e inertes, desprovidos, para ambos os lados, da dinâmica exclusiva do ato de coleta de provas. Não tendo nem um e nem outro participado da coleta dos dados e dos documentos, para ambos, estes elementos se reduzirão a provas documentais, carecedoras de leitura e de interpretação, para em momento posterior à sua coleta e à sua juntada, deles extraírem as suas próprias convicções e as contestações às convicções opostas, em igualdade de condições e sob estrito respeito ao contraditório e à isonomia.

Com isto, pode-se afirmar que a coleta em si dos documentos, realizada por intermédio da diligência ao amparo do TDPF-D, não labora convencimento sujeito ao contraditório; o convencimento, cuja legitimidade para influir na convicção final reside na oferta ao contraditório, será, sim, posteriormente construído pela comissão, quando esta analisar os documentos em sua sala de instalação e se submeterá à livre contestação por parte do acusado, quando este tiver ciência da juntada ou vista e cópia dos autos. Daí porque não há que se cogitar de formação de juízo de valor no momento da feitura da prova, ou seja, no momento em que o executante do TDPF-D coleta os dados solicitados junto ao contribuinte. Portanto, não há que se requerer contraditório para o ato físico em si da coleta, podendo se afastar da realização da diligência fiscal a presença do acusado ao lado do agente estatal que a realiza.

Então, como primeiro reflexo na contraposição com a diligência contraditória do rito disciplinar, elencada como ato de instrução no art. 155 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, por um lado, tem-se que, no específico procedimento que envolve o Fisco e o contribuinte - à margem portanto do Estatuto e através do qual, por exemplo, se pode acessar toda a escrituração fiscal de uma empresa, com seus dados sigilosos -, o acusado e o seu procurador não devem ser notificados para acompanhar a diligência, uma vez que são estranhos à atividade fiscal.

Ademais, sendo a diligência fiscal uma forma objetiva de se coletar uma prova, mantendo sua natureza inquisitória (a despeito de a terminologia induzir associação à diligência contraditória de que trata o art. 155 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e nem mesmo se valendo de técnicos ou peritos a que alude o mesmo dispositivo legal), além de não ter de se dar prévia notificação de sua realização ao acusado, tampouco se deve a ele se estender direito de quesitar. Até porque qualquer quesito que o acusado pudesse acrescentar ao pedido de diligência fiscal seria, na verdade, um dado adicional que poderia ser extraído do contribuinte - ao mesmo tempo, de extração independente dos dados originalmente solicitados e não atuando na leitura que deles se obtém - e que deveria ser considerado um outro pedido de prova, dissociado do primeiro, passível de ser provocado pelo acusado em qualquer momento no curso do processo, e de realização sob jugo da comissão.

Tão somente na hipótese excepcional de se vislumbrar, na solicitação da diligência fiscal, a necessidade de o executante do TDPF-D proceder a algum tipo de avaliação subjetiva ou juízo de valor sobre os dados coletados (ou seja, ir além da simples coleta de dados), em respeito à garantia do contraditório, é que se deve oportunizar quesitação ao acusado. Na mesma linha, na hipótese de, em função de nenhum de seus integrantes ser especialista no tema fiscal, a comissão vir a solicitar uma assistência técnica sobre os dados fiscais coletados pelo executor do TDPF-D, com o fim de que o assistente técnico, com seus conhecimentos específicos, lhe forneça subsídios para que possa formar seu próprio juízo de valor acerca daqueles dados, também deve ser oportunizada quesitação ao acusado.

Assim, se, por um lado, não se concede à defesa notificações para acompanhar e, em geral, sequer para quesitar esta atípica e peculiar peça instrucional, por outro lado, para se suprir o ato com necessária imparcialidade e respeitando-se o inafastável equilíbrio de forças processuais na instância disciplinar, também recomenda-se que a diligência fiscal não deva ser realizada por integrantes da comissão solicitante.

Uma vez identificado pela comissão que se faz necessária a realização desta prova

específica de diligência fiscal no estabelecimento de contribuinte, deve o colegiado registrar a deliberação em ata, na qual também deve consignar a decisão de encaminhar detalhado memorando à autoridade instauradora (o Chefe de Escor, em geral), solicitando emissão de TDPF-D e discriminando de forma mais minuciosa e pormenorizada possível os documentos e informações fiscais de que necessita. De se destacar que, como a comissão, por nenhum de seus integrantes, se fará presente na diligência fiscal, o sucesso da obtenção dos dados e documentos que o próprio colegiado entende como relevantes para o deslinde do processo depende intrinsecamente da qualidade com que ela mesma expõe sua necessidade no tal memorando e também da percepção da autoridade instauradora acerca do perfil necessário de quem vai incumbir da execução do TDPF-D. Para executar o TDPF-D, em geral, o Chefe do Escor designa algum AFRFB daquele mesmo Escor (caso o domicílio fiscal do particular se insira em sua jurisdição regional, ou solicita a emissão, via Corregedor, ao Chefe de outro Escor, caso o domicílio fiscal esteja fora de sua jurisdição).

Por sua vez, o Chefe do Escor, ao emitir o TDPF-D, diferentemente do memorando minucioso e detalhado recebido da comissão, pode descrever o escopo dos trabalhos de forma sucinta e abrangente (por exemplo, registrando apenas “levantamento de dados necessários para realização de trabalhos de apuração correcional”), para evitar o risco de delimitar negativamente o raio de ação do AFRFB executante, que conta com a pormenorizada descrição da demanda por cópia do aludido memorando.

Portanto, resumindo o acima exposto, em tais casos, recomenda-se que a autoridade instauradora designe AFRFB estranho à comissão (que, em geral, até pode ser lotado no próprio Escor) e que este, sem prévio comunicado ao acusado e sem oferta de quesitos, inquisitorialmente, tão somente colete os documentos e dados solicitados pelo colegiado, sem emissão de nenhum juízo de valor ou apreciação subjetiva, resumindo o feito em termo de diligência, podendo ter como anexo termo de apreensão para descrever documentação porventura apreendida. De posse do material fornecido pelo executor do TDPF-D, cabe ao Chefe de Escor encaminhar à comissão, para juntada aos autos do processo administrativo disciplinar. Ato contínuo, deve a comissão notificar o acusado desta juntada, a fim de que este possa exercer seu direito ao contraditório.

Embora seja um instrumento específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil, os integrantes de comissão neste sistema correcional devem ter clara distinção das situações comuns propiciadoras de diligência abarcadas no sentido lato do art. 155 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de concretização totalmente inserida no rol de competência do próprio colegiado (mediante mera deliberação em ata, notificação ao acusado para acompanhar e realização do ato em si) das situações excepcionais requeredoras desta específica diligência de natureza fiscal, de formalização mais rigorosa e com providências que extrapolam as competências do colegiado (mediante deliberação em ata, provocação à autoridade instauradora e emissão, por parte desta, de TDPF-D em nome de AFRFB estranho ao colegiado).

De imediato, se afirma o quase óbvio que a comissão não deve solicitar emissão de TDPF-D para qualquer ato diligencial a ser realizado em unidades da própria Secretaria da Receita Federal do Brasil ou mesmo em quaisquer outros órgãos da Administração. Também, conforme já afirmado anteriormente, não há que se cogitar de emissão de TDPF-D com o mero efeito de dar suposto e desnecessário amparo para atos de intimação a particulares ou para ofícios destinados a órgãos, entidades ou instituições, requerendo ou solicitando fornecimento de dados ou de documentos.

Assim, *a priori*, podem ser satisfeitas com meros ofícios as necessidades, por parte da comissão, de obter inúmeros tipos de documentos (tais como certidões, registros de imóveis, contratos sociais, documentos comerciais de área aduaneira) em poder dos mais diversos órgãos, empresas públicas ou até mesmo pessoas físicas, como ofícios de notas, ofícios de registro de imóveis, juntas comerciais, intervenientes em comércio exterior, leiloeiros, etc. Caso, excepcionalmente, em situações como estas, a troca de ofícios não se demonstre

suficiente para atender à demanda da comissão, esta pode se dirigir fisicamente ao órgão, entidade ou instituição, mediante simples diligência de sentido geral do art. 155 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não se exigindo TDPF-D para tal.

*Portaria Coger nº 73, de 2014 - Art. 3º É dispensável a emissão de TDPF nos casos de solicitações ou intimações a contribuintes que sejam encaminhadas por meio de ofício.*

*Parágrafo único. O ofício a que se refere o caput deverá indicar o nome da autoridade solicitante, bem como o endereço completo, telefone de contato e horário para comparecimento ou entrega dos documentos requisitados.*

*Art. 4º Não se exige TDPF para realização de diligências em órgãos públicos da administração direta, autárquica e fundacional.*

Em síntese, conforme já afirmado acima, nas hipóteses de uma comissão necessitar verificar *in loco* determinada rotina operacional de, por exemplo, uma unidade aduaneira ou de uma unidade de atendimento a público, em busca de informação inerentemente associada a aspectos dinâmicos e espontâneos do funcionamento, que se entende não captáveis por meio de informações prestadas por escrito ou mesmo por provas orais, cabe a ela mesma realizar diligência nos termos genéricos mencionados no art. 155 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de providências totalmente a seu alcance, com notificação à defesa e dispensando-se emissão de TDPF-D. Por meio desta diligência, a própria comissão verifica, atesta e coleta suas próprias impressões acerca da operacionalidade da unidade visitada, sob ponderação das contestações da defesa, se for o caso, e registra o resultado em termo.

Por outro lado, prosseguindo neste exemplo hipotético meramente ilustrativo, se aquela mesma comissão deliberar ser necessária a verificação, no estabelecimento da empresa, de documentação fiscal ou de escrituração contábil, cabe-lhe solicitar à autoridade instauradora a emissão de TDPF-D, em nome de AFRFB estranho ao colegiado, sem notificação à defesa e detalhando minuciosamente as informações de que precisa, com posterior juntada aos autos do material fornecido pelo executante do Mandado e sua submissão ao contraditório.

Ainda em mera exemplificação hipotética, se a comissão, em lugar de se fazer presente nas dependências do contribuinte, necessitar tão somente de confirmar a existência do estabelecimento privado em determinado endereço, basta-lhe realizar a diligência de sentido lato, com notificação à defesa e sem emissão de TDPF-D. Embora esta prova se relacione de alguma forma com o estabelecimento privado, uma vez que não se farão necessárias a entrada do integrante da comissão nas dependências do contribuinte e muito menos a vista ou a análise de documentos ou de escrituração, o ato se resume a uma diligência comum, realizada pela própria comissão por fora das dependências privadas, no ambiente público do logradouro, podendo ter a presença e a participação contraditória do acusado e encerrando-se com o registro em termo daquilo que foi observado *in loco*.

Encerrando a diferenciação hipotética de exemplos, se aquela mesma comissão, em lugar de simplesmente ter de verificar a existência do estabelecimento privado em determinado endereço, necessitar esclarecer se o acusado mantém ou não qualquer tipo de relacionamento com a empresa, de forma a se demonstrar relevante simplesmente comprovar que o acusado não só sabe da existência daquelas dependências e como também as frequenta, deve ela mesma novamente proceder a uma diligência em sentido lato, sem necessidade de emissão de TDPF-D. Em relação à hipótese anterior, a diferença deste exemplo (em que basta à comissão se postar, de forma reservada, em local fora do estabelecimento, apenas para comprovar a espontânea entrada do acusado, sem também necessitar entrar) é que, em tal caso específico, talvez se justifique o emprego da prerrogativa concedida pelo art. 45 da Lei nº 9.784, de 29/01/99, que se traduz em a própria comissão realizar a diligência excepcionalmente sem notificar a defesa, visto que, por óbvio, o objeto do ato se perderia com a prévia comunicação e, ao final, redigir o respectivo termo e posteriormente conceder vista ao acusado, como forma de garantir-lhe o contraditório.

Finalizando o tema do emprego da diligência de natureza fiscal em instância correcional, acrescente-se que, tendo em vista a natureza inquisitorial deste ato, nada impede a edição e o efetivo emprego do TDPF-D em fase de admissibilidade, conforme já comentado em 2.5.3.3.1 (a validade de um TDPF-D em instância correcional não tem como pré-requisito a instauração do processo disciplinar).

#### 4.4.6.2 - Reprodução Simulada

Uma outra forma válida de se buscar o esclarecimento do fato é a reprodução simulada da situação objeto da apuração ou da rotina da unidade ou de uma atividade, preferencialmente no local da ocorrência, devidamente notificada ao acusado (nas formas e meios permitidos em 4.3.11.3 e em 4.4.3), com a participação de servidores que atuam na área ou na atividade em questão, adaptando o dispositivo do art. 483, III do CPC (já reproduzido linhas acima, em 4.4.6). Sendo o processo disciplinar, em regra, muito dependente de provas orais - que, por sua natureza, podem refletir personalidades, avaliações subjetivas, etc - tem-se, em determinados casos, que a reprodução simulada pode servir como forma válida e eficiente de ratificação ou de desmentido daquilo que foi dito. Não é raro ocorrer, em determinado processo, de uma prova requerer a feitura de outra como forma de sua validação. Assim, não só para provas orais, mas para qualquer outro tipo de elemento formador de convicção, pode-se lograr a confirmação ou não da possibilidade material daquilo que a prova informa.

*“Essa providência [reprodução simulada], entre outras razões de convencimento, tem por escopo verificar a possibilidade de haver o delito disciplinar sido praticado do modo que as testemunhas, os acusadores ou vítimas afirmam perante as comissões disciplinares. Poderá ainda tal diligência se prestar para testar a verossimilhança da própria confissão dos acusados, quando se desconfie que, para exculpar outras pessoas influentes, pretendam falsos confitentes assumir a responsabilidade pelas irregularidades funcionais em apuração.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 111, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“Então, o expediente da reprodução simulada é importante para confirmar a possibilidade material daquilo que está sendo afirmado. (...) As declarações devem ser confrontadas com os outros elementos dos autos e, sempre que a dúvida repousar sobre a possibilidade material do que foi dito, deve ser promovida a reprodução simulada (...).” Léo da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, pg. 210, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

*“Em certas situações, pode ser conveniente, desde que não ofenda a moral e aos bons costumes, reproduzir de forma simulada os fatos pertinentes à prática da infração disciplinar, a fim de verificar, por exemplo, a verossimilhança da versão apresentada pela defesa.” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pg. 547, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

De forma análoga ao que dispôs para a diligência, em respeito à garantia do direito ao contraditório, se a defesa se fizer presente à reprodução simulada, antes de seu encerramento, deve a comissão perguntar ao acusado ou a seu procurador se desejam mais alguma simulação (obviamente, sujeita à imediata apreciação de pertinência por parte do colegiado) e se querem manifestar alguma informação a mais no termo, devendo constar do documento tais ofertas e as respectivas respostas, bem como, se for o caso, as razões do motivado indeferimento por parte do trio (não se afasta a prerrogativa estabelecida no § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de o presidente denegar pedidos impertinentes, protelatórios ou sem relação com o fato).

#### 4.4.7 - Pesquisas da Própria Comissão em Sistemas Informatizados

Na busca da elucidação do fato, é comum a comissão necessitar realizar pesquisas em sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Em regra, a pesquisa realizada pela própria comissão pode ser objeto de deliberação motivada em ata, mas não é ato que requeira prévia notificação de sua realização ao acusado, visto que não há o que contraditar no momento da produção da prova.

Não se trata de ato em que a comissão vai laborar na formação da prova em si; ao contrário, a prova já é pré-constituída, encontrando-se disponível em sistema informatizado e, no ato de instrução, a comissão tão somente vai acessar aquela prova já produzida e trazê-la aos autos.

Caso a pesquisa alcance resultado relevante, a comissão deve juntar aos autos os extratos impressos, de forma que a garantia constitucional do contraditório fique preservada com a entrega de cópia junto à citação para apresentar defesa escrita (se for o caso), conforme já abordado em **4.3.12.2**.

Nos termos das normatizações infralegal e interna, consubstanciadas no art. 17 da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, não só os servidores lotados na Coger ou em Escor, mas também aqueles designados para integrar comissões ou equipes de investigação podem solicitar ao Corregedor autorização para acesso a sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil, em modalidade consulta. E a mesma competência para conceder acesso a sistemas foi delegada pelo Corregedor aos Chefes de Escor e do Nucor, por meio da Portaria Coger nº 4, de 16/01/14.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 17. O Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda e o Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil poderão autorizar o acesso aos sistemas informatizados dos órgãos do Ministério da Fazenda abrangidos nas respectivas esferas de competência, nos perfis necessários ao desenvolvimento das atividades correcionais, por parte dos servidores subordinados e dos integrantes de comissão ou equipe por eles designada, bem como os seus próprios.*

*Parágrafo único. O acesso autorizado nos termos do caput será implementado independentemente de estar previsto em portaria de perfil específica.*

*Portaria Coger nº 4, de 2014 - Art. 1º Delegar aos Chefes de Escritório e de Núcleo da Corregedoria a competência para autorizar o acesso aos sistemas informatizados, nos perfis necessários ao desenvolvimento das atividades correcionais, dos servidores subordinados e integrantes de comissão ou equipe por eles designada, bem como os seus próprios.*

*Parágrafo único. A competência de que trata este artigo não poderá ser subdelegada.*

Acrescente-se que as senhas de acesso que o servidor já possuía antes de integrar comissão disciplinar, mesmo quando concedidas para desempenho de atividades fins na instituição, podem ser utilizadas para obter informações julgadas relevantes para o prosseguimento do feito disciplinar, não sendo necessária autorização por parte da autoridade instauradora.

Além das pesquisas que podem ser feitas pela própria comissão (desde os sistemas informatizados mais simples e usuais da Secretaria da Receita Federal do Brasil até outros menos comuns, conforme descritos em **2.5.3.3.1** e em **2.5.3.3.2**), pode o colegiado solicitar diretamente ou por intermédio da autoridade instauradora ao grupo de investigação disciplinar ou a outras autoridades, pesquisas em ferramentas mais poderosas e de acesso reservado.

Tudo o acima exposto no presente tópico é de ser compreendido à luz da ponderação da recomendação, já expressada em **2.5.3.4**, para que se esgote na fase de admissibilidade todas as pesquisas e investigações, a fim de que a comissão não tenha de buscar apuração de novos fatos não conexos ou continuados em relação aos motivos que ensejaram a instauração.

#### 4.4.8 - Apurações Especiais

Nos casos em que as informações necessárias para elucidação do fato são dados que, por contrato, ficam sob a guarda do Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro) ou da Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência (Dataprev) ou ainda de qualquer outra empresa que seja contratada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) para prestar o serviço de guarda de sua base de dados e, que, portanto, são impossíveis de se obter com mera pesquisa por parte da comissão ou sistema correcional como um todo (em que se incluem a Divisão de Investigação Disciplinar - Coger/Divid e os grupos de investigação disciplinar dos Escor), o colegiado pode deliberar em ata solicitar uma apuração especial.

Em síntese, a apuração especial é um meio de prova válido quando se precisa identificar, grosso modo, acesso à base de dados institucional. Mais especificamente, por meio de apuração especial, é possível, por exemplo, identificar o usuário responsável por determinado acesso a sistema informatizado da Secretaria da Receita Federal do Brasil, com registro do local e endereço eletrônico do equipamento - endereço IP ou *internet protocol* -, ou identificar os acessos de determinada natureza realizados em um local ou por um usuário.

Antes de adentrar no tema, relevante destacar, à vista do alto custo e do longo tempo de resposta, que é fundamental restringir ao estritamente essencial e indispensável o pedido de realização de apuração especial. A comissão deve analisar restritivamente esta necessidade à vista do objetivo inicialmente bem delineado. Lembra-se aqui a competência que os integrantes da comissão têm para, com o uso de suas senhas de acesso a sistemas informatizados e de seus conhecimentos técnicos sobre a matéria-fim, proceder por conta própria às pesquisas, tentando ao máximo evitar a dependência de agentes externos.

A exemplo das provas periciais *lato sensu* e o exame grafotécnico mais especificamente, eis que a possibilidade de a comissão ter de deliberar pela feitura de uma apuração especial pode ser um dos exemplos a fortemente indicar a pertinência de se realizar interrogatório prévio, cuja aceitabilidade se defenderá em **4.4.16.1** (tomando o cuidado de registrar na intimação que este ato em nada prejudicará o chamamento posterior para que o acusado se manifeste no fim da instrução, por meio do interrogatório final). Em outras palavras, se já desde o início da instrução tem-se como elemento que pode ser relevante na formação da convicção a autoria de determinados acessos a sistema, demonstra-se pertinente chamar de imediato o acusado a ser interrogado se ratifica ou se contesta os registros informatizados que apontam sua matrícula ou senha. Caso o servidor reconheça como seus os acessos sob questão, afasta-se o risco de ter de enfrentar o a apuração especial adiante; caso não ratifique, desde que seja relevante e imprescindível para a convicção global, pode a comissão já de início provocar a apuração especial, enquanto transcorrem em paralelo demais atos de instrução.

Caso se demonstre realmente imprescindível realizar a apuração especial, deve a comissão encaminhar o pedido à autoridade instauradora, a fim de que esta repasse para a Coordenação-Geral de Tecnologia da Informação (Cotec) por meio do Sistema de Controle de Demandas (SCD). Nos termos da normatização infralegal, consubstanciada no art. 16 da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, a Cotec dará prioridade ao atendimento desta solicitação. Acrescente-se, ademais, que por força de contrato, o Serpro (ou a Dataprev ou qualquer outra empresa contratada para o serviço de guarda da base de dados) é obrigado a consultar a base de dados sob sua guarda e a prestar as informações solicitadas.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 16. As unidades de tecnologia da informação dos órgãos do Ministério da Fazenda darão prioridade ao atendimento da solicitação da Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda e da Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil, para subsidiar o desempenho das atividades correcionais, que tenha por objeto apurações a serem realizadas nas bases de dados localizadas nos órgãos do Ministério da*

*Fazenda, no Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro) ou na Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social (Dataprev).*

O excepcional pedido de apuração especial terá melhor processamento (tanto em prazo de entrega de resposta quanto em confiabilidade e qualidade do conteúdo da resposta) quanto mais se restringir a abrangência do pedido (evitar abarcar longos períodos pretéritos ou amplas faixas de atuação) e quanto melhor se especificar os sistemas informatizados internos e seus módulos e bases dados que devem ser pesquisados

De um lado, o pedido com maior possibilidade de receber um resposta qualificada e em tempo razoável é aquele que se restringe a uma determinada relação de sistemas no *log* dos quais em que se necessita fazer a pesquisa. Quando o pedido de apuração especial informa este tipo de espectro bem delineado à empresa, o atendimento fica facilitado, pois a busca se dá diretamente nas respectivas bases de dados que compõem cada sistema.

De lado oposto, pedidos de apuração especial de abrangência elástica ou indefinida - tais como quando se quer identificar todos os acessos, eventos ou transações realizados por um usuário em todos os sistemas internos, inclusive em mera modalidade consulta, ou quando se quer identificar todos os usuários que acessaram determinado dado por meio de qualquer sistema interno - obrigam um grau de muito maior elaboração por parte da empresa a fim de suprir a resposta confiável. Em tais casos, primeiramente, a empresa precisa identificar os sistemas acessados, por meio dos registros de autenticação no Sistema de Entrada e Habilitação (Senha-Rede) e no Sistema Integrado de Informações Econômico-Fiscais (Senha-Sief), que são dois sistemas responsáveis pelo controle de acesso lógico aos sistemas informatizados e que se localizam, respectivamente, nos computadores de grande porte do Serpro e no ambiente Sief. No passo seguinte, a empresa deve identificar os sistemas em que o usuário é habilitado e que porventura não apareceram no primeiro passo. Por fim, no terceiro e último passo, deve a empresa buscar os registros nas bases de dados que compõem os sistemas identificados ou os *logs* de infraestrutura (já que poucos sistemas gravam *log* de consulta).

Compreende-se, então, à vista desta possibilidade de a empresa ter de desenvolver uma rotina específica para extrair o dado solicitado dentre universo de banco de dados sob guarda contratual, que, além de o pedido ter de se restringir temporal e materialmente (abarcando delimitado intervalo de tempo e restrita gama de atuação), também é extremamente pertinente que seja o mais detalhado possível em termos de nomes dos sistemas e módulos a serem pesquisados (encontráveis nas portarias definidoras de perfis), pois a empresa não tem o total e qualificado conhecimento de todos os sistemas internos. Do contrário, corre-se sério risco de obter resposta somente depois de longo prazo ou de obter resposta inconclusa ou ainda, na pior das hipóteses, após longo prazo, receber de volta o pedido sem resposta alguma.

Neste diapasão, preventivamente, deve o pedido ratificar para a empresa contratada a sua obrigação de fornecer a resposta que seja possível dentro do que se perguntou, não lhe cabendo optar por nada responder se porventura encontrar apenas parte das respostas solicitadas. Deve-se expressar no pedido que, mesmo que esteja disponível para a empresa apenas parte do período ou apenas parte da abrangência material, deve-se fornecer a resposta e não cogitar de devolver sem nada responder e com sugestão de refazimento dos quesitos.

Do contrário, em caso de atendimento não satisfatório por parte da empresa, a comissão não pode atestar o serviço como concluído e deve registrar as lacunas ou as inconsistências na resposta prestada, a fim de a pesquisa ser refeita. Apenas em caso de atendimento satisfatório é que deve a comissão atestar que o serviço por ser dado como concluído.

Faz-se necessário atentar para alguns detalhes importantes no preenchimento do pedido no sistema SCD. No item “Serviço”, deve-se escolher opção “Prev-PAD” apenas

quando a pesquisa se referir a sistemas da extinta Secretaria da Receita Previdenciária (SRP), marcando-se a opção “PAD” para pesquisas em todos os demais sistemas internos. Ademais, não se deve informar o nº de Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou de Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) e muito menos o nome do investigado ou acusado no campo “Resumo do Serviço” do pedido, pois este campo fica visível a todos os usuários do sistema SCD; este tipo de detalhamento individual deve ser feito no campo “Complementos do Serviço/Anexos”. Importante também lembrar que, como o sistema SCD associa toda a tramitação do pedido, o envio de mensagens e a remessa da resposta ao servidor habilitado que tenha aberto a demanda, deve o Escor manter atualizada uma lista dos servidores habilitados e de demandas em seu nome, pois, em caso de eventual remoção daquele servidor, deve-se alterar o nome do solicitante, a fim de que as respostas não sejam automaticamente dirigidas para o correio eletrônico institucional do recém-removido.

Faz-se necessário anteciper a diferenciação entre apuração especial e perícia, assessoria técnica e assistência técnica. Conforme se aduzirá em **4.4.9** e **4.4.10**, estes três atos instrucionais têm em comum o fato de que, em última análise, trazem aos autos juízo de valor sobre fatos ou dados pré-existentes (seja diretamente, por meio do laudo do próprio perito ou assessor técnico, seja indiretamente, com o assistente técnico fornecendo subsídios à comissão), com base nos quesitos formulados a servidor ou profissional detentor de conhecimento especializado. Daí, para se ter respeitada a garantia do contraditório, se defenderá em **4.4.9** e **4.4.10**, a oportunização ao acusado para que este também possa apresentar seus quesitos (se desejar), uma vez que a quesitação unilateral apenas por parte da comissão pode induzir ou direcionar aquele juízo de valor que ao final será acostado à instrução probatória.

Diversamente ocorre na apuração especial, cuja justificativa de realização não repousa na extração de juízo de valor sobre fatos ou dados pré-existentes. Na apuração especial, tão somente, a comissão solicita à empresa contratada para guarda de dados que, como órgão responsável por sistemas informatizados e depositário de dados, lhe forneça algumas informações. O ato, em síntese, consubstancia-se tão somente em a empresa acessar o banco de dados de interesse da Secretaria da Receita Federal do Brasil e que por contrato fica sob sua guarda, e listar os dados solicitados para a comissão. Ao atender tal demanda, a empresa não agrega aos autos, nem direta nem indiretamente, nenhuma avaliação subjetiva. No caso, os juízos de valor ocorrerão *a priori* (no momento em que a comissão delibera solicitar sua realização, sendo certo que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não prevê participação do acusado nas deliberações) e *a posteriori* (quando o acusado tiver vista dos autos e porventura contestar a prova juntada ou quando a comissão livremente a valorar, na deliberação de indiciar ou não, com o contraditório sendo exercido na defesa escrita, se for o caso). Daí porque não há que se cogitar de formação de juízo de valor no momento da feitura da prova, ou seja, no momento em que o Serpro coleta os dados solicitados.

Portanto, sendo a apuração especial uma forma objetiva de se coletar uma prova, não há que se dar prévia notificação de sua realização ao acusado e muito menos que a ele se estender direito de quesitar. Até porque qualquer quesito que o acusado pudesse acrescentar ao pedido de apuração especial seria, na verdade, um dado adicional que poderia ser extraído do banco de dados - ao mesmo tempo, de extração independente dos dados originalmente solicitados e não atuando na leitura que deles se obtém - e que deveria ser considerado um outro pedido de prova, dissociado do primeiro, passível de ser provocado pelo acusado em qualquer momento no curso do processo, e de realização sob jugo da comissão. Em síntese, a apuração especial figura como um mero desarquivamento de dados, no sentido mais amplo do termo - a exemplo do que pode ocorrer com documentos ou processos da matéria-fim para instruir o processo disciplinar, para cujos desarquívamentos não se cogita de quesitação da parte.

#### 4.4.9 - Perícias e Assessorias Técnicas

Pode ocorrer de, no curso de um apuratório, a comissão necessitar de determinado conhecimento técnico específico para esclarecer, comprovar ou atestar algum fato ou o estado, valor, particularidades ou condição de bens, coisas ou pessoas. O senso comum, em regra, refere-se, de forma abrangente, a este tipo de prova como pericial. Neste sentido amplo, podem ser citados, em lista meramente exemplificativa: falsidade ou autenticidade de documento (no sentido amplo do termo, abarcando até mídias eletrônicas), exame grafotécnico, tradução juramentada, exame contábil, conferência de valores, inventário de bens, avaliação de bens, avaliações técnicas de equipamentos ou mercadorias ou de qualquer assunto relacionado à engenharia, perícia médica de forma geral e incidente de sanidade mental do acusado, dentre outros.

Antes de adentrar no tema, convém destacar que a prova pericial, em seu sentido amplo da expressão, à vista das possibilidades de acarretar demora e/ou custo, somente deve ter sua realização deliberada pela comissão se o fato em questão for imprescindivelmente relevante para o deslinde do processo e se seu esclarecimento depender única e exclusivamente de conhecimento técnico especializado, sem outra forma de ser suprido. Ainda dentro do sentido lato da prova pericial, repisa-se a relevância da designação de pelo menos um integrante da comissão com conhecimentos da área-fim de que trata o processo, como forma de suprir o Colegiado de condições de ele mesmo realizar pesquisas, exames, etc, diminuindo a dependência em relação a agentes externos.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/4.

*Nota Técnica Coger nº 2005/4: “Ementa: A Comissão Disciplinar tem competência legal para opinar sobre qualquer assunto da alçada da SRF, desde que não exija conhecimento especial de perito, conforme § 2º, do art. 156, da Lei nº 8.112, de 1990. No entanto, quando entender que lhe falta conhecimento técnico a respeito do assunto, poderá requerer assistência técnica a órgãos ou a profissionais especializados, tanto dos quadros da SRF, quanto de outros entes externos, em acordo com os preceitos do art. 155 da mesma Lei. (...)”*

Assim, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seu art. 155, prevê a possibilidade de a comissão, indistintamente, se socorrer de dois agentes detentores de conhecimentos específicos de que seus integrantes não dispõem: peritos e técnicos.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.*

*Art. 156.*

*§ 2º Será indeferido o pedido de prova pericial, quando a comprovação do fato depender de conhecimento especial de perito.*

Todavia, o dispositivo legal tão somente enumerou estes dois conceitos, mas não cuidou de defini-los e muito menos de diferenciá-los. À vista da fungibilidade dos dois termos, interpreta-se pela possibilidade de designação tanto de um quanto de outro (perito ou técnico), no curso do processo administrativo disciplinar, de forma que, atendidos os princípios da ampla defesa e do contraditório no que tange a este tipo de prova, o pormenor da terminologia porventura adotada pela comissão, por si só, não terá o condão de inquinar o ato instrucional de nulidade.

Não obstante, a despeito do hábito de se empregar o termo “perito” *lato sensu* para qualquer tipo de manifestação de conhecimento específico, pode-se inferir uma formal diferenciação entre perito *stricto sensu* e assessor técnico (ou, simplesmente, técnico).

O sentido mais estrito do termo “perito” refere-se à pessoa cujo cargo público é

especificamente perito. Mais do que um conhecimento, este servidor tem uma atribuição legal de exercer a atividade de perícia, manifestando-se, no que for provocado, por meio de laudo pericial (por exemplo, uma pessoa que ocupa o cargo público de perito do Departamento de Polícia Federal, no pleno exercício de seu *munus* público, pode elaborar um laudo pericial grafotécnico).

Já o assessor técnico é, em regra, um servidor detentor de determinado conhecimento em função de sua área de atividade, mas sem ser ocupante de cargo específico de perito e que contribui para o esclarecimento, no que for provocado, prestando assessoria técnica, por meio de laudo técnico (por exemplo, uma pessoa que ocupa o cargo público de engenheiro de um órgão público qualquer, aproveitando os conhecimentos de que dispõe sobre sua atividade laboral, pode elaborar um laudo técnico sobre uma obra). Ou seja, sendo necessário determinado conhecimento específico e não havendo um cargo público de perito daquela matéria, subsidiariamente, pode-se lançar mão do assessor técnico.

Assim, somente se cogita de perícia, no sentido com que este termo é aplicável ao processo disciplinar, realizada em seara pública. Pela própria definição de perito ser o detentor do cargo público para tal *munus* (a despeito do senso comum tratar o termo “perito” com uma abrangência *lato sensu*), não se cogita de perito privado, de forma que o perito, sendo sempre um servidor, é dotado de fé pública. As assessorias técnicas, por sua própria definição, nem sempre são realizadas em seara pública; mas, sempre que possível, devem sê-lo, de forma que, preferencialmente, o assessor técnico seja servidor, dotado de fé pública. Diferentemente do perito, o assessor técnico, excepcionalmente, na ausência da requerida especialização em seara pública, até pode não ser um servidor público, mas sim um agente privado (como é comum ocorrer em casos de necessidade de avaliação imobiliária, em que o acusado declara valores subavaliados de seus acréscimos patrimoniais).

Destaque-se que ambos, ao emitirem um laudo (seja pericial, seja técnico), laboram em prova para o processo. Em outras palavras, a manifestação do perito ou do assessor técnico é, em si, uma prova processual; o laudo pericial ou técnico é a prova em si sobre o assunto que se quer esclarecer.

*CPP - Art. 160. Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados. (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28/03/94)*

Assim, se a comissão, na sua livre convicção, entende necessária alguma perícia para instruir o processo (em situações que exijam conhecimento técnico especializado e para as quais exista um cargo público específico de perito, tais como exame grafotécnico; transcrição de prova obtida por meio de interceptação telefônica, gravação ou filmagem; tradução juramentada, dentre outras), deve deliberar em ata e entregar notificação (nas formas e meios permitidos em 4.3.11.3 e em 4.4.3) ao acusado, ofertando-lhe prazo para apresentação, por escrito, de quesitos. Tratando-se de matéria de natureza policial, tradicionalmente se busca o Departamento de Polícia Federal (em extensão ao comando do art. 144, § 1º, I e IV da CF, que atribuiu competência exclusiva para atuar como polícia judiciária da União), mas sem prejuízo de se empregarem outros órgãos, como a Polícia Civil estadual. Citam-se ainda, como outros exemplos, os tradutores juramentados, os ofícios de registros de imóveis, juntas comerciais, etc.

De forma análoga, se a comissão, na sua livre convicção, entende necessária alguma assessoria técnica para instruir o processo (em situações que exijam conhecimento técnico especializado e para as quais não exista um cargo público específico de perito, tais como, dentre outras, inventário de bens; exame contábil; avaliação de bens; conferência de valores e avaliações técnicas de equipamentos ou mercadorias, mesmo que estes bens, valores, equipamentos ou mercadorias estejam confiados a servidores acusados de malversação), igualmente deve deliberar em ata e entregar notificação (nas formas e meios permitidos em 4.3.11.3 e em 4.4.3) ao acusado, ofertando-lhe prazo para apresentação, por escrito, de

quesitos.

*CPP - Art. 176. A autoridade e as partes poderão formular quesitos até o ato da diligência.*

Para ambos os casos, deve primeiramente a comissão elaborar seus próprios quesitos, buscando ao máximo esgotar todas as dúvidas a fim de não se fazer necessário posterior complementação. Neste rumo, convém que a comissão deixe um quesito final com provocação para que o perito ou assessor técnico acrescente mais alguma informação que julgar relevante. Após a formulação de seus quesitos, a comissão deve ofertá-los à defesa, afim de que esta exerça o direito ao contraditório, formulando quesitos de seu interesse (inclusive que possam se contrapor aos do colegiado).

Não obstante, não se afasta a prerrogativa de a comissão, com base no art. 156, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, indeferir quesitos impertinentes, protelatórios ou sem interesse para o esclarecimento dos fatos. Ademais, como a Lei nº 8.112, de 11/12/90, é silente acerca deste prazo, recomenda-se a integração com a Lei nº 9.784, de 29/01/99, de onde se pode extrair duas referências: três dias úteis ou cinco dias corridos, optando pelo mais benéfico à parte.

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.*

*Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior.*

*Parágrafo único. O prazo previsto neste artigo pode ser dilatado até o dobro, mediante comprovada justificação.*

Uma vez que a normatização é silente quanto a quem cabe designar o perito, pode-se tê-lo designado nos autos por portaria tanto do presidente da comissão quanto da autoridade instauradora. Por uma questão de cautela, a fim de evitar alegação da defesa de interferência da comissão na designação e conseqüentemente no trabalho do perito, pode-se recomendar a opção mais conservadora, qual seja, da designação ficar a cargo da autoridade instauradora. Diante do silêncio da lei, a cautela acima não significa ilegal a designação por parte do presidente da comissão, de forma que aquela eventual alegação é perfeitamente afastável se não se configurar efetivo prejuízo à defesa. Mesmo nesta hipótese, recomenda-se que a comissão encaminhe o pedido de realização da perícia via autoridade instauradora, com a indicação do órgão e do perito (se for o caso), do tema a ser desenvolvido e dos quesitos que devam ser respondidos. Mas tal margem de liberalidade aqui admitida a favor do presidente da comissão é obrigatoriamente afastada no caso excepcional de a perícia acarretar custo, devendo então a comissão solicitar à autoridade instauradora sua realização, expondo os motivos que a justifiquem, bem como o respectivo custo.

Da mesma forma que se expôs para perícia, uma vez que a normatização também é silente quanto a quem cabe designar o assessor técnico, pode-se tê-lo designado nos autos por portaria tanto do presidente da comissão quanto da autoridade instauradora. Por uma questão de cautela, a fim de evitar alegação da defesa de interferência da comissão na designação e conseqüentemente no trabalho do assessor técnico, pode-se recomendar a opção mais conservadora, qual seja, da designação ficar a cargo da autoridade instauradora. Diante do silêncio da lei, a cautela acima não significa ilegal a designação por parte do presidente da comissão, de forma que aquela eventual alegação é perfeitamente afastável se não se configurar efetivo prejuízo à defesa. Mesmo nesta hipótese, recomenda-se que a comissão encaminhe o pedido de realização da assessoria técnica via autoridade instauradora, com a indicação do órgão e do assessor técnico (se for o caso), do tema a ser desenvolvido e dos quesitos que devam ser respondidos (a perícia contábil, por exemplo, pode ser solicitada à projeção local ou regional de fiscalização). Mas tal margem de liberalidade aqui admitida a favor do presidente da comissão é obrigatoriamente afastada no caso excepcional de, em função do tema, for inviável a realização de assessoria técnica em órgão público e o ato

acarretar custo, devendo então a comissão solicitar à autoridade instauradora autorização para sua realização por particulares, expondo os motivos que a justifiquem e indicando quem poderá realizá-la, bem como o respectivo custo.

Neste rumo, o art. 13 da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Fazenda, prevê a competência para que a autoridade disciplinar requirite a titulares de unidades do órgão da Pasta a indicação de servidores para o tipo de atuação de que aqui se trata, reservando que, como regra geral, sobre este servidor não recaia ônus de dedicação integral, a menos de casos de específica extrema necessidade.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 13. A autoridade instauradora de procedimentos correcionais poderá requerer aos titulares das unidades dos órgãos que compõem a estrutura do Ministério a indicação de servidores para auxiliar os trabalhos na condição de assistentes técnicos ou peritos.*

*Parágrafo único. A indicação para assistente técnico ou perito não demanda dedicação integral por parte do servidor indicado, a não ser em caso de extrema necessidade.*

A propósito, as perícias ou assessorias técnicas cuja realização são deliberadas pela comissão (seja de ofício, seja deferindo pedido da parte), em princípio, como regra, devem ter seu custo absorvido pela Administração, sem importar em ônus para a defesa, conforme já aduzido em **4.4.1.2**.

Como forma de buscar maior agilização na entrega do laudo, convém que a comissão entre em contato com a unidade, órgão ou entidade onde será realizada a prova, com o fim de identificar quem efetivamente procederá ao trabalho e de buscar um contato pessoal. O prévio contato da comissão com quem irá realizar a perícia, a fim de se informar quais os dados e documentos porventura necessários para melhor instruir o pedido, qual a forma de encaminhamento, qual a previsão de prazo de entrega, dentre outras questões meramente operacionais e instrumentais em nada se confunde com quebra da imparcialidade ou com interferência do colegiado na autonomia profissional do perito ou do assessor técnico ou com indução na forma como deve redigir seu laudo.

Ver maiores detalhes de suspeição e impedimento de perito e de assessor técnico em **4.4.2**.

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:*

*I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;*

*II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrerem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;*

*III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.*

*Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.*

Em **4.2.6** foram apresentadas as definições de graus de parentesco e a forma de contá-los, a cuja leitura se remete.

Não obstante a gratuidade reinante no processo disciplinar acima aventada, não há vedação para que o acusado, além de contar com seu procurador constituído nos autos, a seu exclusivo critério e às suas expensas, contrate assistente técnico privado para fazer-lhe um laudo próprio a qualquer tempo da instrução processual ou para auxiliá-lo na elaboração dos quesitos que lhe foi oportunizada pela comissão antes da feitura da prova em si ou nos questionamentos já posteriores ao laudo pericial ou ao laudo técnico.

Acerca desta participação de um assistente técnico privado, há dois pontos a serem

ressaltados.

Primeiramente, a faculdade assegurada ao acusado de trazer laudo particular e de vê-lo juntado aos autos em nada se confunde com apriorística equiparação, em termos de valoração probatória, com o laudo pericial ou com o laudo técnico decorrente da prova pericial realizada por deliberação da comissão. Esta desigualdade valorativa reside principalmente no fato de o laudo particular ser produzido a pedido do acusado, totalmente fora dos limites da Administração e adquirido à margem dos controles asseguradores de sua confiabilidade e ainda também, em alguns casos, em virtude da ausência de fé pública se for contraposto a um laudo pericial (que sempre será público) ou a um laudo técnico (que preferencialmente também pode ser de lavra pública), conforme as acepções de terminologia aqui adotadas. Em decorrência, tampouco a juntada aos autos de uma manifestação técnica emitida por um particular, que pode vir contaminada pelos naturais interesses e esforços de defesa do acusado, vincula a convicção da comissão, a quem caberá apreciar sua validade como prova, de acordo com o restante do conjunto probatório.

Ademais, é de se indeferir eventual pedido da defesa para que o próprio acusado, seu procurador ou até mesmo seu assistente técnico particular acompanhem o ato em si de feitura da prova pericial e dela participem. Com exceção da perícia médica, que, obviamente requer a presença física do próprio servidor a ser periciado e que é contemplada com específica normatização infralegal (no Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal, emitido pela Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações de Trabalho no Serviço Público do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - MPDG/SEGRT e aprovado pela Portaria MPDG/SEGRT nº 19, de 20/04/17, que prevê a possibilidade de o servidor se fazer acompanhar, na perícia, de seu médico particular), não assiste direito à defesa em processo disciplinar estar presente para acompanhar e participar, ao lado do perito ou do assessor técnico oficialmente designado, no momento da coleta da prova pericial.

Uma vez que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, e a Lei nº 9.784, de 29/01/99, não abordam a questão desta específica atuação do próprio acusado, de seu procurador e de seu assistente técnico particular, avança-se na necessária sequência de integração para, enfim, se obter a esclarecedora base legal impeditiva no Código de Processo Penal (CPP). A lacuna legal resta suprida com a integração do § 4º do art. 159 do CPP, no sentido de que, no Direito público punitivo, além da prévia oferta à quesitação, a participação da defesa na prova pericial somente se admite após a feitura em si da prova e a elaboração do laudo - no caso, podendo posteriormente questionar a peça escrita oficial, conforme afirmado acima, ou até mesmo para participar, reinquirindo o perito ou o assessor técnico, em eventual convocação para prestarem prova oral. Sendo assim, de nada importa para a processualística disciplinar o comando em sentido oposto constante do inciso II do art. 465 do Código de Processo Civil - CPC, tendo em vista a maior afinidade do processo disciplinar com o processo penal, o que faz encerrar no CPP a busca da integração da lacuna estatutária.

*CPP - Art. 159.*

*§ 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.*

Além de o tema ter sido abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/4, também há posicionamento doutrinário do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), neste sentido.

*Nota Técnica Coger nº 2005/4: “Ementa: (...) Não há previsão legal que permita ao acusado designar assistente para acompanhar perícia*

*“Não há previsão legal de que o acusado possa acompanhar, diretamente ou por assistente técnico privado, a realização dos exames que subsidiarão a feitura do laudo pericial*

*Faculta-se-lhe [ao acusado], no entanto, valer-se de assistente técnico privado*

*para contestação de elementos do laudo pericial ou então para a inquirição do perito.*

*Observe-se, a respeito, que a contratação de assistente técnico é apenas mais uma faculdade do acusado, isto é, não há qualquer obrigatoriedade da intervenção desse profissional no feito disciplinar.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 193, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Reitere-se que, em princípio, o perito ou o assessor técnico atuam no processo por meio de seu laudo, respondendo aos prévios quesitos da comissão e da defesa. Posteriormente, a parte é notificada da juntada do laudo e sobre ele, o acusado ou seu procurador ou seu assistente técnico particular exercita o contraditório, podendo contestar as conclusões do laudo oficial.

Em extensão ao comando do art. 182 do CPP, o laudo pericial ou técnico é de ser analisado e cotejado na visão conglobante da comissão (e, posteriormente, da autoridade julgadora) acerca de todo o conjunto probatório, à luz do princípio da livre valoração da prova. Em outras palavras, até é possível sim, em situações incomuns, que a comissão não acate este laudo, rejeitando-o, desde que motivadamente, mostrando nos autos que a peça não se harmoniza com os demais elementos probatórios constantes do processo.

*CPP - Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.*

E dentro desta visão conglobante com que deve ser visto o laudo pericial ou técnico no processo, nas hipóteses de sua incompletude ou de sua insuficiência ou de sua obscuridade que impeçam o esclarecimento da verdade material, em solução menos traumática que sua rejeição, é possível, excepcionalmente, que o perito ou assessor técnico serem convocados a prestarem prova oral, conforme o inciso I do § 5º do art. 159 do CPP, com o fim de melhor esclarecerem pontos de seus laudos, na condição de declarantes (em razão de já terem participado do processo como perito ou assessor técnico, estão impedidos para testemunhar, nos termos do inciso I do art. 18 da Lei nº 9.784, de 29/01/99), oportunidade em que podem ser reinquiridos pelo acusado, por seu procurador ou por seu assistente técnico particular. É possível ainda que o perito ou assessor técnico sejam intimados a responderem quesitos adicionais, em complemento a seus laudos originais.

*CPP - Art. 159.*

*§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*

*I - requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*

*“O uso de expressões técnicas desconhecidas, por exemplo, pode exigir um esclarecimento adicional.(...) ou (...) a sua conclusão parece contrária ao convencimento que já se tinha; ou então contrasta com todas as demais provas já recolhidas (...). A comissão, então, pode solicitar ao perito que complete, explique ou compareça a audiência para ser inquirido. Esta previsão encontra-se no art. 435 do CPC.” Léo da Silva Alves, “A Prova no Processo Disciplinar”, pgs. 168 e 169, Editora Lumen Juris, 1ª edição, 2003*

*“(…) Mesmo que não haja acompanhamento da perícia, pois muitas vezes esse exame técnico é feito por órgão ou entidade oficial competente, é sempre possível contraditar o laudo apresentado, podendo-se requerer a inquirição do perito em audiência.” Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, “Processo Administrativo”, pg. 139, Malheiros Editores, 1ª edição, 2001*

Obviamente, ambas as hipóteses acima aventadas, de se ouvir o perito ou assessor técnico como declarante ou de se remeter quesitos complementares, passam pela iniciativa de ofício da comissão ou de sua aquiescência a pedido da defesa, compreendendo o próprio colegiado que, de fato, o laudo merece esclarecimento ou complementação.

Mas não se confunda a diferença essencial entre prova de natureza pericial *lato sensu* e prova oral: enquanto naquela primeira buscam-se o conhecimento, a opinião ou a avaliação técnico-científica do *expert* no tema, na prova oral busca-se um relato fático dissociado de opiniões e apreciações pessoais.

Acrescente-se ainda uma outra possibilidade, cogitada pelos §§ 2º e 3º do art. 464 do CPC, qual seja, diante de um tema técnico de menor complexidade que não dependa um laudo para esclarecimento, pode-se apenas coletar prova oral do perito ou do assessor técnico especialista.

*CPC - Art. 464.*

*§ 2º De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.*

*§ 3º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.*

Ainda na seara da incompletude, insuficiência ou obscuridade do laudo pericial ou técnico, é de afirmar que a prova pericial não se harmoniza com os institutos do pedido de reconsideração ou de recurso hierárquico, previstos nos arts. 106 e 107 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Independentemente da visão conglobante a favor da comissão, que lhe permite motivadamente não valorar o laudo desconforme com as demais provas autuadas, não cabe pedir ao perito ou ao assessor técnico que reconsidere seus conhecimentos específicos sobre o tema em que foi demandado a se manifestar e menos ainda se cogita de recorrer a um superior hierárquico daquele especialista, visto que a sua manifestação técnica se encerra em si mesma nos objetivos e contornos do processo em curso, nada se confundindo ou se misturando com eventual linha de subordinação hierárquica em que aquele detentor de conhecimentos técnicos se insere em seu local de trabalho e em sua unidade ou órgão de lotação. Conforme exposto acima, reconhece-se ser possível que, amparada em outras provas, às quais a liberdade de apreciação probatória lhe conceda prerrogativa de conceder maior valoração, pode a comissão até desconsiderar o laudo pericial ou técnico, mas não cabe provocar o profissional que o exarou a mudar sua manifestação e nem tampouco provocar que um superior hierárquico seu, na sua específica linha de hierarquia, faça impor sua compreensão sobre o tema.

Nesta linha, percebe-se que a CGU, novamente em manifestação doutrinária, não inclui o pedido de reconsideração e o recurso hierárquico como possibilidades a serem manejadas nem pela comissão e menos ainda pela defesa em face de laudo pericial ou técnico.

*“Em princípio, a participação do acusado para a formação da prova pericial cinge-se às manifestações já expostas: I) requerer a produção desse meio de prova, II) formular quesitos, após ser intimado para tal fim, III) contestar elementos do laudo pericial, depois de notificado sobre a sua juntada aos autos e, finalmente, IV) requerer a oitiva do perito, e nessa ocasião inquiri-lo.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 141, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Fechando este tema das possibilidades de aprimoramento e de refazimento da prova pericial, convém reproduzir os entendimentos externados pela Advocacia-Geral da União, em sua manifestação doutrinária, devendo-se atualizar as remissões para os §§ 1º a 3º do art. 480 do CPC.

*“Outros aspectos a serem observados pela comissão processante quanto à produção da prova pericial são os seguintes:*

*a) se a comissão entender necessário, poderá intimar o perito para prestar esclarecimentos oralmente sobre determinada questão;*

*b) a comissão processante deverá basear suas conclusões no que for posto no laudo pericial, sem prejuízo, no entanto, de formar convicção diversa, desde que amparada em outras provas e que o faça de forma fundamentada;*

*c) a comissão processante poderá solicitar, de ofício ou a requerimento do acusado, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida;*

*Obs. 1) a segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaíram a primeira e se destina a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu (art. 438 do Código de Processo Civil);*

*Obs. 2) ‘a segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira’ (art. 439 do Código de Processo Civil);*

*Obs. 3) a segunda perícia não substitui a primeira, cabendo a comissão processante apreciar livremente o valor de uma e outra.”, Advocacia-Geral da União, “Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, 1ª edição, 2015, disponível em <http://www.agu.gov.br/unidade/cgau>, acessado em 29/05/17*

Especificamente no caso de exame grafotécnico, é de se antecipar que a possibilidade de a comissão ter de deliberar pela feitura desta prova pericial pode ser um dos exemplos a fortemente indicar a pertinência de se realizar interrogatório prévio, cuja aceitabilidade se defenderá em **4.4.16.1** (tomando o cuidado de registrar na intimação que este ato em nada prejudicará o chamamento posterior para que o acusado se manifeste no fim da instrução, por meio do interrogatório final). Em outras palavras, se já desde o início da instrução tem-se como elemento que pode ser relevante na formação da convicção a autoria de determinado documento, demonstra-se pertinente chamar de imediato o acusado a ser interrogado (ou, excepcionalmente, qualquer outro agente a ser inquirido) se ratifica ou se contesta os manuscritos ou a assinatura. Caso o servidor reconheça como seus os escritos sob questão, afasta-se o risco de ter de enfrentar o exame grafotécnico adiante; caso não ratifique, desde que seja relevante e imprescindível para a convicção global, pode a comissão já de início provocar o exame grafotécnico, enquanto transcorrem em paralelo demais atos de instrução.

Para proceder ao exame grafotécnico, a comissão deve se orientar com perito do órgão público competente (em princípio, Departamento de Polícia Federal) sobre o conteúdo do texto a ser ofertado. Não havendo escritos para a comparação ou se forem insuficientes os exibidos, seguindo as orientações técnicas, pode a própria comissão proceder à coleta de material.

*CPP - Art. 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte:*

*I - a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada;*

*II - para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida;*

*III - a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados;*

*IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.*

*Art. 235. A letra e firma dos documentos particulares serão submetidas a exame pericial, quando contestada a sua autenticidade.*

*STJ, Mandado de Segurança nº 6.547: “Ementa: (...) II - Não há cerceamento ao direito de defesa da servidora por não se produzir prova que, além de não ter sido requerida, mostrou-se desnecessária. Hipótese em que se deixou de realizar perícia técnica sobre assinaturas do conferente na concessão de benefícios, tendo em vista que a servidora acusada as reconheceu como suas.”*

Caso o acusado (ou qualquer outro agente de quem excepcionalmente se precise coletar a prova), alegando a garantia constitucional de não se autoincriminar, se recuse a fornecer material para exame grafotécnico, pode-se tentar suprir a lacuna fornecendo originais (não se recomenda envio de cópias xerográficas) de documentos por ele preenchidos ou assinados, disponíveis na repartição (tais como folhas de ponto, despachos e termos elaborados em processos).

No caso de processos com suporte documental em papel, os documentos originais a serem periciados deve ser temporariamente desentranhados dos autos, mediante termo de desentranhamento, substituídos por cópias durante a feitura da prova, e remetidos por ofício da comissão, juntamente com os seus quesitos e os da defesa (caso a defesa os tenha apresentado) ao Departamento de Polícia Federal, onde em geral e *a priori* são realizados os exames grafotécnicos de interesse da Administração federal. **No caso dos processos digitais, formalizados no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) e que possuem suporte documental em meio digital, os documentos devem ser retirados do dossiê do processo até que sejam restituídos à comissão juntamente com o laudo pericial.**

É importante que a comissão verifique se o fato objeto do processo administrativo disciplinar também é objeto de inquérito policial e, em caso positivo, esta informação deve constar do ofício, pois provavelmente esta simultaneidade de demandas causará maior interesse no Departamento de Polícia Federal em realizar o exame grafotécnico. Caso não haja condições operacionais (em razão de excesso de demandas, por exemplo) ou mesmo interesse por parte do Departamento de Polícia Federal em realizar a prova solicitada, pode-se redirecionar o pedido a outros órgãos públicos competentes, como a Polícia Civil do respectivo estado, por exemplo. A última hipótese é a contratação pública de profissional especializado em exame grafotécnico, por meio de procedimento licitatório promovido pela respectiva Divisão de Programação e Logística, devendo, para fim de comprovar a motivação desta contratação excepcional, a comissão se acautelar e preservar todos os ofícios com pedidos precedentes a órgãos públicos e as comprovações de suas negativas ou omissões em realizarem o exame.

Os quesitos da comissão devem se restringir a questionar se os escritos cuja autoria se discute são ou não do punho do acusado (ou de quem quer que seja). Como regra geral - a menos de peculiaridades de algum caso concreto - não convém que a comissão adentre em questões mais detalhadas em seus quesitos, tais como questionar eventuais diferenças de grafia, deixando este tipo de quesito à disposição do periciado, que é quem melhor conhece a própria assinatura e/ou escrita.

Não há previsão legal que ampare a intenção do acusado de compelir a comissão a proceder a exame grafotécnico, podendo esta negar pedido considerado impertinente ou protelatório, sem prejuízo de, assim em qualquer tipo de prova pericial, poder o acusado, às suas custas, submeter determinados escritos a um perito particular e apresentar o laudo à comissão, que deve juntá-lo aos autos.

Além da perícia médica *lato sensu*, empregada para se atestar qualquer problema de saúde do servidor e que será abordada no tópico seguinte, outra perícia médica de natureza mais específica é aquela em que se avaliam a sanidade mental e a imputabilidade do acusado, a cargo de junta médica oficial da Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda, e será abordada em tópico à parte, em **4.4.17**.

#### 4.4.9.1 - Perícias e Atestados Médicos e Juntas Médicas Oficiais

Ao tratar da seguridade social do servidor, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seu art. 185, prevê o benefício da licença para tratamento de sua saúde (que pode se estender desde um dia até vinte e quatro meses) e, com isto, apenas superficialmente, traz à tona uma espécie de perícia, a perícia (ou inspeção) médica, sem, todavia, regulá-la.

A concessão de licença médica pode se dar a pedido ou de ofício e requer maior rigor formal à medida que se aumenta o período, conforme estabelecem os arts. 202 a 204 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, regulamentados pelo Decreto nº 7.003, de 09/11/09, que por sua vez, foram praticamente reproduzidos na Orientação Normativa MPOG/SRH nº 3, de 23/02/10.

A licença médica que não ultrapasse o período de cinco dias corridos e que, somada a outras licenças para tratamento de saúde gozadas no período de doze meses anteriores, seja inferior a quinze dias, pode ser concedida dispensando-se a perícia (ou inspeção) médica oficial, desde que seja apresentado atestado particular em até cinco dias do início do afastamento, sob pena de, não havendo motivo justificado, se considerar falta ao serviço, nos termos do art. 44 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Para licenças acima de cinco dias corridos ou que somem mais de quinze dias em doze meses, obriga-se que a licença médica seja concedida mediante perícia médica oficial. Para licença médica que não some mais que 120 dias, seja em uma única licença, seja na soma das licenças concedidas em um período de doze meses, a perícia médica pode ser realizada por apenas um médico singular do órgão; para licença médica que ultrapasse 120 dias, seja em uma única licença, seja na soma das licenças concedidas em um período de doze meses, a perícia médica obrigatoriamente deve ser realizada por junta médica oficial, composta de três médicos. Ademais, as licenças decorrentes por motivo odontológico devem ser realizadas por cirurgião-dentista.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 202. Será concedida ao servidor licença para tratamento de saúde, a pedido ou de ofício, com base em perícia médica, sem prejuízo da remuneração a que fizer jus.*

*Art. 203. A licença de que trata o art. 202 desta Lei será concedida com base em perícia oficial. (Redação dada pela Lei nº 11.907, de 02/02/09)*

*§ 1º Sempre que necessário, a inspeção médica será realizada na residência do servidor ou no estabelecimento hospitalar onde se encontrar internado.*

*§ 2º Inexistindo médico no órgão ou entidade no local onde se encontra ou tenha exercício em caráter permanente o servidor, e não se configurando as hipóteses previstas nos parágrafos do art. 230, será aceito atestado passado por médico particular. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*§ 3º No caso do § 2º, o atestado somente produzirá efeitos depois de recepcionado pela unidade de recursos humanos do órgão ou entidade. (Redação dada pela Lei nº 11.907, de 02/02/09)*

*§ 4º A licença que exceder o prazo de 120 (cento e vinte) dias no período de 12 (doze) meses a contar do primeiro dia de afastamento será concedida mediante avaliação por junta médica oficial. (Redação dada pela Lei nº 11.907, de 02/02/09)*

*§ 5º A perícia oficial para concessão da licença de que trata o caput deste artigo, bem como nos demais casos de perícia oficial previstos nesta Lei, será efetuada por cirurgiões-dentistas, nas hipóteses em que abranger o campo de atuação da odontologia. (Incluído pela Lei nº 11.907, de 02/02/09)*

*Art. 204. A licença para tratamento de saúde inferior a 15 (quinze) dias, dentro de 1 (um) ano, poderá ser dispensada de perícia oficial, na forma definida em regulamento. (Redação dada pela Lei nº 11.907, de 02/02/09)*

*CC - Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.*

*Decreto nº 7.003, de 09/11/09 - Art. 3º A licença para tratamento de saúde será concedida ao servidor, a pedido ou de ofício:*

*I - por perícia oficial singular, em caso de licenças que não excederem o prazo de cento e vinte dias no período de doze meses a contar do primeiro dia de afastamento; e*

*II - mediante avaliação por junta oficial, em caso de licenças que excederem o prazo indicado no inciso I.*

*Parágrafo único. Nos casos previstos no inciso I, a perícia oficial deverá ser solicitada pelo servidor no prazo de cinco dias contados da data de início do seu afastamento.*

*Art. 4º A perícia oficial poderá ser dispensada para a concessão de licença para tratamento de saúde, desde que:*

*I - não ultrapasse o período de cinco dias corridos; e*

*II - somada a outras licenças para tratamento de saúde gozadas nos doze meses anteriores, seja inferior a quinze dias.*

*§ 1º A dispensa da perícia oficial fica condicionada à apresentação de atestado médico ou odontológico, que será recepcionado e incluído no Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos - SIAPE, módulo de Saúde.*

*§ 2º No atestado a que se refere o § 1º, deverá constar a identificação do servidor e do profissional emitente, o registro deste no conselho de classe, o código da Classificação Internacional de Doenças - CID ou diagnóstico e o tempo provável de afastamento.*

*§ 3º Ao servidor é assegurado o direito de não autorizar a especificação do diagnóstico em seu atestado, hipótese em que deverá submeter-se à perícia oficial, ainda que a licença não exceda o prazo de cinco dias.*

*§ 4º O atestado deverá ser apresentado à unidade competente do órgão ou entidade no prazo máximo de cinco dias contados da data do início do afastamento do servidor.*

*§ 5º A não apresentação do atestado no prazo estabelecido no § 4º, salvo por motivo justificado, caracterizará falta ao serviço, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*

*§ 6º A unidade de recursos humanos do órgão ou entidade do servidor deverá encaminhar o atestado à unidade de atenção à saúde do servidor para registro dos dados indispensáveis, observadas as normas vigentes de preservação do sigilo e da segurança das informações.*

*§ 7º Ainda que configurados os requisitos para a dispensa da perícia oficial, previstos nos incisos I e II do caput, o servidor será submetido a perícia oficial a qualquer momento, mediante recomendação do perito oficial, a pedido da chefia do servidor ou da unidade de recursos humanos do órgão ou entidade.*

*Art. 5º Na impossibilidade de locomoção do servidor, a avaliação pericial será realizada no estabelecimento hospitalar onde ele se encontrar internado ou em domicílio.*

*Art. 8º A perícia oficial para concessão de licença para tratamento de saúde, nas hipóteses em que abranger o campo de atuação da odontologia, será efetuada por cirurgiões-dentistas.*

Informe-se que o Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal, emitido pela Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações de Trabalho no Serviço Público do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - MPDG/SEGRT e aprovado pela Portaria MPDG/SEGRT nº 19, de 20/04/17, prevê a possibilidade de o servidor se fazer acompanhar, na perícia, de seu médico particular, na condição de assistente técnico. O mesmo diploma estabelece ainda que o simples comparecimento à consulta médica não gera licença, devendo ser comprovado por declaração do médico assistente, para fim de justificativa da ausência ou de exigência de compensação de horário.

*“Fica a critério do perito a presença de acompanhante durante a perícia, desde que este não interfira nem seja motivo de constrangimento, pressão ou ameaça ao perito ou ao periciado.*

*O comparecimento a consulta com profissional de saúde, tratamento, procedimentos ou exames, por uma fração do dia, não gera licença, por falta de amparo legal, mas deverá ser comprovado por meio de declaração de*

*comparecimento emitida pelo profissional assistente, para servir como justificativa de afastamento, ficando a critério da chefia imediata do servidor a compensação do horário, conforme a legislação em vigor (parágrafo único do art. 44 da Lei no 8.112, de 1990).*

*O atestado do assistente não reúne, por si só, os elementos suficientes para a concessão de licenças motivadas por incapacidade resultante de doença ou lesão. Cabe ao perito retirar do atestado as informações que servirão de base para orientar seu trabalho, podendo acatar ou não a sugestão do profissional assistente. Para tanto o perito poderá solicitar ao servidor ou seu dependente legal a apresentação de pareceres, exames, atestados e relatórios (...).”, Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - Secretaria Gestão de Pessoas e Relações de Trabalho no Serviço Público, “Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal”, 3ª edição, 2017, pgs. 5 de seu Capítulo I, 15 de seu Capítulo II e 56 de seu Capítulo III*

Quanto à origem do médico ou da junta médica oficial, em princípio, busca-se no próprio órgão a que está vinculado o servidor (ou seja, no caso, empregam-se os médicos ou as juntas médicas oficiais das Superintendências de Administração do Ministério da Fazenda). Não obstante, ao tratar da assistência à saúde do servidor, a Lei prevê ainda a possibilidade de se realizarem perícias ou inspeções médicas em outros órgãos públicos da área de saúde ou no Instituto Nacional de Seguro Social (INSS).

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 230. A assistência à saúde do servidor, ativo ou inativo, e de sua família compreende assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica, terá como diretriz básica o implemento de ações preventivas voltadas para a promoção da saúde e será prestada pelo Sistema Único de Saúde - SUS, diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou mediante convênio ou contrato, ou ainda na forma de auxílio, mediante ressarcimento parcial do valor despendido pelo servidor, ativo ou inativo, e seus dependentes ou pensionistas com planos ou seguros privados de assistência à saúde, na forma estabelecida em regulamento. (Redação dada pela Lei nº 11.302, de 10 de maio de 2006)*

*§ 1º Nas hipóteses previstas nesta Lei em que seja exigida perícia, avaliação ou inspeção médica, na ausência de médico ou junta médica oficial, para sua realização o órgão ou entidade celebrará, preferencialmente, convênio com unidades de atendimento do sistema público de saúde, entidades sem fins lucrativos declaradas de utilidade pública, ou com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*§ 2º Na impossibilidade, devidamente justificada, da aplicação do disposto no parágrafo anterior, o órgão ou entidade promoverá a contratação da prestação de serviços por pessoa jurídica, que constituirá junta médica especificamente para esses fins, indicando os nomes e especialidades dos seus integrantes, com a comprovação de suas habilitações e de que não estejam respondendo a processo disciplinar junto à entidade fiscalizadora da profissão. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*§ 3º Para os fins do disposto no caput deste artigo, ficam a União e suas entidades autárquicas e fundacionais autorizadas a: (Incluído pela Lei nº 11.302, de 2006)*

*I - celebrar convênios exclusivamente para a prestação de serviços de assistência à saúde para os seus servidores ou empregados ativos, aposentados, pensionistas, bem como para seus respectivos grupos familiares definidos, com entidades de autogestão por elas patrocinadas por meio de instrumentos jurídicos efetivamente celebrados e publicados até 12 de fevereiro de 2006 e que possuam autorização de funcionamento do órgão regulador, sendo certo que os convênios celebrados depois dessa data somente poderão sê-lo na forma da regulamentação específica sobre patrocínio de autogestões, a ser publicada pelo mesmo órgão regulador, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias da vigência desta Lei, normas essas também aplicáveis aos convênios existentes*

*até 12 de fevereiro de 2006; (Incluído pela Lei nº 11.302, de 2006)*

*II - contratar, mediante licitação, na forma da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde que possuam autorização de funcionamento do órgão regulador; (Incluído pela Lei nº 11.302, de 2006)*

*Decreto nº 7.003, de 2009 - Art. 6º Inexistindo perito oficial, unidade de saúde do órgão ou entidade no local onde tenha exercício o servidor, o órgão ou entidade do servidor celebrará acordo de cooperação com outro órgão ou entidade da administração federal, ou firmará convênio com unidade de atendimento do sistema público de saúde ou com entidade da área de saúde, sem fins lucrativos, declarada de utilidade pública.*

*Parágrafo único. Na impossibilidade de aplicação do disposto no caput, que deverá ser devidamente justificada, o órgão ou entidade promoverá a contratação da prestação de serviços por pessoa jurídica, nas condições previstas no art. 230, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990.*

Assim, tratando-se *stricto sensu* de uma manifestação pericial, dotada de fé-pública, os laudos médicos oficiais e as licenças para tratamento de saúde devem ser acatados não só na gerência de pessoas, para fim de não haver prejuízo à remuneração, mas também na instância disciplinar, naquilo que possam influenciar na configuração ou não da responsabilização administrativa, seja na materialidade, seja na autoria. A título meramente exemplificativo, é comum esta repercussão da matéria médica na instância disciplinar, sobretudo em casos de suposta configuração de inobservância do dever de assiduidade ou dos ilícitos de abandono de cargo ou de inassiduidade habitual, ou até mesmo na configuração de incidente de insanidade mental.

Destaque-se que, em duas situações, o ordenamento acima prevê a possibilidade de o servidor trazer atestado de um médico particular (como um assistente técnico seu), para, por exemplo, justificar ausências ou faltas ao serviço - ou quando inferiores a cinco dias e que não some quinze dias em doze meses (conforme o art. 4º do Decreto nº 7.003, de 09/11/09) ou por absoluta inexistência de médico oficial (conforme o § 2º do art. 203 da Lei nº 8.112, de 11/12/90). Nestes casos, em que a Lei prevê a possibilidade de se aceitar atestado passado por médico particular, vincula-se que este atestado somente produzirá seus efeitos jurídicos se apresentado em até cinco dias do início do afastamento e depois de recepcionado pelo setor de recursos humanos (no âmbito da Secretaria do Receita Federal do Brasil, pode-se interpretar que este destinatário do atestado pode ser a unidade de lotação do servidor, ou a projeção regional de gestão de pessoas ou diretamente o núcleo médico da Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda).

Assim, no caso em que a Administração se depara com atestado médico particular, trazido pelo servidor - sem que aqui se autorize que o agente administrativo *lato sensu*, que não é médico oficial, se insurja ou questione a legitimidade em si das conclusões técnicas esposadas no atestado passado por médico particular, mas sim tão somente atendo-se a suas formalidades legais, de prazo, por exemplo - é certo que há amparo legal para apenas considerar tal documento apto a produzir seus efeitos jurídicos se for tempestivamente apresentado à Administração. A não consideração de tais efeitos jurídicos pode se manifestar, por exemplo, desde o imediato e praticamente inquestionável desconto pecuniário até, em um grau muito mais grave e residual, talvez afastar justificativas para ausências e faltas para fim disciplinar.

Ocorre que, para fins disciplinares, a não consideração do atestado particular requer mais do que a simples apresentação intempestiva, pois esta instância atua sobre um bem merecedor de tutela muito mais forte que a repercussão pecuniária. Em instância punitiva, se demonstra mais relevante a análise de mérito que o setor médico oficial pode fazer sobre as informações constantes do atestado particular, homologando-o ou não.

Isto porque, por óbvio, o atestado particular, além de ter de ser apresentado no prazo,

requer também a homologação por parte do setor médico oficial. Por um lado, a homologação oficial do atestado particular trazido pelo servidor, cujo período abrangido afastaria a materialidade do ilícito, ainda que intempestivamente apresentado, veda qualquer repercussão contrária ao servidor, seja pecuniária, seja disciplinar. Por outro lado, no extremo oposto, a não homologação deste atestado particular, ainda que apresentado tempestivamente, dentro da competência legal do setor médico oficial, por discordar material e tecnicamente dos motivos expostos pelo médico particular, em regra, pode permitir a repercussão tanto pecuniária quanto disciplinar. Neste diapasão de não aceitação de atestado particular, embora sabidamente emitido sob o foco específico de discussão de sanidade mental e de capacidade ou não para acompanhar processo disciplinar, merece destaque a manifestação exarada pela Comissão de Coordenação de Correição do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU/CCC), por meio de seu Enunciado CGU/CCC nº 12, de 13 de janeiro de 2016.

*Enunciado CGU/CCC nº 12, de 2016: “Atestado médico particular. Indeferimento de prova pericial. 1. O atestado médico particular não tem, necessariamente, o condão de sobrestar o processo disciplinar. 2. Inexistindo dúvida razoável acerca da capacidade do acusado para o acompanhamento do processo, com base no conjunto probatório carreado aos autos, poderá a prova pericial ser indeferida.”*

E, na situação intermediária, em que a não homologação daquele atestado externo decorre apenas do aspecto formal de ter sido intempestivamente apresentado, ou seja, por aspecto meramente formal, embora se autorize que se proceda ao desconto pecuniário e, em princípio, que até se cogite de suposta configuração de ilícito, tem-se que atuar com cautela para fim disciplinar, sujeitando que a confirmação da imputação ou o seu afastamento dependerá do rito contraditório do devido processo legal, com a análise das peculiaridades de cada caso em concreto.

Tanto é verdade que na situação intermediária acima não se adota nenhuma resposta apriorística para as repercussões e que deve se atentar às condições e particularidades de cada caso, conforme o rito contraditório possa enriquecer a instrução processual, que, neste rumo, se obtêm manifestações jurisprudenciais de diferentes resultados. Menciona-se, primeiramente, julgado em que a Corte Superior manteve a demissão de servidor, por abandono de cargo, em virtude da não homologação de atestado médico particular por aspectos formais, por parte do órgão oficial, destacando-se que, embora o caso em concreto não se referisse a problema de saúde mental, a linha de argumentação do julgado atribuiu relevância ao aspecto formal da homologação do atestado de forma a se presumir que, mesmo que a moléstia fosse mental, a decisão poderia ser a mesma.

*STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 14.816: “Ementa: Administrativo. Mandado de Segurança. Ex-servidor público estadual. Laudo médico. Não homologação. Licença médica não concedida. Faltas ao serviço não abonadas. Abandono de cargo. Ato de demissão. Legalidade. Tendo sido descumprido requisitos básicos exigidos pela lei para concessão de licença médica para tratamento de saúde - como a homologação de laudo médico por órgão competente e reconhecimento de firma em atestado passado por médico particular, tornam-se injustificáveis as faltas cometidas por servidor, inexistindo direito a ser amparado pela via do ‘mandamus’ por revestir-se de legalidade o ato demissório. Recurso ordinário desprovido.”*

Todavia, por outro lado, a mesma Corte Superior, emitiu dois julgados mais recentes, afastando a pena demissória em casos de formal configuração de abandono em que os servidores não haviam cumprido formalidades de apresentar à Administração os atestados médicos de moléstias mentais, acatando a possibilidade de o não cumprimento de formalidade ter se devido justamente à perturbação mental.

*STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 21.392: “Ementa: Processo*

*administrativo disciplinar. Servidor público. Abandono de cargo motivado por quadro de depressão. Animus abandonandi. Não-configuração. II - Os problemas de saúde da recorrente (depressão) ocasionados pela traumática experiência de ter um membro familiar em quadro de dependência química, e as sucessivas licenças médicas concedidas, embora não comunicadas à Administração, afastam a presença do animus abandonandi.”*

*STJ, Recurso Especial nº 637.447: “Ementa: Administrativo. Servidor público. Abandono de cargo. Não-configuração. Existência de justa causa. Inteligência do art. 207, § 1º, da Lei 1.711/52. 2. Hipótese em que o servidor se ausentou por mais de 30 (trinta) dias, sem informar, em momento oportuno, para fins de concessão de licença médica, sua enfermidade psicológica. A situação clínica foi, todavia, posteriormente comprovada por laudo médico, razão pela qual não se configura o abandono de cargo.”*

Por fim, conforme já aduzido em **3.2.5**, a cuja leitura se remete a fim de evitar desnecessária repetição, vale destacar que o fato de o servidor estar de licença médica não necessariamente o impede de acompanhar o processo disciplinar (sobretudo se a licença médica advém de males meramente físicos, dissociados da capacidade mental).

#### **4.4.9.2 - Integrante de Comissão Designado para Atuar como Perito Externo**

Conforme já aduzido em **4.2.6**, pode ocorrer (sobretudo em hipótese de transcurso simultâneo de instâncias administrativa e criminal, por exemplo) de o Poder Judiciário ou o Ministério Público ou qualquer outro órgão necessitar que algum servidor atue na instância judicial como perito ou auxiliar, em função de seus conhecimentos técnicos específicos. Caso, em primeiro momento, esta requisição seja apresentada diretamente ao próprio servidor que atua em atividades correcionais, de acordo com o *caput* do art. 21 da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, este deve comunicar o fato para a autoridade instauradora e para seu chefe imediato (caso estas autoridades sejam distintas, como na hipótese de servidor convocado), ainda que não integre comissão ou que a comissão por ele integrada conduza apurações sobre fatos distintos dos que originaram a designação como perito ou auxiliar. No caso de a requisição recair sobre integrante de comissão que conduza apurações sobre os mesmos fatos que justificaram a designação como perito ou auxiliar, ao ter tomado conhecimento da demanda externa, seja por intermédio do próprio integrante requisitado, seja por ter recebido diretamente a requisição do Poder Judiciário ou do Ministério Público, cabe primeiramente à autoridade instauradora provocar a instância fiscal, com o fim de obter indicação de outro servidor estranho ao processo administrativo disciplinar a ser ofertado ao órgão requisitante para desempenhar a tarefa. Isto porque os parágrafos únicos dos mesmos dispositivos normativos determinam, como hipótese de impedimento, que o servidor seja imediatamente afastado da comissão que porventura integre e que conduza apurações acerca do mesmo fato objeto de sua designação como perito ou auxiliar, como se operasse a presunção de que a atuação como perito ou auxiliar contamina a isenção para continuar na comissão. O comando encartado no parágrafo único do art. 21 da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, termina por esclarecer a motivação preventiva do *caput* dos mesmos dispositivos, uma vez que, já sabendo previamente da designação de qualquer servidor como perito ou auxiliar, a autoridade instauradora já não o inclui em comissões.

Mas é de se reconhecer que esta hipótese de impedimento acrescentada no ordenamento pelo parágrafo único do art. 21 da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, a rigor, não se alinha aos limites do art. 18 da Lei nº 9.784, de 29/01/99. Obviamente, os dispositivos são válidos e vigoram no ordenamento interno, mas extrapolam os limites do impedimento previsto na Lei, porque o texto legal restringe a crítica inafastável à isenção à hipótese de o servidor acumular mais de uma atuação no mesmo processo, mas não para processos distintos, como é o caso da hipótese regulamentada pela Portaria MF e pela Portaria RFB, já que a atuação em procedimento no âmbito do Ministério Público ou em processo no âmbito do

Poder Judiciário passou a também impor vedação intransponível para atuação em outro feito, na instância disciplinar.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 21. O servidor que atue em atividades correccionais e que seja designado para atuar como perito ou auxiliar do Poder Judiciário, do Ministério Público ou de qualquer outro órgão deverá comunicar tal fato à respectiva corregedoria e ao titular do órgão ou da unidade de lotação, independentemente de qualquer ato nesse sentido praticado pela autoridade que o designou.*

*Parágrafo único. O servidor que for designado para atuar como perito, nas situações previstas no caput deste artigo, será afastado imediatamente das atividades da comissão de sindicância ou de processo disciplinar que trate dos mesmos fatos objeto da perícia.*

#### **4.4.10 - Consultas ou Assistências Técnicas e Requisições de Dados ou Informações a Unidades ou Órgãos**

É comum, no curso do processo administrativo disciplinar - em que pode se apurar tanto fato circunscrito a uma determinada área de conhecimento técnico (fiscal ou não) da Secretaria da Receita Federal do Brasil quanto fato que não se circunscreva às competências regimentais do órgão -, que a comissão necessite solicitar documentos, dados ou informações a unidades internas ou a órgãos, entidades ou até Poderes externos ou ainda que os consulte, acerca de temas de suas respectivas competências.

Quanto a simples pedidos de documentos ou de informações ou dados já prontos e acabados em si, de posse de unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil ou de posse de órgãos, entidades ou Poderes externos, não há nenhum regramento interno que discipline a proceduralização do envio da solicitação, por parte da comissão. Assim, independentemente das Regiões Fiscais em que transcorre o processo e em que se localiza o destinatário da solicitação, em atenção aos princípios do formalismo moderado e da legalidade, é de se subentender que a comissão é tacitamente autorizada a proceder a tais pedidos diretamente, por meio de atos de comunicação assinados por seu presidente (nas formas e meios permitidos em **4.3.11.3**), sendo desnecessário fazê-los passar pela autoridade instauradora ou por qualquer outra autoridade superior, bem como também para indicar seu próprio endereço de instalação, a fim de lhe serem diretamente dirigidos os documentos, dados ou informações solicitados.

A afirmação acima em nada interfere (nem a obrigando e tampouco vedando-a) na praxe eventualmente ajustada por determinados Chefes de Escor com os presidentes das comissões - ou, por vezes, ao contrário, por prática solicitada por alguns presidentes de comissão ao Chefe de Escor - no sentido de que pedidos do colegiado dirigidos a Poder Judiciário e a Ministério Público sejam encaminhados pela autoridade instauradora, como forma de supostamente agregar maior relevância ao pleito subscrito pelo detentor daquele cargo de chefia.

Avançando no tema, pode ser necessário à comissão obter não apenas um documento ou um dado pronto e já existente em si, mas sim formular uma consulta, interna ou externa, envolvendo algum questionamento acerca de um tema técnico para o qual não se sinta segura ou competente para firmar entendimento.

Neste tema, inicialmente focando-se nas consultas acerca de matérias afetas às diversas áreas de atuação técnica da Secretaria da Receita Federal do Brasil, repisa-se a relevância da designação de pelo menos um integrante da comissão com conhecimentos da área-fim de que trata o processo, como forma de suprir o colegiado de condições de ele mesmo realizar pesquisas, exames, etc, diminuindo a dependência em relação a agentes externos ao trio. Isto porque, no caso da Secretaria da Receita Federal do Brasil, os

integrantes das comissões, em razão dos cargos que ocupam, têm competência de direito para se manifestarem sobre matéria aduaneira, de fiscalização, de arrecadação, previdenciária, etc. Ademais, convém destacar que, à vista das possibilidades de acarretar demora na apuração, a consulta somente deve ter sua realização deliberada pela comissão se o fato em questão for imprescindivelmente relevante para o deslinde do processo e se seu esclarecimento depender única e exclusivamente de conhecimento técnico especializado, sem outra forma de ser suprido.

Caso efetivamente se configure esta situação excepcional, em que se requeira conhecimento técnico específico de área da Secretaria da Receita Federal do Brasil, pode então, por meio do instituto da consulta, a comissão buscar informações procedimentais com as Coordenações-Gerais regimentalmente competentes para matérias específicas (Cotec, Cosit, Codac, Cofis, Coana, por exemplo) ou com suas projeções regionais. Como forma de buscar maior agilização, convém que a comissão entre em contato com a unidade onde será realizada a prova, com o fim de identificar quem efetivamente procederá ao trabalho e de buscar um contato pessoal. E, em termos de instrumentalização formal de consulta à unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil, novamente em atenção aos princípios do formalismo moderado e da legalidade, é de se subentender que a comissão é tacitamente autorizada a se reportar diretamente à autoridade local, seja da unidade de lotação ou de exercício do acusado, seja da unidade em que se deu o fato, seja de qualquer outra, mesmo de RF diferente de onde transcorre o apuratório, por meio de ato de comunicação assinado por seu presidente (nas formas e meios permitidos em **4.3.11.3**), sendo desnecessário fazê-lo passar pela autoridade instauradora ou por qualquer outra autoridade superior, bem como também para indicar seu próprio endereço de instalação, a fim de lhe ser diretamente dirigida a resposta.

São igualmente válidas para as consultas a serem formuladas a órgãos, entidades ou Poderes externos à Secretaria da Receita Federal do Brasil as recomendações para que, à vista da possível demora em obter a resposta, somente delibere tal ato quando absolutamente imprescindível ao esclarecimento fático e para que, previamente, a comissão busque um contato pessoal com quem realizará a prova, a fim de agilizar a obtenção do resultado - a rigor, neste caso, tal contato prévio até se demonstra mais recomendável, com o fim de evitar postergação no atendimento da demanda.

Em termos de consultas a órgãos, entidades ou Poderes externos, a normatização infralegal, operada pelo art. 19 da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, prevê apenas um rigor formal diferenciado quando se trata de consultas referentes a temas da competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que devem ser encaminhadas, via Chefe de Escor, pelo Corregedor.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 19. As consultas, em matéria disciplinar, dirigidas à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional serão encaminhadas por intermédio do Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda ou pelo Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

Na ausência de similares regramentos para consultas a demais órgãos, entidades ou Poderes externos à Secretaria da Receita Federal do Brasil, mais uma vez sob a luz dos princípios do formalismo moderado e da legalidade, presume-se que a Administração concedeu autorização para que a comissão se reporte diretamente à respectiva autoridade competente, sem necessidade de provocação da via hierárquica interna, bem como indique seu próprio endereço de instalação para recebimento da resposta. Não obstante parecer pouco plausível o emprego do instituto da consulta dirigido a Poder Judiciário e a Ministério Público, pode-se repetir aqui o que se afirmou em linhas anteriores, acerca da aceitável prática ajustada entre determinados Chefes de Escor e presidentes de comissões, no sentido de que provocações dirigidas àqueles órgãos sejam encaminhadas pela autoridade instauradora.

Convém ressaltar, neste aspecto excepcional de a demanda da comissão externa

passar por autoridades internas - seja por expressa previsão legal, como no caso de consultas à Procuradoria-Geral da Fazenda, seja por ajuste discricionário entre Chefes de Escor e presidentes de comissões, nos pedidos de documentos, dados ou informações ou consultas a Poder Judiciário e a Ministério Público - que se não concede à autoridade instauradora (ou qualquer a outra autoridade hierárquica) o poder de apreciar a aplicabilidade ou não do pedido ou da consulta formulada pelo colegiado sob suas garantias de autonomia e independência, mas sim tão somente suprir o conhecimento à autoridade superior de que houve provocação a determinado órgão externo de relevância.

Ao final da consulta remetida à unidade da própria Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a órgão, entidade ou Poder externo, caso a comissão entenda que o assunto e, por conseguinte, a resposta obtida são de abrangência teórica e relevância tais que se vislumbra aplicar a outros casos e justificar a adoção de determinado entendimento, pode encaminhar cópia à Coger, a fim de disseminar e uniformizar o tema.

Por fim, diferenciando as assistências técnicas das consultas, tem-se que as demandas da comissão tanto podem ater-se apenas a meros aspectos procedimentais relacionados aos fatos investigados, cuja normatização ou orientação esteja afeta a outra área da Secretaria da Receita Federal do Brasil, distinta da Corregedoria (que são as demandas solucionáveis por meras consultas), quanto podem exigir conhecimentos técnicos de maior especificidade, que requeiram a indicação individualizada de determinados especialistas na matéria.

Grosso modo, enquanto a consulta se resume ao encaminhamento de quesitos que impessoalmente podem ser esclarecidos pela autoridade que responde por determinada área técnica, as assistências técnicas se empregam quando se necessita que um servidor especializado em determinada matéria se dedique a analisar dados, informações, documentos, procedimentos ou normas pré-existentes e que, de alguma forma, interessam ao esclarecimento dos fatos sob apuração, com o fim de permitir que os membros da comissão laborem um próprio entendimento ao qual não lograrão chegar - por ausência de conhecimentos específicos sobre aquele tema - sem o auxílio do assistente técnico.

É de se destacar que a assistência técnica (sem confundir com assessoria técnica) apenas propiciará à comissão informações técnicas, sobre determinado assunto, que lhe permitirão orientar-se acerca dos rumos da apuração. Diferentemente da prova pericial *lato sensu* (perícia *stricto sensu* e assessoria técnica), em que o perito ou o assessor técnico laboram uma prova, ao redigirem o laudo pericial ou técnico, o assistente técnico não elabora uma prova em si, mas tão somente fornece elementos para apreciação de provas já existentes ou coleta de novas provas e até mesmo para auxiliar a comissão na elaboração de quesitos para o perito ou para o assessor técnico ou no entendimento do respectivo laudo exarado. Diferentemente da perícia, que é considerada prova do processo (daí se recomendar que se encaminhe o pedido de realização via autoridade instauradora), a assistência técnica é da comissão.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/4.

*Nota Técnica Coger nº 2005/4: “Ementa: A Comissão Disciplinar tem competência legal para opinar sobre qualquer assunto da alçada da SRF, desde que não exija conhecimento especial de perito, conforme § 2º, do art. 156, da Lei nº 8.112, de 1990. No entanto, quando entender que lhe falta conhecimento técnico a respeito do assunto, poderá requerer assistência técnica a órgãos ou a profissionais especializados, tanto dos quadros da SRF, quanto de outros entes externos, em acordo com os preceitos do art. 155 da mesma Lei. (...)*

*5. Por outro lado, entende-se que a assistência técnica fornecerá à comissão dados técnicos sobre determinado assunto, permitindo uma melhor orientação acerca dos rumos da investigação. A assistência técnica não elabora uma prova em si, mas propicia elementos para apreciação de provas já existentes ou coleta de novas provas. Como exemplos, pode-se citar o caso de solicitação a*

*uma unidade especializada da Secretaria da Receita Federal - SRF - acerca do funcionamento de um determinado sistema informatizado ou um requerimento ao Banco Central referente a procedimentos comumente utilizados para envio de divisas ao exterior.”*

Em outras palavras, enquanto o perito e o assessor técnico emitem juízo de valor sobre fatos ou dados pré-existentes acerca dos quais sejam especialistas ou detenham específico conhecimento, por meio de laudo que, ao final, consubstancia-se em si como prova, o assistente técnico apenas provê subsídios à comissão, por meio dos conhecimentos ou informação repassados, para que ela mesma forme seu juízo de valor acerca dos fatos ou dados pré-existentes, não laborando uma prova.

O art. 156 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, determina que deve ser oportunizado ao acusado o direito de formular quesitos à perícia e à assessoria técnica, sem mencionar assistência técnica. Não obstante, na esteira, é recomendável estender o mesmo direito aos casos relativos à demanda por assistência técnica pela comissão disciplinar, notificando o acusado (nas formas e meios permitidos em **4.3.11.3** e em **4.4.3**), mas sem prejuízo da prerrogativa de o colegiado, com base no art. 156, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, indeferir quesitos impertinentes, protelatórios ou sem interesse para o esclarecimento dos fatos.

Feita a presente diferenciação entre perícia (*lato sensu*) e assistência técnica provocada pela comissão na forma como são empregados em instância disciplinar, convém reiterar o já exposto em **4.4.9**, quando se abordaram as provas pericial e de assessoria técnica e a cuja leitura se remete. Aplica-se igualmente aqui a possibilidade de a defesa constituir seu próprio assistente técnico particular, para auxiliá-la tanto em quesitação prévia quanto em contestação posterior à participação do assistente técnico oficialmente designado, restando vedada a atuação daquele agente privado no curso e no momento de atuação deste agente público.

Também reitera-se aqui o comando já externado no tópico supracitado, para solucionar a necessidade da comissão e para instrumentalizar tanto o instituto da consulta quanto o instituto da assistência técnica, positivado no art. 13 da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Fazenda, prevê a competência para que a autoridade disciplinar requirite a titulares de unidades do órgão da Pasta a indicação de servidores para o tipo de atuação de que ora se trata, reservando que, como regra geral, sobre este servidor não recai ônus de dedicação integral, a menos de casos de específica extrema necessidade.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 13. A autoridade instauradora de procedimentos correcionais poderá requerer aos titulares das unidades dos órgãos que compõem a estrutura do Ministério a indicação de servidores para auxiliar os trabalhos na condição de assistentes técnicos ou peritos.*

*Parágrafo único. A indicação para assistente técnico ou perito não demanda dedicação integral por parte do servidor indicado, a não ser em caso de extrema necessidade.*

Por fim, convém lembrar a cláusula de sigilo que recai sobre a matéria disciplinar, de forma que, caso seja necessário o repasse de elementos dos autos para uma unidade estranha ao sistema correcional ou para um órgão estranho à Secretaria da Receita Federal do Brasil ou individualmente para um assistente técnico, deve a comissão cuidar de fazê-lo no limite dos documentos necessários à resposta esperada, não cabendo entrega de cópia integral dos autos. E a cautela se redobra, à vista de dados protegidos por sigilo fiscal, no caso provocação remetida a órgão externo.

#### **4.4.11 - Acareação**

Expressamente, para casos em que se detectem contradições em seus depoimentos, o art. 158, § 2º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, prevê a realização de acareação entre testemunhas.

O art. 159, § 1º da mesma Lei também prevê acareação entre acusados quando divergirem em seus interrogatórios. Em sentido estrito, a Lei não prevê acareação entre testemunha e acusado, mas também não a veda de forma expressa. Não obstante, se aceita que, tomados aqueles dispositivos estatutários em leitura mais abrangente, em conjunto com uma aplicação extensiva do art. 229 do CPP, até se pode cogitar de acareação entre testemunhas e acusados, apesar de suas opostas possibilidades de omitir verdades e de não produzir provas contra si mesmos.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 158.*

*§ 2º Na hipótese de depoimentos contraditórios ou que se infirmem, proceder-se-á a acareação entre os depoentes.*

*Art. 159.*

*§ 1º No caso de mais de um acusado, cada um deles será ouvido separadamente, e sempre que divergirem em suas declarações sobre fatos ou circunstâncias, será promovida a acareação entre eles.*

*CPP - Art. 229. A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.*

*Parágrafo único. Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação.*

Todavia, em virtude de figurarem no processo de forma diferenciada (enquanto um se submete ao compromisso de verdade, o outro tem a prerrogativa de não se autoincriminar), não é recomendável acarear testemunha e acusado, devido à prerrogativa deste último de não se submeter ao compromisso da verdade. E, daí, pode-se estender a crítica também para a realização de acareação entre acusados, já que ambos se protegem com a mesma garantia constitucional.

Destaque-se que, a menos de excepcionalíssimas hipóteses de confissão por parte do acusado, pode, de fato, nas questões centrais acerca da materialidade e da autoria, haver divergência de provas orais entre testemunha que depõe contrariamente ao acusado e o interrogatório deste. Dependendo do grau de conhecimento das testemunhas acerca da ilicitude cometida pelo acusado, pode mesmo ocorrer no processo administrativo disciplinar a inconsistência entre as provas orais tomadas das testemunhas compromissadas em não incorrer em crime de falso testemunho e a prova oral tomada do acusado que, ao contrário, dispõe da garantia constitucional de não ser obrigado a se autoincriminar. Igualmente, em processo administrativo disciplinar com mais de um acusado, pode ocorrer de seus interesses e estratégias de defesa serem colidentes, de forma a, cada um, tentar imputar cometimentos e responsabilidades ao outro, em manifestações discrepantes nos respectivos interrogatórios.

Sejam quais forem as provas orais em que se demonstra divergência, competindo à comissão a condução dos trabalhos apuratórios, cabe-lhe apreciar, primeiramente, se o ponto de discrepância é de resolução absolutamente imprescindível para o correto esclarecimento dos fatos. Não o sendo, a eficiência processual indica e ampara a dispensabilidade da realização da acareação, ainda que solicitada pela defesa (nos termos já mencionados em **4.4.1.5**, em que a comissão tem o poder, estabelecido no § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para denegar a realização de provas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias).

E, mesmo quando a divergência se demonstra relevante para o fim de corretamente esclarecer os fatos sob apuração, ainda assim, cabe à comissão apreciar se, por meio de outras provas válidas, não se obtém o necessário esclarecimento, podendo-se também dispensar a realização da constrangedora, onerosa e em geral improdutiva prova de acareação (embora prevista na Lei, é uma prova de residual aplicação).

O que importa destacar é que acareação é remédio excepcional, a ser empregado apenas quando a divergência reside em aspecto relevante de fato ou de circunstância e seu

esclarecimento é imprescindível para o apuratório, não sendo possível esclarecer por meio de outro tipo de prova. Ou seja, embora o texto legal em princípio pareça impositivo quanto à realização de acareação, a comissão pode ver-se diante de divergência não relevante ou sanável por outro meio, de forma a não realizar a acareação e sem que isto configure cerceamento a direito de defesa e, conseqüentemente, sem que acarrete nulidade.

*“A acareação tem de ser usada em situação extrema, quando os depoimentos forem conflitantes em pontos fundamentais e quando não for possível, de outra forma, esclarecer a divergência (...)*

*(...) Pessoalmente, nos alinhamos à (...) corrente que vê a presença do acusado numa acareação como forma de, indiretamente, constrangê-lo a um pronunciamento que, geralmente, lhe será desfavorável.” Léo da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, pgs. 205 e 206, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

E tal entendimento advém da aplicação extensiva do princípio da livre valoração da prova, insculpido no *caput* do art. 155 do CPP, no curso da fase de inquérito administrativo, sob condução da comissão, conforme melhor se abordará em **4.4.18.1**. Segundo este princípio, cabe à comissão avaliar a pertinência ou não de realizar determinada prova, à vista daquele já mencionado comprometimento de seus trabalhos com o interesse público e com a oficialidade na busca da verdade material.

Prevalecendo, como sói ocorrer, a aplicação extensiva do princípio da livre valoração da prova, diante de provas orais que se infirmam, cabe à comissão apreciar se, à vista do conjunto probatório por ela mesma coletado, não é possível discernir o esclarecimento desta divergência de outra forma, sem realizar a acareação. Assim o fazendo, seja valorando uma prova em detrimento de outra, ou valorando outra em detrimento de uma, a comissão está tomando para si, de forma absolutamente lícita, o emprego do princípio da livre valoração da prova.

E isto é mais frequente de ocorrer em razão de divergência entre depoimentos de testemunhas compromissadas, afirmando determinado fato, e interrogatório do acusado, negando-o. Em tal situação, à vista do conjunto probatório, pode a comissão compreender que, especificamente no ponto de divergência, pela natural condição de não se autoincriminar, não se deve conferir fé a informações prestadas pelo acusado (ressalvando que tal entendimento é pontual, atuando apenas naqueles quesitos específicos onde reside a divergência, sem que isto signifique negação total de valor a toda extensão do interrogatório). Em tais casos, compete à comissão a seu exclusivo e autônomo critério, avaliar que, embora o interrogatório seja uma prova válida e perfeita, deve ter seu valor de formação de convencimento minorado em determinados pontos específicos que se contrapõem a outras provas mais robustas e críveis e, mesmo sendo tais outras provas também de natureza oral (como testemunhos), não cogitar, licitamente, sem incursão em qualquer ilegalidade ou nulidade, de realizar acareação. A mesma compreensão também é válida quando a divergência reside entre interrogatórios colidentes de mais de um acusado, podendo a comissão minorar o valor de parte de alguma destas provas orais, em comparação ao robusto conjunto probatório em contrário.

Mas, em situação excepcional, caso não se aplique o que acima foi exposto, tendo sido constatada divergência relevante e insolucionável por outro meio, o presidente da comissão, nas formas e meios permitidos em **4.3.11.3** e em **4.4.3**, intimará os depoentes cujas declarações sejam divergentes, indicando local, dia e hora para a competente acareação e também notificará o acusado, com três dias úteis de antecedência (art. 41 da Lei nº 9.784, de 29/01/99).

Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergência, reduzindo-se a termo o ato de acareação, que será assinado pelos acareados e pelos integrantes da comissão. As perguntas previamente elaboradas em conjunto pela comissão devem ser

apresentadas pelo presidente com precisão e habilidade. Relembre-se o já aduzido em **4.4.1.2**, no sentido de que esta postura presidencialista não é levada a rigor na espontânea participação dos dois vogais, podendo estes membros apresentar quesitos complementares a qualquer momento e diretamente aos acareados. Tratando-se de acareação entre testemunhas, ao final, passa-se a palavra ao acusado ou a seu procurador, para que caso queiram, apresentem suas perguntas aos acareados, referentes aos pontos de divergência, registrando em termo a opção de não usar a faculdade.

*“Na acareação, o procurador do acusado pode reperguntar como se fosse na inquirição.” Wolgran Junqueira Ferreira, “Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União”, pg. 144, Edições Profissionais, 1ª edição, 1992*

O termo de acareação deverá conter referências sobre as declarações anteriores dos acareados e se foram ou não confirmadas.

Se ausente algum dos intimados para a acareação, ao que estiver presente dar-se-á a conhecer os pontos de divergência, consignando-se o que explicar ou observar.

*CPP - Art. 230. Se ausente alguma testemunha, cujas declarações diverjam das de outra, que esteja presente, a esta se darão a conhecer os pontos da divergência, consignando-se no auto o que explicar ou observar. (...)*

Obviamente com muito mais ressalvas acerca da intransponível necessidade de se proceder a este tipo de prova em processo administrativo disciplinar, informe-se que, no que for cabível e necessário, pode-se empregar a ferramenta da videoconferência, conforme apresentada em **4.4.4.6** e em **4.4.16.7**, para se realizar acareação.

*CPC - Art. 461.*

*§ 2º A acareação pode ser realizada por videoconferência ou por outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.*

*Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 01/11/11 - Art. 1º O Sistema de Correição do Poder Executivo Federal SisCor-PEF, visando instrumentalizar a realização de atos processuais a distância, poderá promover a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa, na forma disciplinada nesta Instrução Normativa.*

#### **4.4.12 - Atos de Instrução que Envolvem Sigilos Fiscal ou Bancário**

Abordando introdutoriamente, de forma conjunta, a possibilidade de afastamento das cláusulas de sigilo fiscal e de sigilo bancário, com o fim específico de se poder juntar tais dados do próprio acusado e até de terceiros no PAD, de imediato, afirma-se que ambas se inserem na proteção constitucional da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no inciso X do art. 5º da Constituição Federal (CF). Não obstante, sendo conhecida a necessidade cada vez maior de se aparelhar o Estado no combate a ilícitos disciplinares e penais, não há que se cogitar de caráter absoluto dos direitos individuais. Estas duas espécies de sigilo são relativas e apresentam limites, podendo os dados protegidos serem disponibilizados sob condições previstas em lei, uma vez que deve prevalecer o interesse público em detrimento do interesse particular, à luz do que a doutrina e a jurisprudência consagram como princípio da convivência das liberdades. Esta possibilidade de afastamento de cláusulas preservadoras da intimidade e da vida privada restou positivada no art. 31, § 4º da Lei nº 12.527, de 18/11/11.

*Lei nº 12.527, de 18/11/11 - Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.*

*§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:*

*I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e*

*II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.*

*§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.*

*STF, Mandado de Segurança nº 23.452, Voto: “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas, individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.”*

*Idem: STF, Mandado de Segurança nº 24.369; e Justiça Federal de 1ª Instância, Ação Cautelar nº 2001.5101003489-6*

*“É que os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.” Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, “As Nulidades no Processo Penal”, pg. 145, Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2006*

De um lado, é certo que no contexto atual surgem situações em que agentes públicos e instituições financeiras - mais do que simplesmente terem amparo - devem mesmo repassar a outras autoridades os dados fiscais ou bancários a que têm acesso em função do ofício, pois não se cogita de que a garantia fundamental da pessoa tenha sido erigida na CF com o fim de acobertar ilícitos e proteger infratores, em detrimento do interesse público. Na presunção de boa-fé a informar o Direito, os sigilos constitucionalmente eleitos devem proteger apenas as operações lícitas, sendo certa, portanto, a possibilidade de se juntarem ao PAD dados protegidos por aquelas cláusulas de sigilo, tanto do próprio acusado como até, se necessário, de terceiros.

Mas, por outro lado, é de se destacar que os sigilos fiscal e bancário somente devem ser afastados diante da existência de fundados indícios de grave irregularidade e em caráter excepcional, quando o interesse público deve prevalecer sobre o direito individual. E, mesmo nestas hipóteses excepcionais, os dados disponibilizados somente devem ser utilizados pela autoridade solicitante de forma restrita, limitadamente para a apuração que justificou o afastamento da inviolabilidade, mantendo-se a obrigação do sigilo em relação às pessoas estranhas ao processo ou procedimento administrativo em curso.

Os cuidados na autuação, em processo administrativo disciplinar, de dados desta natureza foram mencionados em **4.3.11.7**, a cuja leitura se remete.

Conforme melhor se abordará em **4.4.12.2** e em **4.4.12.5**, embora o tema seja aqui exposto como parte da instrução probatória em meio ao inquérito administrativo de um rito disciplinar já instaurado, nada impede que também seja aplicável para procedimentos de índole inquisitorial ou investigativa, em que se inclui, exemplificadamente, a fase de admissibilidade, ainda a cargo da autoridade instauradora.

Preambularmente às descrições das peculiaridades das duas espécies de sigilo, é de se recomendar que, caso a Administração se depare com situação de tamanha relevância que

justifique acessar os dados protegidos por sigilos fiscal ou bancário, antes de seguir os ritos positivados para afastar as cláusulas de garantia fundamental da pessoa (quando houver necessidade de rito), se solicite ao próprio servidor a renúncia expressa dos sigilos.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 18.*

*§ 3º A comissão deverá solicitar do sindicado, sempre que possível, a renúncia expressa aos sigilos fiscal e bancário, com a apresentação das informações e documentos necessários para a instrução do procedimento.*

#### **4.4.12.1 - O Dever Funcional de o Agente do Fisco Guardar Sigilo dos Dados Fiscais e a Questão do Ministério Público**

Iniciando-se pelo sigilo fiscal, tem-se que ao mesmo tempo em que o ordenamento permite ao Fisco acessar dados patrimoniais, econômicos e financeiros de pessoas físicas e jurídicas a fim de proceder à sua competência constitucional e legal, este mesmo ordenamento veda que o agente fiscal torne públicos os dados particulares obtidos em razão do ofício, e considera que a imotivada divulgação configura violação do dever de guardar sigilo funcional, com repercussões administrativa e até penal e civil.

Assim, a menos de, em primeira hipótese, o próprio indivíduo espontaneamente concordar com o repasse destes seus dados a terceira pessoa, a regra geral é da proibição da violação do sigilo por parte de agentes públicos que, em função do cargo que ocupam, acessam tais dados. Mais especificamente, sendo, em âmbito federal, a Secretaria da Receita Federal do Brasil o órgão legalmente competente a dispor, para seu múnus oficial e de interesse público, da base de dados reveladora da riqueza do universo dos contribuintes, a seus agentes cabe a regra geral da inviolabilidade da intimidade e privacidade alheias.

Neste tema, de imediato, convém delimitar o alcance da expressão “sigilo fiscal”. Preambularmente, tal tarefa se escora na definição genérica que se pode extrair da atual literalidade do art. 198 do Código Tributário Nacional (CTN). No escopo próprio de uma Lei Complementar definidora de normas gerais sobre o Direito Tributário pátrio, o mencionado dispositivo legal permite extrair de sua leitura que o sigilo fiscal projeta-se sobre os dados que revelam a situação econômica ou financeira da pessoa física ou jurídica, no que se inclui a propriedade de qualquer tipo de bens e riqueza em geral, ou a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

*CTN - Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. (Redação dada pela Lei Complementar nº 104, de 10/01/01)*

Tão somente por esta definição genérica, jamais se duvidou, pelo simples senso comum, que, por um lado, a obrigatoriedade de guardar sigilo se opera, por exemplo, sobre as declarações de ajuste anual de imposto sobre a renda de pessoas física ou jurídica e sobre os balanços contábeis destas últimas. Também, por outro lado, sempre restou inequívoco que não são protegidos pela cláusula de sigilo fiscal os meros dados cadastrais de identificação de contribuintes (tais como nome, endereço, filiação e contatos pessoais e eletrônicos e a regularidade ou não de sua situação fiscal) e composição societária. E, neste sentido, mencionem-se manifestações tanto da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional quanto da Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio da Cosit.

*Parecer PGFN/CDA nº 2.152/2007: “11. Observamos que dados meramente cadastrais não estão resguardados por qualquer espécie de sigilo, visto que são dados costumeiramente fornecidos pelos sujeitos em sua vida social, negocial, cotidiana, v.g.: número do CPF, CNPJ, RG, telefone, agência e conta bancária, nome completo, estado civil, endereço, bens legalmente submetidos a registro público, pessoas jurídicas de que participa, ascendentes, descendentes,*

*etc. Estes dados, por serem fornecidos pelo próprio sujeito espontaneamente e usualmente ou por obrigação legal a registros públicos, não integram a sua esfera da intimidade ou da vida privada, sendo dotados de certo grau de publicidade inerente ao seu uso na sociedade. Basta ver que qualquer folha de talão de cheques contém boa parte deles.”*

*Solução de Consulta Interna-Cosit nº 24, de 30/08/10: “10. No que diz respeito ao fornecimento de endereço do contribuinte (quinta e sexta questões apresentadas), conforme ficou assente na SCI Cosit nº 16, de 21 de junho de 2005, não se trata de informação protegida pelo sigilo fiscal.*

*10.1 O CTN estabelece que a prestação de assistência mútua e a permuta de informações entre as Fazendas Públicas depende de previsão em lei ou convênios (art. 199), silenciando-se quanto à necessidade de convênios na prestação de informações econômico-fiscais não abrangidas pelo sigilo. Não obstante, visando uniformizar e controlar a disseminação de informações, a IN SRF nº 19, de 1998, disciplinou os procedimentos de fornecimento de dados cadastrais e econômico-fiscais da RFB a outros órgãos ou entidades.*

*10.2 Segundo o § 1º do art. 2º da IN SRF nº 19, de 1998, o fornecimento desses dados está limitado àqueles constantes de cadastro de domínio público e àqueles que não informem a situação econômica ou financeira dos contribuintes. O § 2º do art. 2º desse ato normativo prescreve que se considera de domínio público os dados das pessoas físicas ou jurídicas, que, por força de lei, devam ser submetidos a registro público.*

*10.3 O endereço se enquadra naqueles “dados que não informem a situação econômica ou financeira dos contribuintes”, constante da parte final do § 1º do art. 2º da IN SRF nº 19, de 1998. A prestação dessa informação consta de alguns convênios celebrados pela RFB com órgãos públicos, como por exemplo o convênio celebrado entre a RFB e o Ministério Público de Minas Gerais.*

*10.4 Assim, em caso de informação a ser prestada sistematicamente, deve-se celebrar convênio com o objetivo de uniformizar e controlar a transferência dos dados da RFB, até porque na maioria dos casos essa transferência se dá via internet, mediante consulta on line, sem a interferência direta desse órgão.”*

Neste rumo, a Secretaria da Receita Federal do Brasil objetivou regulamentar o tema, restritamente no que se refere a acesso a informações protegidas por sigilo fiscal constantes de seus próprios sistemas informatizados, por meio da Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11. Esta norma interna se, por um lado, pouco avançou no esclarecimento de que agentes estão ou não autorizados a acessarem os dados protegidos por sigilo fiscal, por outro lado, na definição da expressão, embora inicialmente tenha reproduzido os mesmos termos do *caput* do art. 198 do CTN, como inovação, trouxe ao ordenamento uma lista exemplificativa de informações que se deve considerar protegidas por sigilo fiscal, ao mesmo tempo em que apresentou uma delimitação do alcance desta expressão.

Assim, definiu-se a regra geral, de forma bastante ampla, de que, subjetivamente, no caso específico de dados sigilosos constantes em sistemas informatizados, deve o usuário (de se destacar que a norma não emprega o termo “servidor”) possuir senha, chave de acesso, certificação digital ou qualquer outro mecanismo de segurança regularmente concedido ao usuário, condição esta, que a *contrario sensu* da leitura da norma, resta dispensada no caso de dados sigilosos constantes em outros meios físicos, acessados através do manuseio de processos e demais expedientes ou documentos.

Objetivamente, foram definidos como dados protegidos por sigilo fiscal todos aqueles obtidos em razão do ofício que revelem a riqueza de forma mais geral de sujeito passivo e de terceiros ou que revelem suas atividades negociais e empresariais quando as informações destas atividades foram obtidas para fins de fiscalização e arrecadação tributária (tanto de tributos internos quanto aduaneiros). Por outro lado, a norma interna expressou a exclusão de meros dados cadastrais de identificação de contribuintes, que abarcam a participação societária, e da regularidade de sua situação fiscal, bem como dados econômico-fiscais

apresentados de forma agregada.

*Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11 - Art. 2º São protegidas por sigilo fiscal as informações sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades, obtidas em razão do ofício para fins de arrecadação e fiscalização de tributos, inclusive aduaneiros, tais como:*

*I - as relativas a rendas, rendimentos, patrimônio, débitos, créditos, dívidas e movimentação financeira ou patrimonial;*

*II - as que revelem negócios, contratos, relacionamentos comerciais, fornecedores, clientes e volumes ou valores de compra e venda;*

*III - as relativas a projetos, processos industriais, fórmulas, composição e fatores de produção.*

*§ 1º Não estão protegidas pelo sigilo fiscal as informações:*

*I - cadastrais do sujeito passivo, assim entendidas as que permitam sua identificação e individualização, tais como nome, data de nascimento, endereço, filiação, qualificação e composição societária;*

*II - cadastrais relativas à regularidade fiscal do sujeito passivo, desde que não revelem valores de débitos ou créditos;*

*III - agregadas, que não identifiquem o sujeito passivo; e*

*IV - previstas no § 3º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 1966.*

*§ 2º A divulgação das informações referidas no § 1º caracteriza descumprimento do dever de sigilo funcional previsto no art. 116, inciso VIII, da Lei nº 8.112, de 1990.*

*Art. 3º No âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, o acesso a informações de que trata esta Portaria restringir-se-á aos usuários que possuam senha, chave de acesso, certificação digital ou qualquer outro mecanismo de segurança que lhe tenha sido regularmente concedido, nos termos de portaria específica de sistemas e perfis, que autorize o seu acesso às bases de dados informatizadas.*

Ainda que se possa interpretar que, ao associar os dados fiscais às atividades de arrecadação e fiscalização tributária, a norma tenha se referido apenas a servidores estatutários, é de se destacar que, a rigor, não há clara delimitação subjetiva sobre o tema de acesso a dados fiscais constantes de sistemas informatizados, pois, ao mencionar a condição de acesso, empregou-se o termo genérico “usuário”.

A necessidade de se enfrentar o tema redundou ainda na elaboração do Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria RFB nº 3.541, de 07/10/11, com extensa conceituação e aprofundada análise, internamente vinculante, vedando que seu quadro funcional adote interpretações contrárias ou incompatíveis com aquele texto; e na sua disponibilização na *intranet* institucional.

*Portaria RFB nº 3.541, de 07/10/11 - Art. 1º Fica aprovado o Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).*

*Art. 2º O Manual estará disponível na intranet da RFB.*

*Art. 3º Os servidores da RFB, no desempenho de suas atribuições, deverão observar as orientações constantes do Manual.*

*Parágrafo único. São inaplicáveis, no âmbito da RFB, eventuais interpretações que sejam contrárias ou incompatíveis com as do Manual.*

Conforme acertadamente destaca este Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil, não apenas a indevida divulgação de dados protegidos por tal cláusula importa em responsabilização disciplinar enquadrada no art. 132, IX da Lei nº 8.112, de 11/12/90, conforme se aduzirá em **4.7.4.9**, pois o ordenamento também prevê repercussão para a divulgação de dados classificados como meramente cadastrais e dados fiscais agregados. Obviamente, em razão da menor relevância do bem jurídico tutelado, a divulgação destes dados repercute como descumprimento do dever funcional de guardar sigilo sobre assunto da repartição, enquadrado no art. 116, VIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, sem prejuízo

da possibilidade de enquadramento no art. 116, III da mesma Lei, caso se configure o que se chama de acesso imotivado, conforme se aduzirá respectivamente em 4.7.2.8 e em 4.7.2.3.

Já desde a edição da Instrução Normativa SRF nº 19, de 17 de dezembro de 1998, que trata da disponibilização de dados da RFB a órgãos e entidades públicos não integrantes da Administração tributária de qualquer ente federado e a instituições de direito privado, aquele órgão já dispunha de uma definição da base cadastral, diferenciadora dos dados econômico-fiscais protegidos por sigilo fiscal. Os §§ 1º e 2º do art. 2º da Instrução Normativa definem os dados cadastrais como aqueles constantes de cadastro de domínio público por serem submetidos, por força de lei, a registro público e que não informam a situação econômica ou financeira da pessoa física ou jurídica. E o art. 10 da citada norma menciona ainda os dados econômico-fiscais apresentados de forma agregada sem identificação de contribuintes, para cuja consideração, agregando-se a leitura conjunta do § 2º do art. 3º da Portaria SRF nº 306, de 22 de dezembro de 2007, depreende-se que se deve reportar a, no mínimo, quatro sujeitos passivos.

Isto posto, a Instrução Normativa SRF nº 19, de 1998, estabeleceu, nos seus arts. 1º e 4º, a possibilidade de a RFB disponibilizar tais dados para solicitantes de direito público ou privado (para instituições privadas, o fornecimento somente é permitido se as informações forem indispensáveis ao exercício de suas atividades) que não integrem as Fazendas Públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante celebração de convênio. Conforme os arts. 3º, 5º, 6º e 9º da norma, este convênio regulará se o fornecimento se dará de forma eventual ou continuada e se será mediante apuração especial ou acesso direto à base de dados (esta modalidade é disponível apenas para instituições públicas).

*Instrução Normativa SRF nº 19, de 1998 - Art. 1º Esta Instrução Normativa disciplina os procedimentos de fornecimento de dados cadastrais e econômico-fiscais da Secretaria da Receita Federal - SRF, a outras entidades.*

*Art. 2º*

*§ 1º O fornecimento de dados fica limitado àqueles constantes de cadastro de domínio público e que não informem a situação econômica ou financeira dos contribuintes.*

*§ 2º Consideram-se de domínio público os dados das pessoas físicas ou jurídicas, que, por força de lei, devam ser submetidos a registro público.*

*Art. 3º O fornecimento de dados será condicionado sempre à celebração de convênio entre a SRF e a entidade solicitante, observado modelo aprovado por ato específico.*

*Art. 10. O disposto nesta Instrução Normativa se aplica, também, ao fornecimento de dados econômico-fiscais, que devem ser apresentados de forma agregada, vedada a possibilidade de identificação de contribuintes.*

Em complemento, a Instrução Normativa SRF nº 20, de 17 de fevereiro de 1998, estabeleceu, nos seus art. 1º, 2º e 4º, a possibilidade de a RFB disponibilizar não só dados cadastrais mas também dados econômico-fiscais (e aqui sem a restrição de serem apresentados de forma agregada) para órgãos ou entidades da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, também mediante celebração de convênio, obviamente com menores limitações que aquelas impostas pelos convênios exigidos pela Instrução Normativa SRF nº 19, de 1998, a favor dos demais órgãos, entidades e instituições). Conforme os arts. 5º e 6º daquela norma, este convênio regulará se o fornecimento se dará de forma eventual ou continuada e se será mediante apuração especial ou acesso direto à base de dados.

*Instrução Normativa SRF nº 20, de 1998 - Art. 1º Esta Instrução Normativa disciplina os procedimentos de fornecimento de dados cadastrais e econômico-fiscais da Secretaria da Receita Federal - SRF, a outros órgãos e entidades da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*

*Art. 2º Para fins desta Instrução Normativa, consideram-se órgãos e entidades da Fazenda Pública aqueles dotados de competência legal para cobrar e*

*fiscalizar impostos, taxas e contribuições instituídas pelo Poder Público.*

*Art. 4º O fornecimento de dados será condicionado sempre à celebração de convênio entre a SRF e o órgão ou a entidade solicitante, observado modelo aprovado por ato específico.*

Como não poderia ser diferente, estes comandos normativos ganharam reprodução no Manual de Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

*Portaria RFB nº 3.541, de 2011 - Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil - 4.1 - (...) Para atendimento de solicitações de fornecimento de dados cadastrais, deve ser observado o disposto nas Instruções Normativas SRF nº 19 e nº 20, ambas de 17 de fevereiro de 1998, sendo a última aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta que detenham competência para fiscalizar e cobrar impostos, taxas e contribuições instituídas pelo Poder Público, e a primeira aplicável a outros órgãos e entidades não integrantes da administração tributária.*

*Nos termos das citadas Instruções Normativas, o fornecimento de dados fica condicionado à celebração de convênio entre a RFB e o órgão solicitante. O convênio determinará, entre outros requisitos, a forma de fornecimento das informações (se eventual ou continuada), se por meio de apuração especial ou acesso on line aos bancos de dados.*

E a diferenciação entre dados cadastrais e dados protegidos por sigilo fiscal voltou à tona, ganhando relevância na edição do Decreto nº 8.789, de 29 de junho de 2016, que trata do compartilhamento das bases de dados especificamente no âmbito restrito da Administração Pública federal. Este Decreto, no *caput* do seu art. 3º, estabelece que os órgãos e entidades federais devem compartilhar os dados cadastrais constantes de suas bases oficiais, preferencialmente de forma automática, deixando inequívoca a intenção de evitar repetição de exigências por parte do detentor e de apresentação de documentos e informações por parte do solicitante. Para isto, o Decreto apresenta, no § 1º do art. 3º, uma lista sintética deste tipo de dados. E, mais especificamente, o § 2º do art. 3º da norma detalha dados considerados meramente cadastrais e que a RFB deve compartilhar, tendo ressaltado os dados protegidos fiscais desde o § 1º do seu art. 1º.

*Decreto nº 8.789, de 2016 - Art. 1º Os órgãos e as entidades da administração pública federal direta e indireta e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União que forem detentoras ou responsáveis pela gestão de bases de dados oficiais disponibilizarão aos órgãos e às entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional interessados o acesso aos dados sob a sua gestão, nos termos deste Decreto.*

*§ 1º Ficam excluídos do disposto no caput os dados protegidos por sigilo fiscal sob gestão da Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

*Art. 3º Os dados cadastrais sob gestão dos órgãos e das entidades de que trata o art. 1º serão compartilhados entre as bases de dados oficiais, preferencialmente de forma automática, para evitar novas exigências de apresentação de documentos e informações e possibilitar a atualização permanente e simultânea dos dados.*

*§ 1º Para os fins do disposto no caput, consideram-se dados cadastrais, entre outros:*

*I - identificadores cadastrais junto a órgãos públicos, tais como o número do Cadastro de Pessoas Físicas - CPF, do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ, do Número de Identificação Social - NIS, do Programa Integração Social - PIS, do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - Pasep e do título de eleitor;*

*II - razão social, data de constituição, tipo societário, composição societária, Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE e outros dados públicos de pessoa jurídica ou empresa individual;*

*III - nome civil e/ou social de pessoas naturais, data de nascimento, filiação, naturalidade, nacionalidade, sexo, estado civil, grupo familiar, endereço; e*

*IV - vínculos empregatícios.*

*§ 2º A Secretaria da Receita Federal do Brasil disponibilizará, na forma por ela disciplinada, aos órgãos interessados, os seguintes dados não protegidos por sigilo fiscal conforme o disposto neste Decreto:*

*I - informações constantes da Declaração de Operações Imobiliárias - DOI, relativas à existência do bem imóvel, localização do ato registral, número e situação de CPF e CNPJ das partes;*

*II - informações constantes da Declaração do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - DITR, relativas à existência do bem imóvel;*

*III - informações referentes a registros de natureza pública ou de conhecimento público constantes de nota fiscal;*

*IV - informações sobre parcelamento e moratória de natureza global;*

*V - informações sobre débitos de pessoas jurídicas de direito público; e*

*VI - demais informações de natureza pública constantes das bases de dados sob a sua gestão.*

*§ 3º A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional disponibilizará, na forma por ela disciplinada, aos órgãos interessados, os seguintes dados não protegidos por sigilo fiscal conforme o disposto neste Decreto:*

*I - dados constantes do termo de inscrição na Dívida Ativa da União e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;*

*II - informações sobre parcelamento e moratória de natureza global dos débitos inscritos em Dívida Ativa da União;*

*III - informações sobre débitos inscritos em Dívida Ativa da União, inclusive de pessoas jurídicas de direito público, e informações sobre débitos inscritos em Dívida Ativa da União ou débitos tributários ou não tributários já em fase de execução fiscal; e*

*IV - demais informações de natureza pública constantes das bases de dados sob a sua gestão.*

De inovação em relação ao ordenamento anterior, o art. 6º do citado Decreto introduziu a dispensa de convênio para o compartilhamento, embora permitida, no § 2º do art. 1º, a manutenção de mecanismos eventualmente pré-existent de compartilhamento voluntário entre órgãos e entidades, restando apenas os requisitos listados no art. 8º para legitimar a solicitação de acesso à base de dados pelo órgão demandante.

*Decreto nº 8.789, de 2016 - Art. 1º*

*§ 2º Permanecem vigentes os mecanismos de compartilhamento de dados estabelecidos por acordos voluntários entre os órgãos e entidades referenciados no caput deste artigo.*

*Art. 6º Fica dispensada a celebração de convênio, acordo de cooperação técnica ou ajustes congêneres para a efetivação do compartilhamento das bases de dados.*

*Art. 8º A solicitação de acesso a bases de dados será realizada mediante pedido ao órgão responsável, com, no mínimo, as seguintes informações:*

*I - data da solicitação;*

*II - identificação do solicitante;*

*III - telefone e endereço eletrônico institucional do solicitante;*

*IV - descrição clara dos dados objeto da solicitação, incluindo periodicidade; e*

*V - descrição das finalidades de uso dos dados.*

*§ 1º O responsável pela base de dados deverá manifestar-se quanto à solicitação em até vinte dias.*

*§ 2º As informações recebidas não poderão ser transmitidas a outros órgãos ou entidades, exceto quando previsto expressamente na autorização concedida pelo responsável pela base de dados.*

Em atendimento ao art. 3º do Decreto nº 8.789, de 29 de junho de 2016, a RFB editou a Portaria RFB nº 1.384, de 9 de setembro de 2016, cujos arts. 2º e 3º listam as bases de dados que podem ser disponibilizadas a órgãos e a entidades da Administração Pública federal direta e indireta e a forma de serem solicitados. Ademais, nos oito anexos do Decreto (a cuja leitura

se recomenda caso se necessite identificar, de forma pormenorizada, item por item que institucionalmente foi tido como não albergado pelo sigilo fiscal), são tabelados, de forma discriminada, os tipos de dados disponibilizados em cada uma das bases elencadas no art. 2º.

*Portaria RFB nº 1.384, de 2016 - Art. 2º Serão disponibilizados dados constantes das seguintes bases:*

*I - Cadastro de Pessoas Físicas (CPF);*

*II - Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);*

*III - Cadastro de Imóveis Rurais (Cafir);*

*IV - Consulta e Gerencial da Declaração de Operações Imobiliárias (DOI);*

*V - Nota Fiscal Eletrônica (NF-e);*

*VI - Sistemas de controle de débitos de pessoas jurídicas de direito público;*

*VII - Sistemas de controle de débitos parcelados; e*

*VIII - Sistema de emissão de Certidão de Regularidade Fiscal perante a Fazenda Nacional.*

*Parágrafo único. Os dados de que trata o caput, passíveis de disponibilização, estão discriminados nos Anexos I a VIII desta Portaria.*

*Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional que desejarem acesso aos dados de que trata o art. 2º deverão formalizar sua solicitação à RFB, com as seguintes informações:*

*I - identificação:*

*a) do órgão ou entidade solicitante: nome, número e data do ato de criação, número do CNPJ e endereço;*

*b) do dirigente máximo: nome, número da identidade e do CPF e endereço eletrônico institucional;*

*II - relação detalhada dos dados solicitados;*

*III - descrição da forma e da periodicidade em que deseja receber os dados solicitados (eventual ou continuada);*

*IV - demonstração da necessidade do compartilhamento e das finalidades de uso dos dados solicitados;*

*V - indicação das bases de dados administradas pelo órgão ou entidade solicitante, a fim de que a RFB verifique quais informações são de interesse da Administração Tributária Federal; e*

*VI - concordância com os termos e as disposições desta Portaria.*

*Parágrafo único. Recebida a solicitação de compartilhamento de dados e formalizada em processo eletrônico específico (e-processo), a RFB terá 20 (vinte) dias para manifestação conclusiva sobre a viabilidade ou não de atender à solicitação.*

Relevante aduzir que a leitura deste ordenamento combinado pelo Decreto nº 8.789, de 2016, e a Portaria RFB nº 1.384, de 2016, em nada alterou a possibilidade, as restrições e as cautelas exigidas para disponibilização de dados cadastrais pela RFB para órgãos e entidades públicos não integrantes da Administração tributária de qualquer ente federado e instituições de direito privado, e até para os órgãos e entidades públicos integrantes das Fazendas Públicas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ainda disciplinadas respectivamente pelas Portarias SRF nº 19, de 1998, e nº 20, de 1998 (daí porque não foram revogadas pela Portaria RFB nº 1.384, de 2016), mediante específicos convênios. E, mesmo para os órgãos e entidades públicos federais, no que se incluem aqueles demais órgãos e entidades da Fazenda Pública da União além da própria RFB (como a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por exemplo), a leitura atenta do art. 4º da Portaria RFB nº 1.384, de 2016, demonstra que o efetivo fornecimento de dados cadastrais pela RFB vincula-se a celebração de contrato entre o solicitante e o prestador de serviço de tecnologia da informação da RFB (o Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro, ou a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência - Dataprev), não sendo muito diferente do convênio antes exigido pelas duas mencionadas Portarias SRF.

Ainda neste contexto de esforços doutrinários passíveis de discussão, até se vislumbra estender que, em princípio, também podem não estar protegidos por sigilo fiscal os registros

operacionais das inúmeras formas de contato Fisco-contribuinte, na satisfação das obrigações tributárias, como, por exemplo, as declarações de importação e seus documentos usuais de instrução, as inúmeras petições da parte, os resultados extraídos de alguns sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil, tais como meros extratos de recolhimentos, de débitos, de cancelamentos, de suspensões, de compensações, de acompanhamento de processo, etc.

Destaque-se que a afirmação acima (iniciada com uma expressão de cautela para lhe afastar o caráter generalístico) e a lista meramente exemplificativa que a ilustra carecem de análise bastante cuidadosa, atrelada às peculiaridades e às finalidades do caso em que se aplicam, uma vez que, dependendo do contexto em que se inserem, determinados dados de uma declaração de importação podem propiciar a um concorrente do contribuinte informações comerciais relevantes, assim como dados de um documento de arrecadação podem permitir uma estimativa de faturamento.

A exata determinação de que um tipo de dado ou de documento é ou não protegido por sigilo fiscal ainda pode reservar algum grau de indefinição, carecendo de análise pormenorizada de caso a caso, de acordo com suas peculiaridades.

Assim, pode haver contextos em que a exposição de um documento que demonstre recolhimento de determinado tributo ou contribuição ou a disponibilização de dados contidos em uma declaração de importação, por exemplo, não afrontem nenhuma reserva que deva se manter a favor do contribuinte (como, exemplificadamente, na simples juntada de tais elementos em processo administrativo disciplinar). Mas o mesmo pode já não mais ser verdadeiro se a disponibilização, indesejadamente, tornar acessíveis, por cálculo em sentido inverso, a inferência de faturamento (receita bruta ou líquida no período) ou as estratégias de comércio exterior (de onde importa, de quem adquire, quanto paga, etc) de uma empresa para terceiros, sobretudo concorrentes. Na verdade, tem-se que aqueles tipos de dados exemplificados, se não albergados pela forte cláusula *stricto sensu* de sigilo fiscal (cujo descumprimento, em tese, pode chegar a afrontar o art. 132, IX da Lei nº 8.112, de 11/12/90), podem merecer tratamento reservado para fins comerciais ou outros, de forma a, em determinados casos e à vista de suas peculiaridades, serem incluídos na cautela sintetizada no dever funcional de guardar sigilo sobre assunto da repartição, insculpido no art. 116, VIII da mesma Lei. Por tal motivo, em síntese, recomenda-se ao agente do Fisco tratamento de extrema cautela na transferência mesmo daqueles dados que não indicam de forma direta a situação econômica ou financeira da pessoa, sopesando-se as peculiaridades e finalidades a que se presta a disponibilização, sob pena de ter de se seguir o rito legal que será descrito abaixo.

Feita esta introdução, voltando ao tratamento em si a ser dispensado aos dados sigilosos, retoma-se que, historicamente, em nosso ordenamento, vigora, como regra geral, a obrigação de o agente do Fisco guardar para público externo o sigilo dos dados de natureza fiscal a que tem acesso em razão de seu ofício. Tanto é verdade que o CTN, nos textos originais de seus arts. 198 e 199, previa, como únicas possibilidades de afastamento do sigilo fiscal, respectivamente, a requisição judicial no interesse da Justiça e mediante intercâmbio de informações entre as Fazendas Públicas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme lei ou convênio.

*Parecer AGU nº GQ-11, vinculante: “42. Os pareceres da PGFN informam que a legislação sobre sigilo está alicerçada no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, que diz respeito ao direito à privacidade (...).*

*43. Na realidade, o sigilo fiscal visa a proteger o direito à privacidade, genericamente garantido pelo inciso X do art. 5º da Constituição. A garantia insculpida no inciso XII do mesmo art. 5º é um caso particular do direito à privacidade, relativo à inviolabilidade de documentos privados, destinado a garantir, ao mesmo tempo, a inviolabilidade da circulação desses documentos e o seu conteúdo.*

*45. Restaria, por fim, com referência ao caso sob exame, analisar a possibilidade de invocação, no caso de pessoas jurídicas, dos direitos individuais. (...):*

*'(...) a pesquisa no texto constitucional mostra que vários dos direitos arrolados nos incisos do art. 5º se estendem às pessoas jurídicas, tais como o princípio da isonomia, o princípio da legalidade, o direito de resposta, o direito da propriedade, o sigilo da correspondência e das comunicações em geral, a inviolabilidade do domicílio, a garantia do direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, assim como a proteção jurisdicional, o direito de impetrar mandado de segurança.'* (Curso de Direito Constitucional Positivo, 8ª edição revista, Malheiros Editores, 1992, p. 175/176)."

Mesmo com a alteração promovida neste art. 198 do CTN pela Lei Complementar nº 104, de 10/01/01, por meio da qual o legislador permitiu refletir no ordenamento o crescente grau de indignação social com o uso indevido do cargo por agentes públicos, sobrevive, em seu *caput*, como regra geral, a inviolabilidade do sigilo fiscal. Todavia, positivando o caráter relativo do direito individual face ao interesse público, a nova redação passou a contemplar maior possibilidade de regular afastamento da cláusula de proteção individual, sem que se cogite de configuração do ilícito de violação de sigilo.

*CTN - Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.*

*§ 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:*

*I - requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;*

*II - solicitações de autoridade administrativa no interesse da administração pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.*

*§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da administração pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.*

*§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:*

*I - representações fiscais para fins penais;*

*II - inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;*

*III - parcelamento ou moratória.*

*(Redação dada pela Lei Complementar nº 104, de 10/01/01)*

Primeiramente, a redação do novo § 1º do art. 198 do CTN manteve, como imediata exceção, a troca de informação entre os Fiscos dos diversos entes da Federação, mediante lei ou convênio, conforme estabelece o art. 199, a ser concretizada nos termos regulamentados pela Portaria SRF nº 20, de 17/02/98. Prosseguindo na inteligência da nova redação, tem-se que o legislador previu ainda mais duas hipóteses de exceção, nos incisos I e II do citado § 1º.

No inciso I do § 1º do art. 198 do CTN, manteve-se também a exceção para o caso de requisição de autoridade judiciária - qual seja, o magistrado (juiz, desembargador ou ministro de Tribunais Superiores ou Supremo Tribunal Federal, o que não inclui Juízo Arbitral) -, mediante tão somente o interesse da Justiça, que sempre se presume em requisição advinda daquelas autoridades ou encaminhadas sob sua ordem. Daí, diante da extensa gama de tutelas a cargo do Poder Judiciário, o regular fornecimento de dados não deve ser entendido na restrição de apuração de ilícito disciplinar *stricto sensu*, mas sim para amparar qualquer tipo de demanda advinda do juízo, inclusive para apuração de ilícitos de diferentes instâncias de responsabilização (como tributária, penal e civil). Ou seja, à vista especificamente desta

demanda externa, o servidor do Fisco está obrigado a transferir os dados fiscais solicitados, não se cogitando, por óbvio, que incorra em ilícito.

*Portaria RFB nº 3.541, de 07/10/11 - Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil - 3.2.1 - (...) Anote-se que a norma estabelece que a requisição deve ser de autoridade judiciária, assim entendido o Magistrado (Juiz, Desembargador, Ministro de Tribunais Superiores, do Supremo Tribunal Federal). Dessa forma, para atendimento da requisição, o servidor da RFB deve verificar se o expediente oriundo do Poder Judiciário está firmado por autoridade judiciária ou por servidor que, de ordem da autoridade judiciária competente, firma o expediente que encaminha a requisição.*

*Atenção Orienta-se que a resposta da RFB seja sempre dirigida à própria autoridade judiciária requisitante.*

*Registre-se, outrossim, que não cabe à RFB analisar se a requisição de autoridade judiciária foi formalizada no interesse da Justiça. Presume-se que tenha sido feita no interesse da Justiça.*

*7.2 - A RFB deve fornecer informações protegidas por sigilo fiscal às Comissões Parlamentares de Inquérito criadas pelo Congresso Nacional (CPMI) e suas Casas (CPI), quando houver requisição, nos termos da Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952, atendidas as condições do § 3º do art. 58 da Constituição, visto que, pela ordem constitucional, essas comissões têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.*

*7.3 - A RFB não pode fornecer informações protegidas por sigilo fiscal às Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) criadas pelas Assembleias Legislativas dos Estados ou Câmara Legislativa do Distrito Federal ou comissões investigativas similares de Câmaras de Vereadores, por não estarem incluídas no art. 58, § 3º, da Constituição.*

Na esteira, informe-se que, como, por força do art. 58, § 3º da CF, as comissões parlamentares de inquérito criadas pelo Congresso Nacional ou por suas Casas dispõem dos mesmos poderes investigativos de autoridades judiciais, gozam da mesma prerrogativa dos membros do Poder Judiciário no que tange ao dever do servidor do Fisco em acatar suas requisições para fornecimento de dados protegidos por sigilo fiscal (prerrogativa esta que, por ausência de previsão legal, não se refletem nas comissões parlamentares de inquérito de âmbito estadual e distrital).

Mas aqui cabe um parêntese antes de prosseguir com a análise do § 1º do art. 198 do CTN. Faz-se relevante, neste ponto, informar que o fato de o CTN, infraconstitucionalmente, ter regulado o tema do sigilo fiscal não significa que a matéria a ele esteja restrita, sendo possível a convivência com outros dispositivos legais. Assim, tem-se a Lei Complementar nº 75, de 20/05/93, que, conforme determinou o art. 128, § 5º da CF, dispôs sobre a organização, as competências e o estatuto especificamente do Ministério Público da União, que engloba o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Esta Lei Orgânica do Ministério Público da União, em seu art. 8º, II, VIII e § 2º, combinado com o seu art. 24, estabelece condições para que os membros do *Parquet* da União tenham acesso a dados protegidos por sigilo fiscal, desde que atendidos os requisitos desta própria Lei Orgânica (e não os requisitos do art. 198, § 1º, do CTN), repassando para eles a responsabilização pela preservação do sigilo e cominando-lhe penas pela quebra indevida, em absoluta consonância com os preceitos constitucionais que protegem a intimidade das pessoas.

*CF - Art. 128. O Ministério Público abrange:*

*I - o Ministério Público da União, que compreende:*

*a) o Ministério Público Federal;*

*b) o Ministério Público do Trabalho;*

*c) o Ministério Público Militar;*

*d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;*

*II - os Ministérios Públicos dos Estados.*

*§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:*

*Lei Complementar nº 75, de 20/05/93 - Art. 24. O Ministério Público da União compreende:*

*I - O Ministério Público Federal;*

*II - o Ministério Público do Trabalho;*

*III - o Ministério Público Militar;*

*IV - o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.*

*Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá nos procedimentos de sua competência:*

*II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;*

*VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;*

*§ 1º O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar; a ação penal, na hipótese, poderá ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal.*

*§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.*

No mesmo rumo, tem-se a previsão de amparo de fornecimento de dados fiscais ao Ministério Público da União no Regulamento do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, nos termos do art. 998, § 1º, II, do Decreto nº 3.000, de 26/03/99.

*Decreto nº 3.000, de 26/03/99. Art. 998. Nenhuma informação poderá ser dada sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades (Lei nº 5.172, de 1966, arts. 198 e 199).*

*§1º O disposto neste artigo não se aplica aos seguintes casos (Lei nº 5.172, de 1966, arts. 198, parágrafo único, e 199, e Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, art. 8º, § 2º):*

*I - requisição regular de autoridade judiciária no interesse da justiça;*

*II - requisição do Ministério Público da União no exercício de suas atribuições;*

*III - informação prestada de acordo com o art. 938 deste Decreto, na forma prevista em lei ou convênio.*

*§2º A obrigação de guardar reserva sobre a situação de riqueza dos contribuintes se estende a todos os funcionários do Ministério da Fazenda e demais servidores públicos que, por dever de ofício, vierem a ter conhecimento dessa situação (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 201, § 1º).*

*§3º É expressamente proibido revelar ou utilizar, para qualquer fim, o conhecimento que os servidores adquirirem quanto aos segredos dos negócios ou da profissão dos contribuintes (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 201, § 2º).*

*§ 4º Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas é permitido, além dos previstos em lei, o acesso a dados, documentos e informações fiscais e financeiras na forma prescrita na Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995.*

Neste sentido, a Cosit se manifestara, por meio de sua Nota nº 200, de 10/07/03. Todavia, em função de a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ter emitido entendimentos contrários (nos seus Pareceres PGFN/CAT nº 891/2001, 1.157/2001 e 1.443/2007, abarcando no mesmo rol de exigências do art. 198, § 1º do CTN as requisições de dados fiscais oriundas tanto do Ministério Público da União quanto dos Ministérios Públicos dos Estados), fez-se necessária manifestação da Advocacia-Geral da União, que assentou o tema, da forma como

acima exposta, por meio da Nota Técnica Denor/CGU/AGU nº 179/2007, objeto do Despacho do Consultor-Geral da União nº 428/2007 e do Despacho do Advogado-Geral da União, de 21/12/07, aprovando-a, nos termos que se seguem:

*Nota Cosit nº 200, de 10/07/03: “4. Ademais, há que se ter em mente a obrigatória observância dos dispositivos da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, cuja aplicação não pode ser afastada na esfera administrativa, tendo em vista a estrita vinculação legal das atividades do Ministério Público Federal, exceto na hipótese de serem tais dispositivos, no todo ou em parte, declarados inconstitucionais, com produção, no plano pessoal, de efeito erga omnes, seja em virtude do exercício do controle concentrado da constitucionalidade, seja em decorrência de publicação de Resolução do Senado Federal, com base no art. 52, inc. X, da Constituição Federal.*

*4.1. Dessa forma, às unidades da Receita Federal impõe-se o comando do art. 8º, § 2º, da supracitada Lei Complementar, que, com vista a conferir amplos poderes de investigação ao Ministério Público Federal, contém preceito proibitivo da oposição da exceção de sigilo a essa instituição. (...)*

*5. Observe-se pois que o dispositivo legal acima transcrito obriga a autoridade fiscal, nas solicitações de autoridade do Ministério Público, a compartilhar com ela informações que detém em razão do ofício, sem, contudo, deixar de resguardar o sigilo dessas informações que, a partir de então, é imposto a ambas as autoridades.”*

*Nota Técnica Denor/CGU/AGU nº 179/2007: “Conclusão: Em face do exposto, têm-se como plenamente compatíveis com a Constituição Federal os dispositivos da LC nº 75/93 que autorizam a órgãos do Ministério Público a solicitar informações fiscais quando necessárias e adequadas à formação do ‘opinio delicti’ como posto nos preceptivos legais que regem a matéria, §§ 1º e 2º do art. 8º da referida Lei Complementar. Daí constituiu premissa válida para o entendimento de que não somente a questão do sigilo fiscal está disciplinada nos preceptivos constantes do art. 198 do Código Tributário Nacional, mas, e por conseguinte, por lei de igual hierarquia e em pleno vigor no ordenamento jurídico nacional, porquanto não afastada sua eficácia por nenhuma decisão judicial apta para tanto.”*

*Despacho do Consultor-Geral da União nº 428/2007: “4. Estou de acordo com as conclusões da Nota Técnica nº 179-Denor/CGU/AGU no sentido de que é perfeitamente compatível a disciplina contida no art. 198 do Código Tributário Nacional com as disposições do art. 8º da Lei Complementar nº 75, de 1993, no sentido de ser permitido o acesso aos membros do Ministério Público, nos precisos limites da Lei, aos dados sigilosos encontrados em órgãos e entidades da administração pública.”*

Após esta manifestação da Advocacia-Geral da União, restou superada a Nota Cosit nº 372, de 29/10/07, que, por sua vez, acompanhava os já mencionados entendimentos expostos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional por meio de seus Pareceres PGFN/CAT nº 891/2001, 1.157/2001 e 1.443/2007, expressando que as requisições de dados fiscais por parte do Ministério Público da União e, mais especificamente, do Ministério Público Federal (conforme art. 128, I da CF), deveriam se submeter aos parâmetros do art. 198, § 1º, II do CTN. Neste rumo por fim voltou a se manifestar a Cosit, por meio de sua Nota Técnica nº 1, de 16/01/08.

*Nota Técnica Cosit nº 1, de 16/01/08: “11. Dessa forma, tendo em vista que o Advogado-Geral da União, no uso de suas atribuições legais, firmou interpretação no sentido de que não há que se opor reserva de sigilo fiscal ao Ministério Público Federal, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 428/2007, dirimindo de vez as controvérsias que ainda existiam entre os órgãos da Administração Federal, e considerando que essa interpretação deve ser uniformemente seguida pelas unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil, propõe-se seja tornada sem efeito a Nota Cosit nº 372, de*

*2007, restabelecendo-se, em consequência, o entendimento esposado na Nota Cosit nº 200, de 2003.”*

Assim, além da requisição judicial, também à vista da demanda oriunda do Ministério Público da União e, mais especificamente, do Ministério Público Federal, o servidor do Fisco está obrigado a transferir os dados fiscais solicitados, não se cogitando, por óbvio, que incorra em ilícito. E, de forma análoga ao que se registrou para demandas judiciais, atentando-se para a extensa tutela a cargo daquele órgão ministerial, o regular fornecimento de dados ao membro do *Parquet* da União não deve ser entendido na restrição de apuração de ilícito disciplinar *stricto sensu*, mas também para amparar a persecução de qualquer ilícito cometido no âmbito da Administração, independentemente da esfera de responsabilização (administrativa, penal ou civil).

Todavia, as mencionadas manifestações da Advocacia-Geral da União (Nota Técnica Denor/CGU/AGU nº 179/2007, Despacho do Consultor-Geral da União nº 428/2007 e Despacho do Advogado-Geral da União, de 21/12/07) se reportaram especificamente ao art. 8º da Lei Complementar nº 73, de 20/05/93. Ou seja, ao terem tomado como base legal a Lei Orgânica do Ministério Público da União (previsto no art. 128, I da CF), tais entendimentos não abarcaram os Ministérios Públicos dos Estados (separadamente previsto no art. 128, II da CF). Com isto, especificamente no que tange aos Ministérios Públicos dos Estados, ainda prevalecem os entendimentos externados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (em seus Pareceres PGFN/CAT nº 891/2001, 1.157/2001 e 1.443/2007), devendo o fornecimento de dados protegidos por sigilo fiscal a estes órgãos ministeriais se condicionar ao atendimento das condições exigidas pelo art. 198, § 1º do CTN.

Retornando ao art. 198 do CTN, prosseguindo no inciso II do seu § 1º, como inovação ao texto original, passou-se a prever também a exceção para o caso da solicitação de autoridade administrativa, externa à Secretaria da Receita Federal do Brasil, à margem de autorização judicial. Só que, neste caso, diferentemente da requisição por parte da autoridade judiciária (bastante por si só), o afastamento da garantia individual se dá mediante interesse da Administração Pública (ou seja, para apuração de infração disciplinar, punível pela Administração, no âmbito de sua autotutela) e também em função de outras condições que a Lei estabelece, sobre as quais a seguir se discorrerá.

#### **4.4.12.2 - O Regramento Atual da Disponibilização de Dados Sigilosos, por Parte da Secretaria da Receita Federal do Brasil, para Órgãos Externos**

Por ser a principal inovação legislativa sobre o tema, a hipótese que mais interessa na presente análise sobre sigilo fiscal é a do afastamento do sigilo de um servidor por solicitação administrativa, ao amparo do art. 198, § 1º, II do CTN. Para ser considerado regular e não configurar o ilícito de violação de sigilo funcional, como exceção à cláusula constitucional de proteção à intimidade e à privacidade, não havendo espontânea disponibilização pelo próprio servidor de seus dados sigilosos, o fornecimento, por parte do agente do Fisco, para autoridades administrativas externas à Secretaria da Receita Federal do Brasil, requer cumulativamente que: a solicitação seja feita à autoridade fiscal por outra autoridade administrativa no interesse da Administração Pública; e que o pedido se faça acompanhar de comprovação da instauração de processo administrativo no órgão solicitante para apurar infração administrativa daquele servidor de quem se solicitam os dados fiscais. Frise-se: a hipótese em comento, a se sujeitar ao mencionado dispositivo do CTN, refere-se apenas à disponibilização dos dados para órgão externo ao órgão fiscal; a transferência interna de dados fiscais merecerá tratamento diferenciado no próximo tópico.

Diante da relevância que este tema assume internamente na Secretaria da Receita Federal do Brasil e das controvérsias que ainda provoca, convém detalhar a análise de cada componente das condições de afastamento do sigilo, acima listadas. De um primeiro lado,

deve-se compreender a autoridade administrativa externa competente para solicitar os dados ao Fisco com certo grau de restrição, como o agente público que não só tenha poder de mando mas também seja responsável, ainda que indiretamente, pela apuração em curso; e, por outro lado, deve ser considerada no sentido amplo da expressão “Administração Pública” elencado em 1, podendo advir tanto da Administração Pública direta quanto da Administração Pública indireta, de qualquer dos Três Poderes de todos os entes federados (não só da União, mas também de Estados, Distrito Federal e municípios), no exercício de sua função tipicamente executiva e no cumprimento de suas competências institucionais.

*Nota Cosit nº 3, de 07/01/04: “6. Conforme verificado, o art. 198, § 1o, inciso II do CTN, não faz restrições quanto à natureza jurídica, ente federativo ou Poder ao qual deve pertencer a autoridade administrativa que requer informações protegidas pelo sigilo fiscal.*

*6.1 Em face disso, conclui-se que autoridades administrativas de entes da administração direta (órgãos) e indireta (autarquias e fundações públicas) da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios podem, em princípio, obter da SRF informações sigilosas de sujeitos passivos constantes dos bancos de dados do órgão, desde que atendidos os requisitos condicionantes do deferimento do pleito.*

*7. Como primeiro requisito a ser mencionado, verifica-se que o requerente da informação sigilosa necessita ser efetivamente uma autoridade administrativa, ou seja, agente público com poder de se fazer obedecer (poder de mando) no órgão ou entidade em que exerce suas atividades.*

*8. Além disso, o requerente das informações fiscais deve, evidentemente, ser a autoridade administrativa direta ou indiretamente responsável pela condução do processo administrativo no qual se pretende apurar a prática de infração administrativa.”*

Por sua vez, o sentido da expressão “no interesse da Administração Pública” deve ser compreendido como qualquer atividade de interesse público, ou seja, de interesse da coletividade e de todo o conjunto social, em ato impessoal. Assim, não resta dúvida que, além de ilícitos disciplinares de naturezas diversas que não fazem parte do foco desta análise, o pedido de fornecimento de dados fiscais, por órgão externo, cuja motivação reside na apuração de graves ilícitos disciplinares cometidos por servidor público atende à condição legal, visto que é de interesse público e da coletividade a devida apuração destas irregularidades. Neste sentido, em dois momentos distintos, na condição de órgão máximo de assessoramento jurídico no âmbito do Ministério da Fazenda e, portanto, de figurar como rica fonte de consulta, já se manifestou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ao autorizar que a Secretaria da Receita Federal do Brasil atendesse a pedido de autoridade externa com o fim de instruir apuração de ilícito disciplinar:

*Parecer PGFN/CAT nº 784/2001: “12. Essa concepção ampla preconizada no inciso II do § 1º do art. 198 do CTN, no que diz respeito ao termo Administração Pública, é corroborada nos próprios termos do dispositivo. É que se fala em solicitação da autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, ou seja, no interesse da coletividade, pois os ‘fins da administração pública resumem-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada’. (...)*

*13. Não se pode negar o interesse da coletividade na apuração de ilícitos cometidos por agentes públicos, porquanto a informação se refere a investigação por prática de infração administrativa.”*

*Parecer PGFN/CDI nº 1.433/2006: “33. (...) não há dúvidas que os interesses envolvidos na apuração de ilícitos cometidos por agentes públicos dizem respeito a toda uma coletividade, devendo ser prestadas as informações porventura requeridas pelo órgão processante, mesmo sendo elas protegidas por sigilo fiscal, já que o interesse particular do investigado deve sempre ceder diante da necessidade de apuração da verdade, isto é, diante de um interesse público maior.”*

Quanto à condicionante legal de haver no órgão externo solicitante processo administrativo para apurar infração disciplinar, é de se destacar que não cabe aqui leitura restritiva do dispositivo, como se fosse exigida, estritamente, a espécie do processo administrativo disciplinar (PAD). Ao contrário, a expressão “processo administrativo” no texto legal deve ser compreendida no sentido amplo com que é empregada na Administração e até mesmo na legislação, abarcando tanto os processos em sentido estrito que, em rito contraditório, encerram uma lide (de que são espécies o PAD e a sindicância disciplinar previstos no art. 143 da Lei nº 8.112, de 11/12/90), como também meros procedimentos administrativos de índole investigativa ou inquisitorial (como sindicâncias outras, inclusive aquelas de fim patrimonial, conforme se aborda em 2.1.4 e em 4.7.4.4.4), bastando terem sido formal e regularmente instaurados (com os requisitos de competência, motivação, forma, etc). Também neste sentido se manifestou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ao autorizar a Secretaria da Receita Federal do Brasil a fornecer dados fiscais com o fim de instruir sindicância patrimonial instaurada em outro órgão, quando é sabido que este rito é inquisitorial e investigativo, antecedente à instauração da lide entre Administração e servidor, nele não se cogitando de obrigação de oferta de ampla defesa e contraditório:

*Parecer PGFN/CDI nº 1.433/2006: “40. (...) ‘Muito embora sustentemos a necessidade de interpretar restritivamente as exceções ao sigilo fiscal, contidas no art. 198, do CTN, acreditamos que a expressão ‘processo’ empregada em seu § 1º, II, abrange tanto o processo em sentido estrito quanto o procedimento formalmente instaurado.’ (...)*

*43. Percebe-se, dessa forma, que o art. 198, § 1º, inciso II, do Código Tributário Nacional, exige, para que seja possível a liberação do dever de sigilo fiscal, apenas que o processo ou procedimento administrativo esteja regularmente instaurado por autoridade administrativa competente, tenha objeto lícito e finalidade pública.*

*44. Na hipótese ora em análise, teremos, então satisfeitos todos os requisitos exigidos pela legislação em comento para que possa ser quebrado o sigilo fiscal do investigado, sendo as informações sigilosas requisitadas pela sindicância patrimonial essenciais para a apuração dos fatos sob investigação (...).”*

Tanto é verdadeira esta interpretação do art. 198, § 1º, II do CTN que o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) menciona, em sua Portaria CGU nº 335, de 30/05/06, a possibilidade de afastamento do sigilo fiscal em sindicância patrimonial.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 16. A sindicância patrimonial constitui procedimento investigativo, de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agente público federal, a partir da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades, e será iniciada mediante determinação do Ministro de Estado do Controle e da Transparência, do Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União, do Corregedor-Geral ou dos Corregedores-Gerais Adjuntos;*

*Art. 18. Para a instrução do procedimento, a comissão efetuará as diligências necessárias à elucidação do fato, ouvirá o sindicado e as eventuais testemunhas, carreará para os autos a prova documental existente e solicitará, se necessário, o afastamento de sigilos e a realização de perícias.*

*§ 1º As consultas, requisições de informações e documentos necessários à instrução da sindicância, quando dirigidas à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, deverão ser feitas por intermédio dos Corregedores-Gerais Adjuntos, observado o dever da comissão de, após a transferência, assegurar a preservação do sigilo fiscal.*

Neste rumo, é de se dizer que restou superada a interpretação emanada pela Cosit, em sua já mencionada Nota nº 3, de 07/01/04, anterior ao Parecer PGFN nº 1.433/2006, no sentido de que a transferência de dados acobertados por sigilo fiscal somente seria legalmente

autorizada ao servidor do Fisco na hipótese específica de se ter instaurado, no órgão externo solicitante, processo administrativo disciplinar contra o investigado.

Ainda sobre as condicionantes para disponibilização externa, por óbvio, deve-se estar diante de indício de grave irregularidade disciplinar (uma vez que o pedido de dados fiscais advém de autoridade administrativa, coerentemente o texto legal condiciona o fornecimento à apuração apenas de infração desta natureza, não abarcando na permissão dados solicitados para apuração de infrações de naturezas distintas, como civil e penal, por exemplo) a provocar o afastamento de uma cláusula constitucional de proteção da intimidade. Além disto, os dados fiscais solicitados devem ser essenciais para a apuração em tela e devem guardar direta relação com o servidor acusado e com o fato objeto da apuração. Para o foco de maior interesse no presente, que é o correcional, faz-se necessário, então, que a autoridade externa solicitante expresse em seu pedido os motivos que justificaram a instauração do processo ou procedimento administrativo, demonstrando a necessidade de apurar infração disciplinar supostamente cometida pelo servidor cujos dados fiscais se solicitam e que estes dados guardem pertinência com a infração.

*Parecer PGFN/CDA nº 2.152/2007 - “36.*

*f) As informações submetidas ao sigilo fiscal somente poderão ser fornecidas pela RFB e pela PGFN quando solicitadas, cumulativamente:*

*f.1) por autoridade administrativa da administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes legalmente constituídos;*

*f.2) para atender a fins de investigação de infração administrativa;*

*f.3) quando sejam adequadas e necessárias para o esclarecimento daquilo que é investigado (princípio da proporcionalidade);*

*f.4) com o requisito objetivo da existência de processo ou procedimento administrativo em trâmite no órgão solicitante (procedimento presidido pela autoridade administrativa referida em “a”); e*

*f.5) que as informações se refiram exclusivamente ao sujeito que é investigado (aplicação do subprincípio da necessidade, pertencente ao princípio da proporcionalidade);*

*g) Não há que se falar em solicitação de informação à RFB ou PGFN, submetida ao sigilo fiscal, para que seja posteriormente instaurado o processo ou procedimento administrativo, a existência do procedimento ou processo administrativo é condicionante objetiva prévia para a legalidade da solicitação da informação;”*

Ou seja, interpretando a leitura atual do art. 198 do CTN para o caso específico do servidor investigado em instância disciplinar em órgão externo, como exceção à cláusula, pode-se afastar seu sigilo, sem necessidade de autorização judicial, se for pedido por autoridade administrativa em ato de interesse público e se houver processo administrativo instaurado contra ele (e basta que seja processo ou procedimento administrativo qualquer, não necessariamente disciplinar, podendo ser de índole inquisitorial e investigativa), com o fim de apurar a prática de infração administrativa de sua suposta autoria. O afastamento de sigilo fiscal de terceiro que não o acusado, se for algo indispensável no processo, a favor de órgão externo, terá de ser judicialmente autorizado, já que o art. 198 do CTN, em princípio, não o ampara.

Em resumo, a inovação trazida pela Lei Complementar nº 104, de 10/01/01, ao art. 198 do CTN acrescentou a possibilidade de o agente fiscal afastar o sigilo do servidor investigado, a favor de outro órgão externo, à margem de autorização judicial, mediante apenas pedido de autoridade administrativa externa, repassando a esta autoridade solicitante não só os dados protegidos mas também a responsabilidade de preservar seu sigilo. Em outras palavras, o ordenamento propicia à autoridade externa o acesso e o uso dos dados fiscais, mas não a sua divulgação.

Os entendimentos ora expostos, delimitando a possibilidade condicionada de fornecimento de dados fiscais, aplicam-se independentemente de que órgão externo advém a

requisição. Exemplificadamente, citam-se como também sujeitos às condicionantes legais do art. 198, § 1º, II do CTN, para receberem dados fiscais:

- os Ministérios Públicos Estaduais;
- a CGU (a menos de cópias de declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física, a partir do ano de 2007, exclusivamente para os agentes públicos que, nos termos da Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 298, de 05/09/07, tenham autorizado tal acesso eletrônico firmado por convênio com a Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme se abordará em **4.7.4.4.4**), bem como a Corregedoria-Geral da União da CGU (CGU/CRG) e os demais órgãos e unidades integrantes do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, tais como a Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), as unidades setoriais de correição, inclusive a Corregedoria Setorial das Áreas de Fazenda e Relações Exteriores da CGU (CGU/CRG/Corec/CSMFRE) e todas as demais unidades seccionais de correição, inclusive a Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda;
- os membros do Poder Legislativo e as Mesas das Casas do Congresso Nacional;
- os membros da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Estados (a menos dos dados de hipossuficiente especificamente sob sua assistência e mediante sua autorização);
- o Instituto Nacional da Securidade Social (INSS);
- os Tribunais de Contas (a menos de dados das declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física pelos agentes públicos atingidos pela Lei nº 8.730, de 10/11/93, conforme se abordará em 4.7.4.4.4);
- as autoridades policiais, inclusive no âmbito do Departamento de Polícia Federal e mais ainda de Polícias Cíveis estaduais;
- e as comissões de inquérito instauradas em órgão externo.

Acrescente-se que, em todos estes casos, a aplicação do mandamento também independente do âmbito em que se situa o requisitante (se federal, estadual ou municipal, quando cabível esta diferenciação).

Em reforço ao acima exposto, é de se mencionar que nem mesmo a existência de leis ordinárias que atribuam a determinados órgãos prerrogativas de requisitar informações e dados para fins de cumprimento de suas competências autoriza a interpretação de que tais dispositivos legais significariam exceções à regra geral de manutenção do sigilo fiscal estabelecida no art. 198, § 1º, II do CTN. Repousando tais prerrogativas exclusivamente em leis ordinárias, estes diplomas legais não possuem o condão de alterar o CTN, que, sabidamente, foi recepcionado na atual ordem constitucional com força de lei complementar. A alegação de que a lei orgânica (ou ainda a lei de criação ou qualquer lei estabelecida de estrutura e competências) de algum órgão que conceda tais prerrogativas teriam o condão de superar o art. 198 do CTN somente é aceitável se aquele diploma legal também possuir o mesmo *status* de lei complementar (conforme figura como exemplo ilustrativo o caso do Ministério Público da União, ao amparo da Lei Complementar nº 75, de 20/05/93, já abordado em **4.4.12.1**).

Neste rumo, são insuficientes as alegações apresentadas, a título de exemplo, pela CGU, com base no art. 26 da Lei nº 10.180, de 06/02/01 (que confere poderes ao Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal) ou no art. 66, VIII da Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017 (que estabelece competências daquele órgão central), ou pelo Tribunal de Contas da União, com base nos arts. 2º, 42 ou 87 da Lei nº 8.443, de 16/07/92 (que é a lei orgânica daquela Corte de Contas), para serem considerados à margem das condições exigidas pelo art. 198, § 1º, II do CTN, devendo, portanto, o atendimento a seus pedidos de

fornecimento de dados protegidos por sigilo fiscal se submeter à comprovação daqueles requisitos. De se destacar ainda, no que pertine à atividade institucional especificamente da CGU, que o instrumento da inspeção, mencionado em 2.1.4, não se revela meio hábil a satisfazer os requisitos do art. 198, § 1º, II do CTN, já que não se volta a apurar suposta irregularidade de determinado agente mas sim para verificar a adequação e a regularidade de forma geral da atuação procedimental das unidades seccionais de correição.

A manifestação da Advocacia-Geral da União, especificamente voltada para o Tribunal de Contas da União, aplica-se, analogamente, à CGU e a outros órgãos, conforme posteriormente reiterou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional:

*Parecer AGU nº GQ-110, vinculante: “39. Consoante antes assinalado, ambas as leis em jogo - tanto a Lei n. 4.595, de 31.12.64, como a Lei n. 5.172, de 25.10.1966 - foram recepcionadas pela nova Constituição federal como se leis complementares fossem, i. é, como as matérias de que tratam só podem ser versadas por leis complementares, a doutrina afirma que elas adquiriram status de leis complementares. Sobre essa modificação de categoria - digamos assim - já não existe mais controvérsia, nem doutrinária nem jurisprudencial. Significa isso que, para derrogar os dispositivos das Leis que estruturaram o sistema bancário e editaram o Código Tributário preciso seria que a Lei n. 8.443, de 16.7.1992, também estivesse no nível das leis complementares. A qualidade de lei ordinária, de que goza, não lhe outorga, portanto, qualquer poder de derrogar as normas que amparam o sigilo bancário e o fiscal.”*

*Parecer PGFN nº 2.349/2011: “37. Nem se diga que as Lei nº 10.180, de 2001, e nº 10.683, de 2003, com o auxílio de normas infralegais, albergariam o dever de a Corregedoria-Geral da RFB fornecer os dados fiscais à CGU. O fornecimento não dispensa o atendimento da legislação específica sobre sigilo fiscal, que, evidentemente, exige veiculação por lei complementar ou por norma que ostente esse status. Esse não é um argumento de hierarquia entre a lei ordinária e a lei complementar, visto que, atualmente, é pacífica a inexistência de escalonamento entre elas. Mas é a lembrança de que tais espécies normativas se dirigem a campos de atuação exclusivos, distinguindo-se em razão da pertinência temática, além do quorum qualificado de aprovação desta última. À guisa de exemplo, quando o legislador houve por bem modificar a matéria de sigilo fiscal, veiculou a alteração através da Lei Complementar nº 104, de 2001, uma vez que o CTN ‘só pode ser revogado ou modificado por lei formalmente complementar’.*

*39. Dito isto, fixa-se a premissa de que o acesso pela CGU a dados fiscais, para ser deferido, deve obedecer à legislação pertinente ao sigilo fiscal, atualmente regulado pelos arts. 198 e 199 do Código Tributário Nacional (CTN).*

*49. No tocante à espécie de procedimento, servem para transferência de dados todos os feitos disciplinares, punitivos ou não, sob contraditório ou não, previstos no Decreto nº 5.480, de 2005, e pela Portaria CGU nº 335, de 2008, com exceção da inspeção (...).*

*50. Note-se que o processo administrativo de inspeção não é apto a atender o requisito ‘com objetivo de investigar a prática de infração administrativa’, pois ele não fiscaliza diretamente o servidor por prática de infração funcional; fiscaliza os atos correccionais em si (...).*

*51. No mais, ainda quando satisfeitos os requisitos do art. 198, deve-se atentar que esse acesso é limitado aos dados do acusado, i. é, nos termos do CTN, do ‘sujeito passivo a que se refere a informação’ (aplicação do subprincípio da necessidade, pertencente ao princípio da proporcionalidade). Isso quer dizer que, acaso constem nos autos dados fiscais outros que não sejam do servidor acusado (empresas contribuintes, por exemplo), não poderão ser entregues à CGU, merecendo tratamento apropriado que os resguardem (autos apartados, ocultação de partes/excertos, ou outro meio idôneo). Sendo imprescindível o acesso, ele precisará de autorização judicial.”*

Por um lado, como um exemplo específico da necessidade de atendimento das condicionantes para o regular fornecimento de dados fiscais, destaca-se a hipótese em que o destinatário é autoridade policial (Departamento de Polícia Federal ou Polícias Civis estaduais, por exemplo). Conforme já asseverou a Cosit, a autoridade policial não dispõe de acesso a dados fiscais à margem dos requisitos do art. 198 do CTN. Não obstante, uma vez cumpridos os requisitos legais, é lícita a transferência de dados sigilosos à autoridade policial.

*Nota Cosit nº 3, de 07/01/04: “17. À luz do exposto, conclui-se ser descabido o fornecimento de informações de sujeitos passivos protegidas pelo sigilo fiscal a autoridade policial no exercício da atividade que lhe é própria - questão objeto da Nota SRRF02/Disit nº 40, de 2001, e da SCI Disit/SRRF06 nº 1, de 2002 -, haja vista que, nesse caso: (...) b) referido procedimento busca apurar a prática de ilícito criminal (ato punível pelo Estado), e não de uma infração administrativa (ato punível pela Administração); e c) a autoridade policial age no interesse da Justiça, e não no interesse da Administração.”*

*(Nota: O item “a”, suprimido, trazia entendimento já superado por posterior Parecer PGFN/CDI nº 1.433/2006 e pelo art. 16 da Portaria CGU nº 335, de 30/05/06, exposto linhas acima)*

*Solução de Consulta Interna-Cosit nº 2, de 24/01/05: “12. Por todo o exposto, conclui-se que, uma vez instaurado inquérito policial a fim de apurar a prática de infração penal objeto de representação fiscal para fins penais, é admissível o fornecimento pela Secretaria da Receita Federal de informações relativas ao representado e ao crédito tributário apurado, ainda que protegidas pelo sigilo fiscal, à autoridade policial federal que conduz o inquérito.*

*Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 198, com a redação determinada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001.”*

*Solução de Consulta Interna-Cosit nº 24, de 30/08/10: “f) na hipótese em que a representação fiscal para fins penais se referir a apenas um sujeito passivo e o processo de auto de infração que deu origem a tal representação contiver dados de terceiros, havendo requisição de informações da autoridade policial que conduz o inquérito policial relativas ao representado, deve-se suprimir os dados daqueles, desde que não haja indícios de sua participação no ilícito penal.”*

Por outro lado, em sentido oposto, cita-se a exceção, de abrigo constitucional (art. 100, §§ 9º e 10 e art. 131 da CF) e legal (art. 4º da Lei nº 9.028, de 12/04/95), que autoriza o fornecimento de dados protegidos por sigilo fiscal à Advocacia-Geral da União (aquí compreendida em seus órgãos ou unidades de representação judicial da União e das autarquias e fundações públicas federais, a saber: o Gabinete; a Procuradoria-Geral da União, incluindo suas unidades regionais, estaduais e seccionais; a Procuradoria-Geral Federal, incluindo as Procuradorias Regionais Federais, as Procuradorias Federais nos Estados, as Procuradorias Seccionais Federais e os Escritórios de Representação), para o cumprimento de seu mister de representar judicial ou extrajudicialmente a União, defendendo seus direitos e interesses tanto em matéria tributária quanto em outra matéria qualquer de interesse da Secretaria da Receita Federal do Brasil, bem como para executar créditos da União e ainda para expedição de precatórios e compensação de débitos perante a Fazenda Pública.

*Lei nº 9.028, de 12/04/95 - Art. 4º Na defesa dos direitos ou interesses da União, os órgãos ou entidades da Administração Federal fornecerão os elementos de fato, de direito e outros necessários à atuação dos membros da AGU, inclusive nas hipóteses de mandado de segurança, habeas data e habeas corpus impetrados contra ato ou omissão de autoridade federal.*

Nos termos acima, advindo de autoridade competente no âmbito da Advocacia-Geral da União, não há que se opor à solicitação de transferência de dados acobertados por sigilo fiscal, quando estes se demonstram necessários à legítima defesa de interesses nacionais. Assim se manifestaram a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e a própria Secretaria da

Receita Federal do Brasil, por meio de seu Manual do Sigilo Fiscal, aprovado pela Portaria RFB nº 3.541, de 07/10/11:

*Portaria RFB nº 3.541, de 07/10/11 - Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil - 7.1 - (...) Atenção 4) Podem ser fornecidas informações protegidas por sigilo fiscal à AGU, para fins de defesa da União em processo judicial que envolva matéria tributária ou outra de interesse da RFB, desde que as informações solicitadas estejam relacionadas ao objeto da ação judicial, em conformidade com o disposto no art. 4º da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995. Para as demais ações judiciais que não envolvam a RFB, devem-se observar as disposições contidas no convênio e no inciso II do § 1º do art. 198 do CTN.*

*Parecer PGFN/CJU/CED nº 1.249/2008: “16. Registre-se, de resto, que a informação sigilosa não há de ser franqueada a qualquer órgão de Estado, mas especificamente àquele que, por determinação constitucional, representa a União judicial ou extrajudicialmente.*

*20. Cuida-se, portanto, de hipótese anômala de transferência de sigilo que deflui do próprio ordenamento jurídico e da racionalidade que o orienta, exatamente como se verifica no acesso a informações protegidas por sigilo fiscal pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.*

*24. Ante o exposto, tendo em vista que a solicitação emana de autoridade que, na forma da Constituição e das Leis, detém competência para representar a União judicial e extrajudicialmente, bem assim que foi objetivamente indicada a necessidade de a Advocacia-Geral da União conhecer essas informações para o exercício da legítima defesa dos interesses do Estado brasileiro (...), é a manifestação no sentido da possibilidade jurídica de fornecimento (...).”*

Também a favor da disponibilização de dados para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional já se manifestou este próprio órgão de assessoramento jurídico.

*Parecer PGFN/PGA nº 980/2004: “Ementa: Sigilo fiscal. Possibilidade de acesso recíproco de dados econômico-fiscais entre a Secretaria da Receita Federal e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Previsão constitucional de compartilhamento de cadastros e de informações fiscais: Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003.”*

Por sintetizar diversos aspectos acima abordados, nos termos ora vigentes, didática foi a manifestação da Cosit, nos seguintes termos:

*Solução de Consulta Interna-Cosit nº 24, de 30/08/10: “A expressão ‘Administração Pública’, constante do art. 198, § 1º, II, do Código Tributário Nacional (CTN), abrange a administração direta e indireta de qualquer das esferas da Administração Pública e a expressão ‘Autoridade Administrativa’ refere-se àquela autoridade de qualquer dos Poderes legalmente constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário).*

*O fornecimento de informações protegidas pelo sigilo fiscal ao Ministério Público Estadual só é possível caso a solicitação preencha todos os requisitos do art. 198, § 1º, inciso II, do CTN.*

*O Segundo Termo Aditivo ao Convênio celebrado entre a RFB e a AGU prevê a prestação de informações, à AGU, à Procuradoria-Geral da União e à Procuradoria-Geral Federal, sobre bens, direitos e rendas declarados e, se houver, sobre faturamento, para fins de execução.*

*O acesso ao Ministério Público da União de informações abrangidas pelo sigilo fiscal, compreende os ministérios públicos que compõem esse órgão.*

*Os dados relativos ao endereço do sujeito passivo não estão protegidos pelo sigilo fiscal, contudo, o seu fornecimento por parte da RFB, em caráter sistemático, requer a celebração de convênio com a entidade solicitante.*

*Na hipótese em que a representação fiscal para fins penais se referir a apenas um sujeito passivo e o processo de auto de infração que deu origem a tal representação contiver dados de terceiros, havendo requisição de informações*

*da autoridade policial que conduz o inquérito policial relativos ao representado, deve-se suprimir os dados daqueles, desde que não haja indícios de sua participação no ilícito penal.”*

Embora a interpretação ora adotada seja a de que o mandamento do art. 198 do CTN volta-se ao dever do agente fiscal para com autoridades externas, nada impede que uma comissão disciplinar designada no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil adote uma postura mais cautelosa e conservadora de seguir os procedimentos acima descritos (mas destaque-se que não se considera obrigatória tal postura no caso de integrantes serem agentes do próprio Fisco). A hipótese legal do art. 198, § 1º, II do CTN ampara perfeitamente a solicitação de dados fiscais ao titular da unidade fiscal da jurisdição do acusado, encaminhada via Chefe do Escor (autoridade administrativa com poder de mando e indiretamente responsável pela apuração), no interesse da Administração (para apurar, em instância disciplinar, ilícito disciplinar do servidor objeto do pedido).

Nesta linha, finalizando a análise da nova redação do art. 198 do CTN, para a hipótese de se afastar o sigilo fiscal de servidor investigado, no interesse da Administração - ou seja, na hipótese de o agente do Fisco fornecer dados protegidos por sigilo fiscal à outra autoridade administrativa -, o § 2º do citado artigo estabelece que a obrigação de preservar o sigilo é transferida para a autoridade recebedora das informações. Neste intercâmbio de dados entre órgãos ou autoridades públicas, com vista à investigação de ilícitos disciplinares, transferem-se não só os dados fiscais solicitados, mas também a responsabilidade de não divulgá-los, já que a autoridade solicitante receberá os dados pessoalmente e mediante recibo que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. Assim, quando o agente do Fisco, nos termos permitidos em lei, repassa a outra autoridade os dados protegidos por sigilo fiscal, propiciando-lhe não só o acesso, mas também o uso dos dados, não há que se falar que ele incorreu no ilícito de violar o dever de guardar sigilo funcional, visto que a presunção é de que esta garantia do particular (de não ter seus dados tornados públicos ou divulgados) permanecerá preservada.

Idêntico entendimento se extrai também do art. 25, § 2º da Lei nº 12.527, de 18/11/11, que regulamenta a garantia fundamental estabelecida no art. 5º, XXXIII da CF, atinente ao direito de petição.

*Lei nº 12.527, de 18/11/11 - Art. 25.*

*§ 2º O acesso à informação classificada como sigilosa cria a obrigação para aquele que a obteve de resguardar o sigilo.*

Na Secretaria da Receita Federal do Brasil, como órgão detentor dos dados, o dispositivo do art. 198, § 2º do CTN encontra-se atualmente regulamentado pela Portaria RFB nº 551, de 30/04/13, que estabelece os procedimentos formais para preservar o sigilo das informações ao longo do seu fornecimento. Citam-se ainda a Lei nº 12.527, de 18/11/11, e os Decretos nº 7.724, de 16/05/12, e nº 7.845, de 14/11/12, como fontes de consulta mais detalhadas sobre definição, expedição, tramitação e guarda de documentos sigilosos. A propósito, informe-se que este último Decreto contém, dentre diversos outros regramentos, dispositivos não regulamentados pelo Decreto nº 7.724, de 16/05/12, como é o caso dos dispositivos aqui mencionados, acerca de expedição (destacadamente seus arts. 26 e 28), tramitação e guarda de documentos sigilosos.

*Decreto nº 7.845, de 14/11/12 - Art. 26. A expedição e a tramitação de documentos classificados deverão observar os seguintes procedimentos:*

*I - serão acondicionados em envelopes duplos;*

*II - no envelope externo não constará indicação do grau de sigilo ou do teor do documento;*

*III - no envelope interno constarão o destinatário e o grau de sigilo do documento, de modo a serem identificados logo que removido o envelope externo;*

*IV - o envelope interno será fechado, lacrado e expedido mediante recibo, que*

*indicará remetente, destinatário e número ou outro indicativo que identifique o documento; e*

*V - será inscrita a palavra “PESSOAL” no envelope que contiver documento de interesse exclusivo do destinatário.*

*Art. 28. A expedição de documento com informação classificada em grau de sigilo secreto ou reservado será feita pelos meios de comunicação disponíveis, com recursos de criptografia compatíveis com o grau de sigilo ou, se for o caso, por via diplomática, sem prejuízo da entrega pessoal.*

*Portaria RFB nº 551, de 30/04/13 - Art. 13. No fornecimento de informações protegidas por sigilo fiscal a órgãos, entidades e autoridades requisitantes ou solicitantes, nas hipóteses admitidas pelos arts. 198 e 199 da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN), ou por lei específica, as unidades da RFB deverão adotar os seguintes procedimentos, sem prejuízo dos demais previstos na legislação pertinente:*

*I - fazer constar, impressa e em destaque, na parte superior direita de todas as páginas da correspondência que formalizar a remessa das informações, bem como dos documentos que a acompanharem, a expressão “INFORMAÇÃO PROTEGIDA POR SIGILO FISCAL”;*

*II - remeter as informações em 2 (dois) envelopes lacrados:*

*a) um externo, que conterà apenas o nome ou a função do destinatário e seu endereço, sem qualquer anotação que indique o grau de sigilo do conteúdo; e*

*b) um interno, no qual serão inscritos o nome e a função do destinatário, seu endereço, o número do documento de requisição ou solicitação, o número da correspondência que formaliza a remessa e a expressão “INFORMAÇÃO PROTEGIDA POR SIGILO FISCAL”;*

*III - o envelope interno de que trata a linha “b” do inciso II será lacrado e sua expedição será acompanhada de recibo, no modelo constata do Anexo IV desta Portaria;*

*IV - o recibo, a que se refere o inciso III, destinado ao controle da custódia das informações, conterà, necessariamente, indicações sobre o remetente, o destinatário, o número do documento de requisição ou solicitação e o número da correspondência que formaliza a remessa, e será arquivado no órgão remetente, depois da comprovação da entrega do envelope interno ao destinatário ou responsável pelo recebimento.*

*Art. 14. Nas hipóteses admitidas em lei, atendidas as demais disposições desta Portaria, é permitido o fornecimento de informações de caráter sigiloso mediante documentos digitalizados, em formato pdf ou outro formato de arquivo de imagem.*

Posteriormente, a CGU emitiu norma (Portaria CGU nº 335, de 30/05/06), vinculante para todo o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, que, em seu art. 25, literalmente reproduz mandamentos atualmente regulamentados pela Portaria RFB nº 551, de 30/04/13.

#### **4.4.12.3 - A Questão do Sigilo Fiscal Especificamente para Servidores da Secretaria da Receita Federal do Brasil, Sobretudo Aqueles que Integram o Sistema Correicional**

É de se ressaltar que a interpretação exarada no tópico anterior, delimitada pelos mandamentos e condicionantes da atual redação do art. 198, § 1º, II do CTN, aplica-se à hipótese de dados fiscais serem solicitados por autoridades administrativas externas à Secretaria da Receita Federal do Brasil e, dentro daquele contexto, não configura afronta ao art. 18, § 3º da Portaria CGU nº 335, de 30/05/06 (mencionada em **4.12.1**), independentemente de haver prévio pedido de disponibilização dos dados ao servidor investigado e de este conceder ou não.

Quando a necessidade de acesso aos dados fiscais e de seu emprego é do próprio integrante do Fisco, em função da natureza de suas atividades laborais, afastam-se aquelas

regras gerais e aplica-se entendimento específico de que não há que se submeter aos condicionantes do art. 198, § 1º, II do CTN e muito menos à espontânea disponibilização por parte do servidor investigado.

E de outra forma não poderia ser, visto que, por óbvio, a Coger e os Escor integram a Secretaria da Receita Federal do Brasil e, igualmente às unidades fiscais, têm suas competências estabelecidas no Regimento Interno do órgão, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14/05/12. Ademais, seus integrantes são servidores que fazem parte do corpo funcional daquele órgão e da carreira que lhe é típica (conforme as Leis nº 10.593, de 06/12/02, nº 11.457, de 16/03/07, nº 11.890, de 24/12/08, e nº 13.464, de 10/07/17), possuindo, portanto, as mesmas atribuições legais e poderes e sobre eles recaindo as mesmas responsabilizações estatutárias, civis e penais em decorrência de atos funcionais que são inerentes aos servidores que atuam na área fiscal. Não há que se ter do sistema correcional uma visão apartada da própria Secretaria da Receita Federal do Brasil, como se fosse estranha ao órgão que integra.

Tanto é correta a interpretação acima - de que não há que cogitar de sigilo fiscal para a atividade correcional interna - que, segundo os arts. 18, III, IV e IX; 24; 285, V; e 287, V do Regimento Interno do órgão, a Coger, os Escor e os seus titulares são competentes, em síntese, para verificar aspectos disciplinares em feitos fiscais; solicitar ou realizar diligência fiscal; requisitar informações, processos, documentos e declarações de renda; e propor ação fiscal ou sua revisão. Na esteira, para que seja possível o regular desempenho de tais competências, a coerência do ordenamento impõe que se extraia a permissão regimental para que a Coger e os Escor acessem quaisquer sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil bem como utilizem os dados disponibilizados para a atividade correcional.

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 18. À Corregedoria - Coger compete: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

*III - verificar, no interesse da atividade correcional, dados, informações e registros contidos nos sistemas da RFB, bem como qualquer documento constante dos arquivos do órgão;*

*IV - verificar os aspectos disciplinares dos feitos fiscais e de outros procedimentos administrativos;*

*IX - solicitar ou realizar diligências, inclusive fiscais, requisitar informações, processos e documentos necessários ao exame de matéria na área de sua competência;*

*Art. 24. Aos Escritórios de Corregedoria - Escor compete, no âmbito de sua jurisdição, as atividades previstas para a Coger.*

*Art. 285. Ao Corregedor incumbe, sem prejuízo das atribuições do Secretário da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2013)*

*V - determinar diligências, inclusive fiscais, requisitar informações, processos e quaisquer documentos necessários à atividade correcional, bem assim determinar a realização de ação fiscal ou propor sua revisão, sempre que o exame de denúncias, representações, processos disciplinares ou outros expedientes relacionados com a disciplina funcional assim recomendar; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 11 de dezembro de 2014)*

*Art. 287. Ao Chefe de Escor incumbe, no âmbito de sua competência:*

*V - determinar diligências, inclusive fiscais, requisitar informações, processos e quaisquer documentos necessários à atividade correcional, bem assim propor a realização de ação fiscal ou propor sua revisão, sempre que o exame de denúncias, representações, processos disciplinares ou outros expedientes relacionados com a disciplina funcional assim recomendar; e*

Destaque-se que o Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil dispôs, de forma exclusiva, ao sistema correcional a competência para investigação ou apuração de qualquer fato ensejador da instância disciplinar, independentemente de já se ter

ou não instaurado o rito contraditório (sindicância disciplinar ou PAD). Desta forma, atesta-se que as competências regimentalmente dispostas (em que se incluem acessar diretamente ou solicitar aos titulares das unidades fiscais dados ou documentos) aplicam-se em qualquer fase (seja em investigação sigilosa, seja em apuração contraditória), sob pena de prejuízo de seu exercício.

Acrescente-se ainda que, nos termos das normatizações infralegal e interna, consubstanciadas no art. 17 da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, que traça regras gerais para a atuação correcional no âmbito do Ministério da Fazenda, e no art. 15 da Portaria Coger nº 14, de 14/01/30, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), e na Portaria Coger nº 4, de 16/01/14, prevê-se irrestrito acesso de servidores da atividade correcional aos sistemas informatizados, mediante autorização do Corregedor ou dos Chefes de Escor ou do Nucor (destes, por delegação do Corregedor, conforme já mencionado em 4.4.7); ratifica-se a competência regimental de ambos para proporem realização e revisão de ação fiscal; e considera-se ainda como procedimentos fiscais as diligências e perícias realizadas em instância disciplinar. Ou seja, além de propiciar o efetivo exercício de parte das competências regimentais anteriormente descritas, esta norma interna estabelece que, quando servidores da Secretaria da Receita Federal do Brasil atuam na instância disciplinar, trazem para esta atuação as competências e prerrogativas que detêm em função de seu cargo, transportando para a matéria correcional todo o poder da instância fiscal, onde aplicável.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 17. O Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda e o Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil poderão autorizar o acesso aos sistemas informatizados dos órgãos do Ministério da Fazenda abrangidos nas respectivas esferas de competência, nos perfis necessários ao desenvolvimento das atividades correcionais, por parte dos servidores subordinados e dos integrantes de comissão ou equipe por eles designada, bem como os seus próprios.*

*Parágrafo único. O acesso autorizado nos termos do caput será implementado independentemente de estar previsto em portaria de perfil específica.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 15. O Corregedor e os Chefes de Escor poderão propor a realização ou revisão de ação fiscal relativa a servidor ou outras pessoas físicas ou jurídicas que tenham tido relações de interesse fiscal com o servidor, sempre que o exame de denúncias, representações, processos disciplinares ou outros expedientes relacionados com a disciplina funcional assim recomendar.*

*Portaria Coger nº 4, de 2014 - Art. 1º Delegar aos Chefes de Escritório e de Núcleo da Corregedoria a competência para autorizar o acesso aos sistemas informatizados, nos perfis necessários ao desenvolvimento das atividades correcionais, dos servidores subordinados e integrantes de comissão ou equipe por eles designada, bem como os seus próprios.*

*Parágrafo único. A competência de que trata este artigo não poderá ser subdelegada.*

De tão cristalinos que são os dispositivos legais, regulamentares e regimentais e as manifestações jurisprudenciais judiciais e administrativas já expostos em explicitarem competências para o sistema correcional acessar e utilizar dados protegidos por sigilo fiscal em poder da Secretaria da Receita Federal do Brasil (seja diretamente por suas próprias senhas, seja solicitando ao titular de unidade fiscal, independentemente dos condicionantes do art. 198 do CTN e muito menos de vontade do servidor investigado), que nem sequer se faria necessário dispendar esforços para trazer ao tema a chamada teoria dos poderes implícitos.

Não obstante, não é demais apresentar esta fonte jurisprudencial e doutrinária. Embora se saiba que precipuamente é voltada ao Direito Constitucional (desenvolvida que foi pelo constitucionalismo norte-americano, mas já adotada no Direito pátrio pelo Supremo Tribunal Federal), a teoria dos poderes implícitos, *mutatis mutandis*, se aplica à discussão em tela para

elucidar definitivamente a questão. Esta formulação, em síntese, elabora que, quando a Constituição confere determinado poder a um órgão, simultânea e implicitamente aí se incluem, a favor do órgão em si e das autoridades que o integram, amplos poderes, com todos os meios ordinários e apropriados, necessários para a execução daquela competência. O enunciado se sintetiza com a máxima de que, desde que guardada a adequação entre os meios e o fim, onde se pretende o fim, restam autorizados os meios de atingi-lo. Neste rumo, didática é a manifestação jurisprudencial.

*STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797, Voto: “(...) Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso McCulloch v. Maryland (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. Cabe assinalar, ante a sua extrema pertinência, o autorizado magistério de Marcelo Caetano (Direito Constitucional, vol. II/12-13, item nº 9, 1978, Forense), cuja observação, no tema, referindo-se aos processos de hermenêutica constitucional e não aos processos de elaboração legislativa - assinala que, ‘Em relação aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, admite-se, por exemplo, a interpretação extensiva, sobretudo pela determinação dos poderes que estejam implícitos noutros expressamente atribuídos’. (...) Não constitui demasia lembrar, neste ponto, Senhora Presidente, a lição definitiva de Rui Barbosa (Comentários à Constituição Federal Brasileira, vol. I/203-225, coligidos e ordenados por Homero Pires, 1932, Saraiva), cuja precisa abordagem da teoria dos poderes implícitos (...) assinala: ‘Nos Estados Unidos, é, desde Marshall, que essa verdade se afirma, não só para o nosso regime, mas para todos os regimes. Essa verdade fundada pelo bom senso é a de que - em se querendo os fins, se hão de querer, necessariamente, os meios; a de que se conferimos a uma autoridade uma função, implicitamente lhe conferimos os meios eficazes para exercer essas funções. (...). Quer dizer (princípio indiscutível) que, uma vez conferida uma atribuição, nela se consideram envolvidos todos os meios necessários para a sua execução regular. Este, o princípio; esta, a regra. Trata-se, portanto, de uma verdade que se estriba ao mesmo tempo em dois fundamentos inabaláveis, fundamento da razão geral, do senso universal, da verdade evidente em toda a parte - o princípio de que a concessão dos fins importa a concessão dos meios.’ (...).”*

Ora, dispor a Secretaria da Receita Federal do Brasil de um sistema correcional para, sob ótica de interesse público, cuidar da moralidade de seus agentes fiscais e, em sequência, atrofiar-lhe os meios de ação e de persecução (sobretudo, exemplificadamente, naquilo que nos dias atuais mais atinge a percepção e a indignação social, que são os indícios de enriquecimento ilícito de um servidor), submetendo-lhe a requisitos legais voltados a órgãos externos ou à espontânea disponibilização por parte do servidor, seria o mesmo que afrontar, caso já não houvesse tão explícitas normas regimentais autorizadoras de acesso e uso da sua própria base de dados, a bem montada teoria dos poderes implícitos.

Ainda neste tema de competência, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional já manifestou entendimento, por meio do Parecer PGFN/CDI nº 1.850/2004, com a qualidade aqui já mencionada desta fonte. O órgão máximo de assessoramento jurídico no âmbito do Ministério da Fazenda considera que não há que se arguir a garantia de sigilo fiscal contra comissão disciplinar composta por servidores da Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão detentor dos dados fiscais. Ainda segundo a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, tendo sido os dados sigilosos trazidos aos autos e empregados de forma reservada, não configura violação do sigilo fiscal, vez que não há revelação para terceiros. Da mesma forma também já se manifestou a jurisprudência.

*Parecer PGFN/CDI nº 1.850/2004: “22. Ora, é evidente que não se pode arguir a garantia do sigilo fiscal contra a Secretaria da Receita Federal, órgão responsável pela guarda dessas informações. A disposição constitucional evocada pelo acusado veda a divulgação das informações pelo Fisco Estadual, Municipal e Federal para terceiros. No caso em exame, além da Comissão Processante, composta por membros da Secretaria da Receita Federal, a única pessoa que teve acesso às informações foi o advogado do acusado, razão pela qual não ocorreu a quebra do sigilo fiscal do acusado pela Comissão Processante responsável pelo Processo Administrativo nº (...).”*

*TRF da 2ª Região, Recurso em Apelação Cível nº 0006280-03.2009.4.02.5101: Voto: “Quanto à alegação de quebra de sigilo fiscal da ex-Auditora Fiscal sem autorização judicial, o que, a seu juízo, estaria a configurar prova ilícita, não há que se falar em sigilo para a própria Receita Federal, detentora que é dos dados analisados, tendo em vista a natureza das funções por ela desempenhadas.”*

*TRF da 2ª Região, Apelação Cível nº 569.327: “Ementa: Não existe quebra de sigilo quando são aferidas - por comissão interna, corregedora - informações que o servidor, no caso Auditor Fiscal, está legalmente obrigado a prestar, sob pena de demissão, nos termos de dispositivo categórico da Lei nº 8.429/92. Inviável, assim, anular processo administrativo disciplinar, sob o argumento de que houve a quebra ilegítima de sigilo fiscal. Procedimento administrativo instaurado com base na evolução patrimonial do autor, e albergado em disciplina regular da autoridade investigante. Absurdo cogitar de necessidade de autorização judicial quando todos os magistrados, procuradores da república e demais agentes públicos devem apresentar periodicamente tais dados, e (óbvio), não para que sejam ignorados por responsáveis que, isto sim, os devem aferir. Apelo desprovido.”*

*TRF da 4ª Região, Apelação Cível nº 5015529-79.2011.404.7100: “Ementa - (...) A simples utilização de dados fiscais protegidos do cidadão em procedimento administrativo instaurado dentro do âmbito da própria Secretaria da Receita Federal - órgão responsável pela sua guarda - não pode ser considerada quebra do sigilo fiscal. Ainda que sua utilização não tenha ocorrido para fins fiscais, os dados permaneceram restritos ao órgão tributário, não tendo sido divulgados ou expostos a público, inexistindo qualquer abalo à intimidade e privacidade dos envolvidos. 2. Além disso, com o advento da Lei Complementar nº 104/2001, foi expressamente introduzida no ordenamento jurídico a possibilidade de utilização de informações obtidas pela Fazenda Pública em razão do ofício por autoridade administrativa, desde que (i) regularmente instaurado processo administrativo com o objetivo de investigar o sujeito passivo por prática de infração administrativa e (ii) preservado o sigilo no âmbito da Administração Pública. No mesmo sentido seguem as disposições do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001.”*

*TRF da 4ª Região, Apelação Cível nº 5021274-15.2012.404.7000: “Ementa - (...) Insurge-se a Impetrante, ora Apelante, contra a suposta violação ao seu direito de sigilo fiscal, cuja matriz encontra respaldo no artigo 5º, inciso XII, da nossa Magna Carta, sob o argumento de que uma série de documentos anexados ao Processo Administrativo-Disciplinar nº 10980.017459/2008-75 foram-lhe juntados sem autorização judicial, a partir de outros autos de índole criminal e de responsabilidade administrativa, que estão em tramitação junto ao Juízo da 1ª Vara Federal de Ourinhos/SP. No caso, como se sabe, a Corregedoria-Geral e os Escritórios da Corregedoria-Geral, como integrantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, têm suas competências estabelecidas no Regimento Interno aprovado pela Portaria-MF nº 587, de 21/12/10, vigente à época dos fatos, sendo eles servidores que fazem parte do corpo funcional deste Órgão e da carreira que lhe é típica, possuindo, portanto, as mesmas atribuições e poderes, não se podendo ter do sistema correicional*

*uma visão apartada da própria Secretaria da Receita Federal do Brasil. Ora, resta evidente que não se pode argüir a garantia do sigilo fiscal contra a própria Secretaria da Receita Federal do Brasil, que é o órgão responsável pela guarda dessas informações, podendo a autoridade ou o servidor que faça parte da comissão processante trazer para o trabalho correicional as informações a que se tem acesso em função do cargo que ocupam, informações estas que estejam armazenadas nos sistemas informatizados do Órgão. Dessa maneira, tenho que, no caso, não pode prevalecer o argumento de que as informações fiscais a que têm acesso os servidores da Secretaria da Receita Federal do Brasil não poderiam ser utilizadas para fins disciplinares por duas razões simples: a primeira delas é porque o exame de responsabilidade funcional ou da prática de irregularidades por servidor subalterno passa pelo exame de sua atuação, que é de conhecimento ordinário da autoridade hierarquicamente superior; em segundo lugar, tais informações são acessadas mediante procedimentos internos próprios, em sistemas informatizados a exigir a identificação de quem as tenha consultado. Pode-se observar, ainda, que todas as informações fiscais de que aqui se trata foram prestadas pelos próprios titulares na qualidade de contribuintes, e seria ilógico obstar ao Órgão de Correição Funcional o exame das declarações fiscais de qualquer contribuinte que faça parte de seu corpo funcional.”*

A leitura conjunta que se extrai dos mencionados dispositivos legais, regulamentares e regimentais, dos Pareceres PGFN/CDI nº 1.850/2004 e 1.433/2006 e da jurisprudência é de que, não se cogitando de falta de motivo de fato ou de direito para assim proceder (como um dos requisitos de validade de qualquer ato administrativo) - com o que se afasta a hipótese de desvirtuamento das competências associadas ao órgão de lotação e ao cargo ocupado para vasculhar de forma arbitrária a intimidade e a privacidade alheias -, diante de situações que justifiquem a mitigação da garantia constitucional e à vista do interesse público a impulsionar de ofício a investigação ou a apuração de supostas infrações de elevada gravidade, em qualquer fase em que se encontre a provocação da instância disciplinar (seja em fase de admissibilidade, seja no curso de rito investigativo inquisitorial, seja no curso de sindicância disciplinar ou de PAD), não há que se opor cláusula de sigilo fiscal para autoridade ou servidor ou comissão composta por servidores da Secretaria da Receita Federal do Brasil, sendo tais agentes competentes para, diretamente, acessar dados e sistemas informatizados inerentes à matéria fiscal e, quando for necessário para o desempenho de suas competências, para requisitar documentos, processos ou quaisquer outras informações em poder de titular de unidade fiscal, bem como para efetivamente utilizar tais informações em suas atividades, sem terem de se submeter aos ditames do art. 198, § 1º, II do CTN, que são voltados a autoridades externas ao Fisco, e muito menos à manifestação volitiva do investigado.

Conforme exposto em **4.4.12.2**, o art. 198, § 1º, II do CTN - e também o art. 18, § 3º da Portaria CGU nº 335, de 30/05/06, mencionada em **4.4.12**, que recomenda a solicitação ao servidor investigado da renúncia de seu sigilo fiscal - obviamente, voltam-se à Administração como um todo e buscam harmonizar o conflito de interesses que pode se estabelecer na hipótese de um órgão público distinto da Secretaria da Receita Federal do Brasil (e, como tal, sem acesso a dados fiscais) necessitar de dados fiscais de um servidor de seus quadros para o fim de investigação ou apuração disciplinar - expondo, de um lado, o dever de oficialidade da Administração e, de outro, a garantia fundamental da pessoa de ter sua intimidade preservada da violação, da invasão, da perseguição pessoal, da devassa ou da mera curiosidade.

Para tal caso, o ordenamento previu, obviamente, a primeira e mais pacífica hipótese, que seria a espontânea disponibilização, por parte do próprio servidor, de seus dados fiscais ao órgão. Não havendo esta espontânea disponibilização (a que ninguém se obriga) e nem mesmo havendo o pré-requisito necessário de o órgão externo a solicitar ao investigado, cuidou o ordenamento de viabilizar a necessária persecução disciplinar no órgão solicitante e, ao mesmo tempo, preservar a intimidade do servidor do acesso imotivado e, por fim, garantir legalidade ao ato da autoridade fiscal de repassar os dados solicitados à autoridade externa.

Tão somente destas duas possibilidades é de que cuidam o art. 198, § 1º, II do CTN (ao impor como condições ao repasse, por parte da autoridade fiscal, que os dados sigilosos sejam solicitados por autoridade administrativa, sob motivos de interesse público, para apurar possível irregularidade por parte de quem tem os dados solicitados, em um procedimento administrativo instaurado no órgão de origem) e o art. 18, § 3º da Portaria CGU nº 335, de 30/05/06 (ao mencionar que a comissão instaurada no órgão que não possui acesso a dados fiscais solicite autorização ao investigado) - e sem que este seja visto como pré-requisito àquele, pois seria até de se estranhar que uma Portaria impusesse condição à aplicação de um dispositivo de Lei Complementar.

Mas, de acordo com as fontes legais, regulamentares, regimentais e jurisprudenciais mencionadas acima, à vista das peculiaridades da Secretaria da Receita Federal do Brasil, pelo próprio múnus público do órgão e dos agentes que o integram (seja na atividade-fim fiscal, seja na atividade-meio correcional, visto que, conforme já exposto, a competência desta absorve parte da competência daquela), resta dispensável, conforme recomendaria a Portaria CGU nº 335, de 30/05/06, solicitar ao servidor a disponibilização de seu sigilo fiscal, visto que este é acessível desde sempre na matéria correcional. E ainda mais dispensável seria, nos termos do art. 198, § 1º, II do CTN, o agente do Fisco que integra a estrutura correcional solicitar ao próprio Fisco - do qual ele indissociadamente e por própria natureza faz parte - o repasse dos dados protegidos por sigilo fiscal de quem quer que seja.

Soaria até estranho que a estrutura correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil tivesse de solicitar ao próprio investigado ou acusado a permissão para, sob interesse público, acessar dados que este órgão, por múnus público, detém sob sua própria guarda e que se revelam essenciais para os trabalhos (sobretudo em casos de investigação que, por própria natureza, deveria seguir sob sigilo). Igualmente estranho soaria uma autoridade fiscal integrante do sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil solicitar a outra autoridade fiscal o repasse de dados aos quais ela própria desde sempre possui acesso por força de seu cargo e por previsão regimental.

Não há, portanto, que se cogitar de descumprimento dos condicionantes elencados no art. 198, § 1º, II do CTN, quando a estrutura correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil utiliza, em seu múnus (seja pelo agente correcional, quando acessa diretamente os dados, seja pelo titular da unidade fiscal, quando aquele lhe solicita o repasse), os dados fiscais de quem quer que seja, uma vez que, neste caso específico, inexistente a figura de uma autoridade administrativa externa ao órgão solicitando os dados fiscais ao agente do Fisco.

E, nesta mesma hipótese específica, menos ainda há que se cogitar de afronta ao *caput* do art. 198 do CTN, uma vez que, obviamente, não há divulgação destas informações, mas tão somente seu uso interno dentro do próprio Fisco. Reafirma-se, na concessão quase pleonástica: a estrutura correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil insere-se na Secretaria da Receita Federal do Brasil. Não se divulga no órgão aquilo que já se encontra no próprio órgão.

Ademais, além de se afirmar que não se cogita de afronta aos mandamentos do art. 198 do CTN por parte da estrutura correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil no exercício de seu múnus, ratifica-se ainda que a inteligência salutarmente garantista daquela norma resta suprida na atuação deste sistema.

Em outras palavras, apenas por mera tese - uma vez que não se afasta aqui da convicção de que a linha interpretativa a se iniciar a análise, quando a discussão sobre acesso a dados protegidos por sigilo fiscal se dá internamente no próprio Fisco, não é de submissão ou não aos parâmetros voltados ao meio externo estabelecidos no art. 198 do CTN -, mesmo se se quisesse avaliar a conformação da atuação correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil àqueles ditames legais, não se encontrariam afrontas aos princípios garantistas em favor da defesa. Quando o integrante da estrutura correcional acessa dados sigilosos de quem quer que seja no interesse do serviço, o faz, até onde aplicável, exatamente sob moldes que o

art. 198 do CTN emprega para proteger a intimidade e a privacidade do sujeito passivo. A uma porque a regra interna na Coger e nos Escor é de haver um processo administrativo *lato sensu* já protocolizado; a duas porque quem acessa os dados é uma própria autoridade fiscal, com todos os poderes e competências inerentes a seu cargo e dispostos regimentalmente.

Ou seja, além de se defender que, regimentalmente, o agente do próprio Fisco não necessita atender aos condicionantes impostos pelo art. 198 do CTN, ainda que se queira submeter a ação correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil a tais parâmetros, se verifica total adequação e respeito à natureza garantista da norma - a menos, claro, do formalismo excrescente que seria uma autoridade fiscal solicitar à outra de igual natureza e competência os dados aos quais desde sempre ela própria já possui acesso.

Tampouco se cogita de descumprimento do já mencionado art. 18, § 3º da Portaria CGU nº 335, de 30/05/06 - que recomenda à comissão, “sempre que possível” (*litteris*), solicitar ao próprio investigado a renúncia a seus sigilos fiscal e bancário -, pelo simples motivo de que ele não se opera obrigatoriamente como pré-requisito nas investigações promovidas na Secretaria da Receita Federal do Brasil. Para o tema de que aqui se trata (especificamente sigilo fiscal), aquele dispositivo volta-se aos órgãos estranhos à Secretaria da Receita Federal do Brasil, que não possuem os dados fiscais, com teleologia claramente de economia de esforços: antes de provocar o órgão detentor dos dados, que se solicite a espontaneidade do próprio.

Menos ainda se cogita de afronta ao art. 1º da Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 298, de 05/09/07, quando o sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil acessa diretamente ou solicita ao titular de unidade fiscal os dados fiscais do servidor. Conforme se exporá em **4.7.4.4.4**, esta norma regulou um dever funcional que recai sobre os agentes públicos (de, por determinação das Leis nº 8.429, de 02/06/92, e 8.730, de 10/11/93, ou anualmente entregar cópia de sua declaração de Imposto sobre a Renda ou desde sempre autorizar a seu órgão de lotação acessar estas declarações apresentadas ao Fisco). Ou seja, a Portaria Interministerial tão somente disciplinou as duas formas de cumprimento do dever legal por parte dos agentes públicos, em nada se confundindo com limitação do poder de ofício da Administração. Do contrário, significaria crer que uma simples Portaria limitaria o poder-dever conferido em Lei para a Administração atuar com oficialidade na busca da verdade material que esclareça as supostas irregularidades de que tenha conhecimento.

É de se lembrar que o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) figura como órgão central de um sistema federal de corregedorias, com competência para normatizar e padronizar procedimentos de uma miríade de órgãos federais, das mais diversas áreas de atuação (atividades estas exercidas pela Corregedoria-Geral da União da CGU - CGU/CRG, conforme o art. 14, I do Decreto nº 8.910, de 22/11/16). Como tal, e de outra forma não poderia ser, seus regramentos se voltam para as situações gerais, não contemplando peculiaridades. Assim, a CGU, ao estabelecer procedimentos para investigações (seja isoladamente, como no caso da Portaria CGU nº 335, de 30/05/06, seja em conjunto com o então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG, que também figurava e ainda figura em denominação atual como órgão central para as questões de pessoal na Administração Pública federal -, como no caso da Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 298, de 05/09/07), o fez tendo em vista a realidade da imensa maioria dos órgãos federais, qual seja, de não terem em suas bases internas de dados as informações fiscais de seus respectivos quadros de servidores. Daí, aquelas duas normas generalistas, respectivamente, recomenda que a comissão solicite ao servidor investigado a renúncia de seu sigilo fiscal e determina que o servidor autorize a seu órgão de lotação acesso às suas declarações anuais de Imposto sobre a Renda, sem terem contemplado - e nem poderia mesmo fazê-lo - a peculiaridade da desnecessidade destes ritos quando o órgão já possui tais dados, como é o caso da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Sem prejuízo de eventualmente o sistema correcional da Secretaria da Receita Federal

do Brasil obter do servidor a espontânea entrega de seus dados fiscais, destaque-se que o fato de este sistema desde sempre já dispor de dados sobre os quais a Portaria CGU nº 335, de 30/05/06, e a Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 298, de 05/09/07, disciplinam aos demais órgãos uma primeira forma de obtenção e, justo por isto, não necessitar de tais ritos, em nada configura afronta às normas daqueles dois órgãos centrais. A convicção plena de que determinados dispositivos normativos restam dispensáveis porque os fins a que eles se propunham já se encontram desde sempre concretizados - e daí não se utilizarem os ritos normatizados - em nada se confunde com descumprir as normas. Não se trata de a Secretaria da Receita Federal do Brasil obter um determinado objetivo disciplinado em normas (no caso, o acesso a dados fiscais de quem quer que seja sob investigação ou apuração) de forma diferente daquelas normatizadas. A Secretaria da Receita Federal do Brasil - subentenda-se, seu sistema correcional - não engendra uma forma ilegal para obter os dados; simplesmente, ela já os tem.

Da mesma forma como se aduziu em **4.4.13.2**, também aqui é válido o destaque de que a pesquisa e o emprego de dados ou de documentos fiscais diretamente pelo agente da instância correcional não configuram quebra de sigilo e tão somente faz operar, para ele, a transmissão do dever legal de preservar o sigilo, à luz do art. 198, § 2º do CTN, sob pena de responsabilizações penal e administrativa em caso de divulgação irregular. O mesmo se aplica se o agente da instância correcional recebe os dados ou documentos fiscais transferidos pelo titular de unidade fiscal, não se operando, nem para um e nem para outro, quebra de dever funcional de guardar sigilo.

Idêntico entendimento se extrai também do art. 25, § 2º da Lei nº 12.527, de 18/11/11, que regulamenta a garantia fundamental estabelecida no art. 5º, XXXIII da CF, atinente ao direito de petição.

*Lei nº 12.527, de 18/11/11 - Art. 25.*

*§ 2º O acesso à informação classificada como sigilosa cria a obrigação para aquele que a obteve de resguardar o sigilo.*

Para se concluir o tema referente a sigilo fiscal, é de se destacar ainda não só a licitude como também a pertinência de a autoridade ou o servidor ou a comissão composta por servidores do sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil, também de forma justificada por motivos fáticos ou jurídicos que afastam a mera curiosidade invasiva, arbitrária e desvirtuada do interesse público, à vista da gravidade do fato em investigação ou apuração, acessar diretamente ou requisitar ao titular de unidade fiscal dados sigilosos de terceiros que mantenham alguma relação de proximidade com o servidor investigado ou acusado, tais como, por exemplo, seu cônjuge ou companheiro (independentemente de autorização desta pessoa, do estado civil, da natureza ou do regime por meio do qual se opera a união das duas pessoas ou da forma como apresenta sua declaração de ajuste anual, se em conjunto ou em separado) e de seus parentes (independentemente se há ou não vinculação de dependência econômica formal ou informal desta pessoa em relação ao servidor e de sua condição econômico-financeira), sejam estes terceiros servidores ou não.

Por um lado, é certo que nada autorizaria ou justificaria o acesso a dados protegidos de terceiro sem nenhuma relação de proximidade com o servidor investigado. Mas, por outro lado, também é certo que, exemplificadamente, diante das possibilidades de configuração de ilícito associado a enriquecimento ilícito (que se dissocia de um ato funcional propriamente dito, conforme se discorrerá em **4.7.4.4.3**) e do emprego das chamadas interpostas pessoas (vulgarmente conhecidas como “laranjas”), seria quase pueril que se concentrassem as investigações apenas na pessoa e no patrimônio do servidor em si, fechando-se inocentemente os olhos para as possíveis transações entre familiares ou ainda que se condicionassem tais providências à autorização do suposto beneficiado.

Em reforço à tese, acrescenta-se que o ordenamento legal e infralegal contempla, já de imediato e no mínimo, como um patamar básico e inicial, sem esforços persecutórios, que o

controle anualmente exercido pela Administração sobre a evolução patrimonial de seus servidores se estenda não só a cônjuge, companheiro ou filhos do agente público mas até também a outras pessoas que mantenham relação de dependência econômica com o servidor. Afinal, os §§ 1º e 2º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, e os arts. 2º e 3º do Decreto nº 5.483, de 30/06/05 - que disciplinam o dever funcional de todos os agentes públicos apresentarem sua declaração de bens e patrimônio ao órgão onde exercem seus cargos (conforme se aduzirá em **4.7.4.4.4**) -, de forma absolutamente previsível, estendem ao agente público o dever - sem que decorra de qualquer diligência ou intimação por parte da Administração - de também fornecer os mesmos dados de seu cônjuge ou companheiro, de seus filhos ou ainda de demais eventuais dependentes econômicos que vivam sob suas expensas.

*Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no Serviço de Pessoal competente.*

*§ 1º A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizados no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.*

*§ 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.*

*Decreto nº 5.483, de 30/06/05 - Art. 1º A declaração dos bens e valores que integram o patrimônio privado de agente público, no âmbito do Poder Executivo Federal, bem como sua atualização, conforme previsto na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, observarão as normas deste Decreto.*

*Art. 2º A posse e o exercício de agente público em cargo, emprego ou função da administração pública direta ou indireta ficam condicionados à apresentação, pelo interessado, de declaração dos bens e valores que integram o seu patrimônio, bem como os do cônjuge, companheiro, filhos ou outras pessoas que vivam sob a sua dependência econômica, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.*

*Art. 3º Os agentes públicos de que trata este Decreto atualizarão, em formulário próprio, anualmente e no momento em que deixarem o cargo, emprego ou função, a declaração dos bens e valores, com a indicação da respectiva variação patrimonial ocorrida.*

Avançando na construção, tampouco se pode cogitar de estes dois óbvios mandamentos legal e regulamentar limitarem o poder de investigação ou de apuração da Administração, como se restringissem seu espectro de pesquisas a pessoas que mantivessem apenas duas espécies de vínculo com o servidor, a saber: seu cônjuge, companheiro ou filhos (protagonistas desde sempre de uma forma de proximidade apriorística, presumível, natural e automática, independentemente de relação de dependência econômica) e demais pessoas que vivam sob sua dependência econômica (tais como pais, avôs, netos, tios, sobrinhos, mas que mantivessem uma outra forma de proximidade eventual e carecedora de conformação jurídica). Tal linha inadequada de interpretar indicaria que, ainda que a oficialidade e a verdade material requisitassem, não seria possível estender a investigação, por exemplo, ao pai ou à mãe do servidor, caso estes ostentassem salutar condição econômico-financeira, ainda que se dispusesse de robustos indícios de transferência de bens. Além de não poder se confundir obrigações mínimas impostas aos agentes públicos com o espectro muito maior das diligências oficiais movidas pela Administração em atendimento ao interesse público, também é de se asseverar que as investigações ou apurações que indubitavelmente competem à Administração no que se refere a terceiras pessoas visam a tão somente desmascarar as tentativas do agente público em diluir seu patrimônio irregularmente amealhado por meio de transferências patrimoniais em favor de parentes próximos e não a avaliar o grau de riqueza

ou de dependência econômica destas pessoas em si.

O fato de os §§ 1º e 2º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, e os arts. 2º e 3º do Decreto nº 5.483, de 30/06/05, estabelecerem aos agentes públicos a obrigação de anualmente informarem sua própria evolução patrimonial, bem como a de seu cônjuge, companheiro e filhos e ainda a de pessoas que vivam como seus dependentes econômicos em nada se confunde com delimitação dos poderes investigativo e apuratório da Administração. Na ponderação salutar do equilíbrio de forças do sistema jurídico, figurando, de um lado, como pesos, os princípios da indisponibilidade do interesse público, da oficialidade e da busca da verdade material e, de outro lado, como contrapesos, os alicerces do Estado Democrático de Direito asseguradores de garantias fundamentais, é certo que compete à Administração, nos devidos ritos legais, esgotar as investigações e apurações acerca de supostas irregularidades de seus agentes. Isto se desdobra em, de um lado, o sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil, em razão do acesso que as atribuições legais dos cargos de seus integrantes lhe confere, poder utilizar todo o conjunto de informações fiscais disponíveis na base de dados fiscais em poder do órgão; e, de outro lado, os demais órgãos públicos federais, que não possuem o automático acesso a esta ampla base de dados, uma vez motivadamente necessitando de informações protegidas por sigilo fiscal de terceiros além do próprio agente e que não faz parte da sua base própria de dados, demandar a autorização ao Poder Judiciário.

O certo é que se as duas relações de proximidade elencadas nos mencionados dispositivos normativos não figuram como intransponível delimitação às investigações ou apurações em curso sequer nos órgãos estranhos ao Fisco (já que estes, necessitando de dados fiscais além de seu próprio servidor e além de dados fiscais de seu cônjuge, companheiro ou filhos ou ainda de terceiros economicamente dependentes que porventura o agente público tenha fornecido em atendimento à Lei e ao Decreto, podem demandar a autorização judicial para acesso), muito menos teriam tal condão no sistema correcional que, institucionalmente, já dispõe de toda a base de dados fiscais do conjunto de contribuintes.

Conclui-se que, nos casos de investigação ou de apuração de enriquecimento ilícito, em que se pode cogitar, em tese, de diluição do patrimônio irregularmente obtido pelo agente público em favor de pessoas próximas, o estado formal de dependência econômica ou não desta pessoa em relação ao servidor em nada atua como autorizador ou delimitador do alcance dos trabalhos. Se assim não fosse, poderia um servidor amealhar o mais vultoso patrimônio de que se cogite de forma ilícita e transferi-lo para um parente próximo de salutar condição econômico-financeira e restaria então este agente público hipotético imune a investigações ou apurações. Por óbvio, não se sustentaria a alegação da dependência econômica da terceira pessoa em relação ao servidor como pré-requisito à inclusão na investigação ou na apuração.

E, se aqui se defendem o acesso a dados fiscais de terceiros e o seu emprego (compreendendo-se tais terceiros como outras pessoas que não só de fato existem mas que também efetiva e concretamente mantêm relação de proximidade com o servidor e que, portanto, são possuidoras de seus próprios dados fiscais), mais convicção ainda se apresenta ao se assegurar a licitude e a pertinência de acesso a dados fiscais destas interpostas pessoas quando elas não mantêm nenhuma correlação pessoal com o investigado ou quando sequer existem de fato. Neste caso, a rigor, não se acessam e não se utilizam dados de uma outra pessoa, estranha ao servidor, mas sim, na verdade, trata-se de dados do próprio investigado.

Sendo absolutamente relevante para a atividade correcional, em que pese o seu poder coercitivo e punitivo se limitar a servidores, é lícito que agentes do Fisco acessem diretamente ou requisitem ao titular de unidade fiscal dados ou documentos fiscais de terceira pessoa que possa ter indireto envolvimento com o fato e os analisem para formação de convencimento, utilizando-os, se for o caso, seja em fase inquisitorial, seja em fase contraditória, uma vez que, conforme já aduzido anteriormente, aqui não se cogita de se aplicarem os condicionantes do art. 198, § 1º, II do CTN, mas sim as competências regimentais já reproduzidas - ainda se podendo buscar apoio na teoria dos poderes implícitos, cabendo, sim, na salutar ponderação

com que a ciência jurídica equilibra pesos e contrapesos, responsabilizações ao agente que acessasse dados fiscais de terceiro por mera curiosidade ou interesse pessoal.

Prosseguindo, se são trazidos aos autos dados fiscais de terceiros (indicadores de sua situação econômica ou financeira ou de operações realizadas), protegidos por sigilo, pode-se ter configurada situação de conflito de direitos, ambos de índole privada e particular. De um lado, há o direito constitucional à privacidade, a favor deste terceiro, de não ter seus dados disponibilizados para o acusado e para seu procurador. Por outro lado, associado ao inafastável poder-dever de a Administração apurar sob ótica prevalecente do interesse público, há o direito também constitucionalmente previsto de o acusado, ainda que em instância administrativa, ter assegurados ampla defesa e contraditório, por todos os meios e recursos lícitos. Na ponderação de bens tutelados em antagonismo, se o conhecimento de tais dados, indispensável ao múnus apuratório, se demonstra relevante para o exercício de defesa, configurando o legítimo interesse jurídico do acusado, é de se valorizar a máxima da instância punitiva, considerando de maior indisponibilidade o amplo direito de defesa e permitindo ao acusado o acesso aos dados sigilosos de terceiros, mitigando-se, excepcionalmente neste caso, o direito à privacidade do outro. Por óbvio, o acesso aos dados de terceiros tem sua justificativa restringida ao exercício do direito de defesa, sendo então transferido não só ao agente público mas também ao acusado e a seu procurador o dever de manter sigilo acerca dos dados a que tiveram acesso em função do processo disciplinar, podendo ser responsabilizados, nas vias competentes, por usos indevidos ou por sua divulgação sem justa causa.

*“A entrega da informação fiscal para aquele que demonstre legítimo interesse jurídico encontra fundamento no art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, da Constituição Federal, como ressaltado, e, importa sublinhar, na ausência de direitos absolutos. Com efeito, a eventual tensão entre a manutenção da informação fiscal em sigilo e o seu conhecimento estrito para exercício de direito consagrado na ordem jurídica, resolve-se pela entrega ou fornecimento da informação para aquele fim específico, sendo punidos, na forma própria, os abusos acaso cometidos.”, Aldemario Araujo Castro, “Considerações Acerca dos Sigilos Bancário e Fiscal, do Direito Fundamental de Inviolabilidade da Privacidade e do Princípio Fundamental da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado”, disponível em <http://www.aldemario.adv.br/sigilo.pdf>, acesso em 07/12/10*

Mencione-se que, quando aqui se aduziu a necessidade de haver motivos fáticos ou jurídicos que justifiquem o excepcional afastamento da garantia constitucional para que o sistema correccional acesse dados protegidos por sigilo fiscal do próprio servidor ou de terceiros, quis se registrar que, para tal, deve a Administração estar diante de uma apuração de ilícito em princípio grave e relevante e que dependa daquele tipo de dados. A necessária existência de motivo para este ato de acesso, como requisito de sua validade, não significa, necessariamente, a lavratura formal de qualquer ato de decisão definitiva ou sequer interlocutória, já que não se confunde com exigência de exposição do motivo, a que se denomina motivação (conforme já aduzido em 3.3.1.4.1 e em 3.3.2.2). Com aquela assertiva apenas se quer alertar o aplicador do Direito de que não se tolera que a Administração cogite de acessar e de autuar em um processo administrativo disciplinar ou em um procedimento investigativo dados protegidos por sigilo fiscal para apurações que não guardem nenhuma relação com tais informações sigilosas e que possam prescindir deste remédio excepcional. Em termos mais concretos, ratifica-se que, se por um lado, legal e principiologicamente, pode sim o sistema correccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil acessar e usar dados fiscais de acusados e de terceiros relacionados quando o fato sob apuração depende de tais elementos de prova, como é o caso de suposto enriquecimento ilícito, por outro lado, todavia, não cabe tal permissão para apurações de fatos de menor relevância e sem relação com aqueles dados, tais como a apuração de simples falta de urbanidade ou de pontualidade, apenas para citar exemplos bastante ilustrativos.

Os motivos fáticos ou jurídicos, como requisitos de validade do ato administrativo de o agente da estrutura correcional acessar tais dados de determinado servidor sob investigação ou sob apuração, restam intrinsecamente associados, objetiva e materialmente - e não ritualística ou formalmente -, à peculiaridade de a natureza e a gravidade do caso requererem a excepcionalidade de se afastar uma garantia constitucional, eliminando, por um lado, a possibilidade de a Administração fazê-lo por mera devassa na privacidade e na intimidade alheia, mas, por outro lado, em nada se confundindo com necessidade de uma autoridade e muito menos de a comissão lavrar uma formal decisão fundamentada.

A decisão de se acessar e de se empregar no procedimento investigativo ou no processo administrativo disciplinar os dados protegidos por sigilo fiscal advém da convicção do agente competente para, vinculadamente, impulsionar os trabalhos investigativos ou apuratórios, bastando para isto o sólido amparo na base legal, normativa e principiológica, independentemente de qualquer ato formal meramente procedimental. O motivo que se exige e que não se confunde com necessidade de sua explicitação, refletindo a impulsão *ex officio* sob império do ordenamento de regência, para se afastar a indevida intromissão na órbita de direitos íntimos e privados da pessoa, é a leitura, pelo menos *a priori*, ao tempo processual em que ainda opera o *in dubio pro societate* (seja na investigação reservada, seja no processo contraditório), de que o caso sob análise do agente correcional passa inexoravelmente pela necessidade de acesso aos dados reveladores da riqueza do servidor e de seus parentes próximos e pela consequente gravidade material do fato.

Neste rumo, como de outra forma não poderia ser, não há necessidade de qualquer ato formal meramente procedimental, instrumental ou interlocutório e muito menos de decisão fundamentada que contenha expressamente os motivos para que servidores do sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil acessem e empreguem os dados de sigilo fiscal de acusado ou de terceiros nos trabalhos investigativos ou contraditórios. Sequer a leitura de toda a normatização infralegal, da base principiológica informadora e muito menos da base legal contida no art. 198 do CTN permite que se cogite da exigência de tal ato antecedente ao acesso aos dados fiscais de quem quer que seja e ao seu uso em instância correcional.

O que motiva e, em consequência, legitima o acesso a tais dados e o seu uso em procedimento investigativo ou em processo administrativo disciplinar é a gravidade do fato sob apuração mediante interesse público, gravidade esta que faz o caso concreto sob análise se amoldar às construções hipotéticas do ordenamento previamente concessor e autorizador de tais competências dos agentes investigadores ou apuradores.

Mencione-se ainda que, de outro lado, pode a instância correcional ter acesso a dados protegidos por sigilo fiscal do acusado ou de terceiros por estes já estarem encartados nos autos desde a fase de admissibilidade (por exemplo, oriundos de processo administrativo fiscal), e a comissão não vislumbrar necessidade de sua permanência nos autos, por entender que não serão utilizados como prova e que são irrelevantes para o fato sob apuração, podendo, então, neste caso, deliberar por seu formal desentranhamento. **Mas lembre-se que, especificamente nos processos digitais, formalizados no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) e que possuem suporte documental em meio digital, depois de serem juntados em definitivo, os documentos permanecem disponíveis e acessíveis a partir da funcionalidade de pesquisa a documentos, mesmo após sua exclusão.**

#### **4.4.12.4 - Envio de Informações, por Parte da Comissão, para Outras Unidades e para Órgãos Externos**

Pode ocorrer de, no curso do apuratório disciplinar, a comissão ser provocada ou estar legalmente obrigada a enviar dados e documentos decorrentes de seus trabalhos para outras unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil ou ainda para órgãos ou autoridades

externas. Visando a uma sistematização da forma desta disponibilização de informações (o que não se confunde em interferir na autonomia do colegiado), a normatização infralegal, consubstanciada no art. 20 da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, alerta, de forma geral, para as obrigações de reserva da matéria correcional (conforme o art. 150 da Lei nº 8.112, de 11/12/90) e, de forma específica, para o dever de sigilo funcional sobre dados de natureza fiscal, econômica e patrimonial (conforme o art. 198 do CTN) e elenca alguns critérios.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 20. O envio de informações e documentos a órgãos externos referentes a atividades desenvolvidas no âmbito da Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda e da Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil observará o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da Administração, nos termos do art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990, ocorrendo nas seguintes hipóteses:*

- I - houver requisição de autoridade judiciária, no interesse da justiça;*
- II - houver requisição do Ministério Público da União, nos termos da legislação pertinente;*
- III - forem verificados indícios de prática de crime cuja iniciativa da ação penal seja do Ministério Público;*
- IV - decorrente de solicitação de outras autoridades administrativas, legalmente fundamentada;*
- V - houver necessidade da prática de atos instrutórios que dependam de autorização judicial;*
- VI - para a promoção ou para a defesa dos interesses da União, na forma da lei e dos demais regulamentos da Advocacia-Geral da União; e*
- VII - em processo administrativo instaurado para apurar improbidade administrativa, de acordo com o art. 15 da Lei nº 8.429, de 1992.*

*§ 1º Nas situações descritas nos incisos I a VI, o envio se dará obrigatoriamente pela autoridade instauradora do feito disciplinar.*

*§ 2º Quando, na hipótese prevista no inciso V, houver urgência e relevância, a comissão poderá solicitar autorização à autoridade instauradora, inclusive por meio eletrônico, para envio de informações e documentos diretamente a órgão externo.*

*§ 3º Na hipótese prevista no inciso VII:*

- I - o presidente da comissão enviará as informações ou documentos diretamente ao órgão externo, com comunicação imediata à autoridade instauradora; e*
- II - a comissão deverá realizar a comunicação no início do processo ou no decorrer dos trabalhos, caso os indícios da prática de ato de improbidade somente surjam durante a apuração.*

*§ 4º O fornecimento de informações de natureza fiscal, econômica ou patrimonial observará o sigilo fiscal de que trata o art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.*

A norma ministerial, por óbvio, não trata do envio de informações e documentos para unidades da própria Secretaria da Receita Federal do Brasil, sendo certo que, quando necessário para o desempenho de competências regimentais, pode ser feito diretamente pela comissão, sem interveniência da autoridade instauradora. Já o envio de informações e documentos para órgão e autoridades externas, a norma ministerial praticamente repete suas literalidades e previsões, estabelecendo que, como regra, deve ser feito por meio da autoridade instauradora se decorrente de: requisição judicial ou do Ministério Público Federal; obrigatoriedade de representação criminal; pedido de outras autoridades administrativas; promoção ou defesa de interesses da União a cargo da Advocacia-Geral da União; interesse da própria comissão, com o fim de obter autorização judicial para prática de ato instrucional. Excepcionalmente, nesta última hipótese, em caso de urgência e relevância, pode a comissão fazer a remessa diretamente ao destinatário, mediante autorização (até por via eletrônica) da autoridade instauradora.

Destaque-se que eventual provocação para que a Advocacia-Geral da União atue no

curso da instrução probatória (por exemplo, postulando em juízo para obtenção de provas de ação penal ou a favor da quebra de sigilo bancário) não impede sua posterior atuação na fase de julgamento (por meio de Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda, por exemplo, como é o caso dos julgamentos de competência do Ministro de Estado da Fazenda).

*Mandado de Segurança nº 14.504: “Ementa: 4. Admite-se a atuação da Advocacia-Geral da União no processo disciplinar como auxiliar da comissão processante junto ao Poder Judiciário na obtenção de provas produzidas na ação penal intentada sob os mesmos fatos investigados na esfera administrativa.”*

*Voto: “(...) Destacou o autor da ação ser indevida a interferência da Advocacia-Geral da União na fase de instrução, pois esse mesmo órgão, ao término do procedimento, participa do julgamento do feito. Sem razão, contudo, o impetrante. (...) Na espécie, o servidor investigado, auditor da receita federal, era vinculado ao Ministério da Fazenda, sendo o ministro desta Pasta o juiz natural do processo administrativo disciplinar e não o Advogado-Geral da União. Ainda, a função da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, na esfera administrativa, é de assessoramento e orientação dos dirigentes do Poder Executivo Federal, para dar segurança jurídica aos atos administrativos que serão por eles praticados. Assim, o parecer apresentado no processo administrativo disciplinar tem cunho meramente informativo. Não há se falar, portanto, que a Advocacia-Geral da União teria participação no julgamento do feito. De outro vértice, observa-se ter sido a Advocacia-Geral da União acionada tão somente para solicitar documentos colacionadas nos autos da ação penal em trâmite na Justiça Federal contra o investigado, cujos fatos se relacionavam com o inquérito administrativo. Outra não poderia ter sido a atitude da comissão processante, uma vez que ela, ou seus membros, não possuem poder postulatório, pressuposto processual para estar em juízo, qualidade esta intrínseca à Advocacia-Geral da União, nos termo do artigo 131 da Constituição Federal.”*

Quando, por força do art. 15 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, se tiver de realizar imediata comunicação ao Ministério Público Federal e ao Tribunal de Contas da União (por meio da Secretaria de Controle Externo - Secex - do respectivo Estado), da apuração de suposto ato de improbidade administrativa, por expressa previsão deste dispositivo legal, conforme já aduzido em 4.3.2 e se mencionará em 4.7.4.4.2, cabe à própria comissão, por intermédio de seu presidente, providenciar esta ciência, sem prejuízo de também informar, internamente, à autoridade instauradora.

No caso de necessidade de fornecimento para órgãos externos de dados protegidos por sigilo fiscal, deve a comissão tomar as cautelas exigidas na Portaria RFB nº 551, de 30/04/13, que, após a alteração do art. 198 do CTN, disciplinou, na Secretaria da Receita Federal do Brasil, os dispositivos do art. 26 do Decreto nº 7.845, de 14/11/12 (cuja menção se justificou em 4.4.12.2), e que já foram reproduzidas linhas acima.

Mencione-se que este tipo de comando, na verdade, já existia desde a revogada Portaria RFB nº 4.491, de 06/10/05. Logo após sua adoção no ordenamento interno, este mandamento também se fez refletir na normatização imposta pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) para todo o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal. Com efeito, a menos da determinação de fazer a disponibilização das informações passar pela autoridade instauradora, veem-se os comandos da Portaria RFB nº 551, de 30/04/13, se reproduzirem nos art. 24 e 25 da Portaria CGU nº 335, de 30/05/06.

#### **4.4.12.5 - Sigilo Bancário**

De forma análoga ao que foi dito para o sigilo fiscal, é certo que, pela própria natureza

das atividades que desenvolvem, as instituições financeiras têm acesso a informações de seus clientes que, por proteção constitucional à privacidade, não podem ser tornadas públicas, sob pena de responsabilizações administrativa, penal e civil. Assim, os dados pormenorizados das operações financeiras realizadas por qualquer pessoa (discriminando o titular, a origem, o destino e o valor de cada operação do usuário) têm, como regra geral, a proteção de sigilo, doutrinariamente chamado de sigilo bancário e que tem normatização na Lei Complementar nº 105, de 10/01/01. Ressalve-se que a cláusula protege os dados pormenorizados, não sendo aqui considerados protegidos os dados agregados associados ao nome do titular da operação. Acrescente-se que esta obrigação de sigilo recai também sobre o Banco Central do Brasil, sobre a Comissão de Valores Mobiliários e sobre seus agentes, que acessam tais informações no exercício de suas atribuições legais.

*Lei Complementar nº 105, de 10/01/01 - Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.*

*§ 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar:*

*I - os bancos de qualquer espécie;*

*II - distribuidoras de valores mobiliários;*

*III - corretoras de câmbio e de valores mobiliários;*

*IV - sociedades de crédito, financiamento e investimentos;*

*V - sociedades de crédito imobiliário;*

*VI - administradoras de cartões de crédito;*

*VII - sociedades de arrendamento mercantil;*

*VIII - administradoras de mercado de balcão organizado;*

*IX - cooperativas de crédito;*

*X - associações de poupança e empréstimo;*

*XI - bolsas de valores e de mercadorias e futuros;*

*XII - entidades de liquidação e compensação;*

*XIII - outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.*

*§ 2º As empresas de fomento comercial ou factoring, para os efeitos desta Lei Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º.*

Todavia, à vista da maior relevância concedida ao interesse público, ainda que não haja expresso consentimento por parte do agente para que seu dados acobertados pelo sigilo bancário sejam acessados e utilizados, a cláusula de garantia individual pode ser afastada, se assim entender justificável o Poder Judiciário, com o fim de solucionar sérias questões que lhe são submetidas, sobretudo acerca de cometimento de crimes e até mesmo de graves ilicitudes disciplinares. O afastamento do sigilo bancário, por mitigar proteção constitucional à privacidade, somente deve ser cogitado diante de grave irregularidade e em que o acesso aos dados protegidos é indispensável e imprescindível e quando de outra forma não se chega ao esclarecimento fático.

A menos que haja expressa anuência por parte do servidor, o afastamento do sigilo das operações financeiras, para acesso e uso de tais informações, segundo estabelecem o art. 1º, § 4º e o art. 3º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/01, requer autorização judicial, sem exceção e independentemente da situação de que se cogita e do órgão em que se processa a apuração administrativa.

*Lei Complementar nº 105, de 10/01/01 - Art. 1º*

*§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: (...)*

*Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.*

*Parecer AGU nº GQ-110, vinculante: “12. No geral, mesmo dentre os autores que pretendem um sigilo menos rígido, costuma-se vincular o sigilo bancário a esse preceito constitucional. No Supremo Tribunal Federal, (...) talvez a maioria (...) tenda a ver o sigilo bancário como desdobramento do direito à privacidade inserto no inciso X do art. 5º da Constituição.*

*22. Limitabilidade de direitos supra-estatais. Ainda que tidos como fundamentais e supra-estatais, e, portanto, inextinguíveis pelo Estado, os direitos à intimidade e à vida privada, que talvez se possam genericamente chamar de direitos à privacidade, ficam sujeitos a limitações.*

*46. Sabe-se, porém, que o sigilo bancário e o sigilo fiscal não são absolutos, como o STF tem repetidamente proclamado. Mas também não é verdade, como pareceu ao TCU, que possa ter acesso a tudo, sem quaisquer barreiras.(...)*

*51. (...) o Tribunal de Contas pode ter acesso, mesmo a dados sigilosos, quando estiver em missão, que hoje lhe está assegurada, de fiscalizar as instituições financeiras. Isto não lhe confere, entretanto, a pretensão a qualquer informação sobre quem não esteja, ‘in actu’, submetido à sua fiscalização. Igualmente, no tocante ao sigilo fiscal, a fiscalização que exerça sobre atividades, por exemplo, da Receita Federal, não lhe permite acesso, ‘exempli gratia’, às declarações de rendimentos das pessoas.”*

Diferentemente da maior flexibilização que a Lei Complementar nº 104, também de 10/01/01, concede ao afastamento de sigilo fiscal, não há nenhuma possibilidade de afastamento do sigilo de operações financeiras sobretudo do servidor investigado ou acusado ou até de outras pessoas em via meramente administrativa, para fim disciplinar (ou seja, como elementos formadores de convicção em instância correcional), sem aquiescência do próprio ou sem interferência do Poder Judiciário. Aqui, ao contrário do que se defendeu em **4.4.12.3** para acesso a dados protegidos por sigilo fiscal, não há nenhuma prerrogativa especial do integrante de comissão disciplinar designada no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil no que diz respeito a acesso a dado protegido por sigilo bancário e a seu emprego, em comparação com autoridades administrativas externas ao Fisco.

Assim, para a instância disciplinar no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil obter informações sigilosas acerca de operações financeiras, com as quais lidam as instituições listadas no art. 1º, § 1º da Lei Complementar nº 105, de 01/01/01, com o fim de apurar responsabilidade administrativa de servidor em ato correlacionado ao exercício de seu cargo, primeiramente deve-se solicitar ao próprio que forneça seus extratos bancários, bem como de seu cônjuge e demais dependentes, ou que autorize que as instituições financeiras o façam.

A instrumentalização desta primeira tentativa se dá por meio de uma solicitação de informações, por meio da qual a comissão pede ao acusado que, espontaneamente, informe o seu estado civil, o regime de comunhão de bens se porventura for casado, os nomes das instituições financeiras nacionais e no exterior em que o próprio, seu cônjuge e seus demais dependentes (como filhos, por exemplo, se houver) mantêm contas no período de interesse da apuração. Necessário solicitar ainda que o acusado forneça todos os documentos disponíveis relacionados aos dados bancários, seus, de seu cônjuge e de seus demais dependentes, tais como extratos de contas-correntes, de cadernetas de poupança, de cartões de crédito, de empréstimo e financiamentos, de aplicações financeiras, de contas, clubes ou fundos de investimento, inclusive contas movimentados em corretoras de títulos e valores mobiliários, e notas de corretagem relativas às operações no mercado de renda variável, bem como a relação de rendimentos, bens e direitos e ainda documentos comprobatórios de aquisições, alienações, transferências, doações patrimoniais e de utilização ou de recebimento de recursos financeiros, para o período de apuração.

Esta solicitação de informações ao servidor deve expressar ainda as alternativas de ele, seu cônjuge e seus demais dependentes renunciarem seus sigilos bancários, para que as instituições financeiras forneçam à comissão as informações solicitadas; ou caso tenha(m)

sido objeto de ação fiscal da qual constem dados bancários, autorizem a comissão utilizá-los (esta hipótese será abordada adiante, ao fim deste tópico). A solicitação de informações já deve se fazer acompanhar das minutas das duas autorizações, prontas para serem preenchidas e assinadas, com firma reconhecida.

É de se destacar que o interesse em tela recai sobre os dados de operações financeiras que *a priori* envolvem o próprio servidor. Mas, até pode se contemplar a necessidade de se solicitar o afastamento do sigilo bancário de outras pessoas físicas, tais como seu cônjuge ou demais dependentes, ou outros familiares ou até mesmo particulares utilizados como interpostas pessoas (“laranjas”) ou ainda até pessoas jurídicas, pois é sabida a prática usual de utilização de contas de pessoas íntimas e confiáveis para fins de acobertamento de aquisição de patrimônio incompatível com os rendimentos declarados. Esta maior abrangência se justifica destacadamente no caso do cônjuge, exceto se o regime de bens do casal for de separação total, hipótese em que se restringe ao servidor.

*TRF da 5ª Região, Apelação Cível nº 564.213: “Ementa: 5. A instauração da sindicância é clara e definida, para a investigação de esquema de sonegação e corrupção, envolvendo um escritório de advocacia e dois Auditores Fiscais da Receita Federal, bem como sob fundamentação legal, a saber, art. 143 da Lei nº. 8.112/90, como se vê à fl. 84.6. A quebra de sigilo bancário de familiares do apelante se justifica na prática usual de utilização de contas de pessoas íntimas e confiáveis, para fins de acobertamento de aquisição de valores sem causa.”*

Na provável hipótese de negação total ou parcial por parte do próprio, reiterar a solicitação, indicando que nada ou que apenas parte do que foi solicitado restou fornecido.

Permanecendo a postura omissiva de parte do servidor, faz-se então necessário solicitar autorização judicial, conforme expressamente determina o art. 3º, § 1º do mesmo diploma legal.

*Lei Complementar nº 105, de 10/01/01 - Art. 3º*

*§ 1º Dependem de prévia autorização do Poder Judiciário a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.*

*§ 2º Nas hipóteses do § 1º, o requerimento de quebra de sigilo independe da existência de processo judicial em curso.*

Neste ponto, revela-se interessante pesquisar se porventura já há afastamento do sigilo bancário nas instâncias judiciais penal ou civil, por haver em curso inquérito policial ou ação penal ou ainda ação civil de improbidade. Em caso positivo, pode a autoridade instauradora, nos termos do art. 20, V da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, reproduzido em **4.4.12.4**, solicitar o compartilhamento de acesso àqueles dados diretamente ao Poder Judiciário, dispensando-se atuação da Advocacia-Geral da União. Em caso negativo, pode-se ainda tentar provocar, no Ministério Público Federal, o interesse para peticionar na ação o afastamento do sigilo bancário, para em seguida solicitar o compartilhamento.

Caso as hipóteses acima não se viabilizem, na regra geral, a solicitação da comissão deve ser dirigida preferencialmente à Advocacia-Geral da União, em função de legitimidade para atuar, judicialmente, como parte, em nome da União (ou, secundariamente, via Ministério Público Federal), encaminhada pela autoridade instauradora, novamente nos termos do art. 20, V da Portaria MF nº 492, de 23/09/13.

Assim, na hipótese de PAD que não possua apuração sobre o mesmo fato, nas esferas penal ou civil, procede-se à solicitação judicial, via Advocacia-Geral da União, por intermédio das suas representações estaduais do Grupo Permanente de Combate à Corrupção. Este Grupo deve atuar em harmonia e em mútua colaboração com a Corregedoria e com os respectivos Escor, que fornecem cópia dos elementos do PAD com o fim de amparar o pedido

despachado direta e pessoalmente com o juiz em modalidade *inaudita altera parte*.

O pedido de afastamento de sigilo bancário, apresentado à AGU, deve relatar todas as iniciativas, providências, tentativas e reiteraões anteriores, acima já descritas, protagonizadas pela comissão, com o fim de obter a renúncia espontânea ao sigilo por parte do servidor. Deve também incluir uma planilha montada com os documentos até então disponíveis e que demonstre a insuficiência de recursos para fazer frente às aplicações e dispêndios, originando variação patrimonial desproporcional em determinados anos do período apurado, e deve informar ainda eventuais montantes de movimentação financeira e/ou de despesas no cartão de crédito incompatíveis ou atípicas. O pedido deve ainda enfatizar que, à vista da documentação disponível, inegavelmente o servidor apresenta indícios de enriquecimento ilícito, revelando-se portanto imprescindível o acesso a dados bancários, e deve ainda listar quais são estes dados, a que período se referem, e, se for o caso, explicitar que todos os dados solicitados já se encontram encartados em ação fiscal. Por fim, diante da imensa quantidade de dados que se presume receber, deve-se solicitar que o provimento judicial determine às instituições financeiras que os dados sejam fornecidos em meio eletrônico, em extratos ou faturas de formatações previamente padronizadas pelo Banco Central.

Destaque-se que esta provocação para que a Advocacia-Geral da União atue no curso da instrução probatória (como no caso, postulando em juízo favor da quebra de sigilo bancário) não impede sua posterior atuação na fase de julgamento (por meio de Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda, por exemplo, como é o caso dos julgamentos de competência do Ministro de Estado da Fazenda).

*Mandado de Segurança nº 14.504: “Ementa: 4. Admite-se a atuação da Advocacia-Geral da União no processo disciplinar como auxiliar da comissão processante junto ao Poder Judiciário na obtenção de provas produzidas na ação penal intentada sob os mesmos fatos investigados na esfera administrativa.”*

*Voto: “(...) Destacou o autor da ação ser indevida a interferência da Advocacia-Geral da União na fase de instrução, pois esse mesmo órgão, ao término do procedimento, participa do julgamento do feito. Sem razão, contudo, o impetrante. (...) Na espécie, o servidor investigado, auditor da receita federal, era vinculado ao Ministério da Fazenda, sendo o ministro desta Pasta o juiz natural do processo administrativo disciplinar e não o Advogado-Geral da União. Ainda, a função da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, na esfera administrativa, é de assessoramento e orientação dos dirigentes do Poder Executivo Federal, para dar segurança jurídica aos atos administrativos que serão por eles praticados. Assim, o parecer apresentado no processo administrativo disciplinar tem cunho meramente informativo. Não há se falar, portanto, que a Advocacia-Geral da União teria participação no julgamento do feito. De outro vértice, observa-se ter sido a Advocacia-Geral da União acionada tão somente para solicitar documentos colacionadas nos autos da ação penal em trâmite na Justiça Federal contra o investigado, cujos fatos se relacionavam com o inquérito administrativo. Outra não poderia ter sido a atitude da comissão processante, uma vez que ela, ou seus membros, não possuem poder postulatório, pressuposto processual para estar em juízo, qualidade esta intrínseca à Advocacia-Geral da União, nos termo do artigo 131 da Constituição Federal.”*

Aqui, diferentemente do que se fez necessário ao se defender o afastamento do sigilo fiscal com o fim de apurar ilícito disciplinar, em **4.4.12.2**, a própria Lei Complementar nº 105, de 10/01/01, já fornece a imediata e expressa previsão de afastamento do sigilo bancário à vista de infração disciplinar. Não obstante, convém reforçar que a hipótese de afastamento de uma garantia fundamental da pessoa deve estar condicionada à apuração de fato grave e que os dados de operações financeiras solicitados sejam efetivamente essenciais para a apuração em tela, guardando direta relação com o servidor acusado (ou com seu cônjuge ou com seus demais dependentes) e com o fato objeto da apuração. Faz-se necessário que o pedido de

afastamento do sigilo demonstre que se apura grave conduta funcional e que os dados de operações financeiras guardam pertinência com a infração.

A jurisprudência é no sentido de que o procedimento do afastamento do sigilo bancário, com que se visa à coleta da prova consubstanciada em meros extratos estáticos de operações pretéritas, ainda que dependente de autorização judicial, é meramente investigativo e não se amolda aos conceitos mais estritos de ação ou processo judicial. Por este motivo, a tramitação do pedido de afastamento do sigilo bancário não requer que se ofereça contraditório ao titular das operações financeiras, sendo que esta garantia constitucional tem sua observância postergada para o curso do processo administrativo ou da ação judicial, se for o caso, após a juntada dos extratos solicitados.

*STF, Agravo Regimental em Inquérito, Processo nº 897: “Ementa: I - A quebra do sigilo bancário não afronta ao artigo 5º, X e XII da Constituição Federal. II - O princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitória.”*

*STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.146: “Ementa: (...) 2. A quebra do sigilo bancário encerra um procedimento administrativo investigatório de natureza inquisitiva, diverso da natureza do processo, o que afasta a alegação de violação dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. 3. O sigilo bancário não é um direito absoluto, deparando-se ele com uma série de exceções previstas em lei ou impostas pela necessidade de defesa ou salvaguarda de interesses sociais mais relevantes.”*

*STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.771: “Ementa: (...) 4. A ausência de notificação sobre a quebra do sigilo bancário não ofende o princípio do contraditório, eis que o mesmo não prevalece na fase inquisitorial. 5. Considera-se devidamente fundamentada a decisão que determina a quebra do sigilo bancário do impetrante, quando sobre este pesa suspeita de prática de atos ímprobos, os quais não poderão ser esclarecidos senão mediante o deferimento da medida extrema. 6. O direito à privacidade é constitucionalmente garantido. Todavia, não é absoluto, devendo ceder em face do interesse público. 7. Se de um lado é certo que todos têm direito ao sigilo bancário como garantia à privacidade individual, de outro, não é menos certo que havendo indícios de improbidade administrativa impõe-se a quebra dos dados bancários do administrador público. Isso porque a proteção constitucional não deve servir para acobertar prática de atos delituosos.”*

Na esteira e na mesma linha defendida em **4.4.12.2** quando se abordou o afastamento do sigilo fiscal, é de se destacar que não cabe aqui leitura restritiva do art. 3º, § 1º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/01, ao mencionar que “comissão de inquérito administrativo” solicitará os dados de operações financeiras, como se fosse condição para se cogitar de tal fornecimento haver PAD em sentido estrito já instaurado. Ao contrário, a expressão deve ser compreendida no sentido amplo com que é empregada na Administração e até mesmo na legislação, abarcando tanto os processos em sentido estrito que, em rito contraditório, encerram uma lide (de que são espécies o PAD e a sindicância disciplinar previstos no art. 143 da Lei nº 8.112, de 11/12/90), como também meros procedimentos administrativos de índole investigativa ou inquisitorial (como sindicâncias outras ou investigações, inclusive aquelas de fim patrimonial, conforme se aborda em **2.1.4** e em **4.7.4.4.4**), bastando terem sido formal e regularmente instaurados (com os requisitos de competência, motivação, forma, etc).

Tanto é verdadeira esta interpretação extensiva do art. 3º, § 1º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/01, que o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) aduz, em sua Portaria CGU nº 335, de 30/05/06, a possibilidade de quebra do sigilo bancário em sindicância patrimonial, quando é sabido que este rito é inquisitorial e investigativo, antecedente à instauração da lide entre Administração e servidor, nele não se cogitando de obrigação de oferta de ampla defesa e contraditório.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 16. A sindicância patrimonial constitui*

*procedimento investigativo, de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agente público federal, a partir da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades, e será iniciada mediante determinação do Ministro de Estado do Controle e da Transparência, do Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União, do Corregedor-Geral ou dos Corregedores-Gerais Adjuntos;*  
*Art. 18. Para a instrução do procedimento, a comissão efetuará as diligências necessárias à elucidação do fato, ouvirá o sindicato e as eventuais testemunhas, carreará para os autos a prova documental existente e solicitará, se necessário, o afastamento de sigilos e a realização de perícias.*  
*§ 2º A solicitação de afastamento de sigilo bancário deve ser encaminhada à Advocacia-Geral da União, com as informações e documentos necessários para o exame de seu cabimento.*

A propósito, no atual estágio de elaboração do sistema correccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil, sobretudo no que diz respeito ao amadurecimento do emprego exaustivo da fase de admissibilidade, é de se reconhecer que a questão do afastamento do sigilo bancário é cada vez mais frequente ainda na fase investigativa, destacadamente em procedimentos de investigação patrimonial e de sindicância patrimonial. Não obstante, pode ocorrer de a comissão, já no curso do PAD, se deparar com a necessidade de ver afastada tal cláusula protetora de intimidade.

Novamente de forma análoga ao que se aduziu em **4.4.12.2**, quando o próprio servidor ou a instituição oficial ou privada prestar as informações de operações financeiras, devidamente autorizada, o *caput* do art. 3º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/01, estabelece que a obrigação de preservar o sigilo é transferida para o agente receptor dos dados. Neste intercâmbio de informações, com vista à investigação de ilícitos disciplinares ou penais, transferem-se não só os dados bancários solicitados, mas também a responsabilidade de não divulgá-los, já que o agente solicitante dará acesso restrito aos dados recebidos e não poderá lhes dar fins estranhos aos que motivaram a autorização judicial. Assim, quando a instituição financeira ou órgão público, nos termos permitidos em lei e judicialmente autorizados, repassa a outro agente público os dados protegidos por sigilo bancário, propiciando-lhe não só o acesso mas também o uso dos dados, não há que se falar que ele incorreu no ilícito de violar o dever de guardar sigilo, visto que a presunção é de que esta garantia do particular (de não ter seus dados tornados públicos ou divulgados, se assim ele próprio já não o fez espontaneamente) permanecerá preservada, nos termos exigidos pelo art. 11 da Lei Complementar nº 105, de 10/01/01.

*Lei Complementar nº 105, de 10/01/01 - Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.*

Destaque-se que, por força do art. 1º, § 3º, III da Lei Complementar nº 105, de 10/01/01, não constitui afastamento do sigilo bancário, por parte das instituições financeiras, o fornecimento periódico à Secretaria da Receita Federal do Brasil do dado agregado de movimentação financeira, para fim de apuração da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF), instituída pela Lei nº 9.311, de 24/10/96, e que vigorou até 31/12/07.

Da mesma forma, consecutivamente na cronologia do ordenamento, também não constitui afastamento do sigilo bancário, por parte das instituições financeiras, o fornecimento semestral à Secretaria da Receita Federal do Brasil do dado agregado de movimentação financeira, por meio da Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira (Dimof), a partir de 01/01/08, em substituição à CPMF, nos termos disciplinados pelas Instruções Normativas RFB nº 802, de 27/12/07, e nº 811, de 28/01/08.

*Lei Complementar nº 105, de 10/01/01 - Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.*

*§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:*

*III - o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;*

*Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.*

*§ 2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.*

*§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.*

*Lei nº 9.311, de 24/10/96 - Art. 11. Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação.*

*§ 2º As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição prestarão à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações, nos termos, nas condições e nos prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda.*

*Instrução Normativa RFB nº 802, de 27/12/07 - Art. 1º As instituições financeiras, assim consideradas ou equiparadas nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, devem prestar informações semestrais, na forma e prazos estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), relativas a cada modalidade de operação financeira de que trata o art. 3º do Decreto nº 4.489, de 2002, em que o montante global movimentado em cada semestre seja superior aos seguintes limites:*

*I - para pessoas físicas, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);*

*II - para pessoas jurídicas, R\$ 10.000,00 (dez mil reais).*

*Art. 3º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2008*

*Instrução Normativa RFB nº 811, de 28/01/08 - Art. 1º Instituir a Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira (Dimof), cuja apresentação é obrigatória para os bancos de qualquer espécie, cooperativas de crédito e associações de poupança e empréstimo, e para as instituições autorizadas a realizar operações no mercado de câmbio. (Redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 1.092, de 02/12/10)*

*§ 1º As informações de que trata o caput compreendem a identificação dos titulares das operações financeiras, pelo número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), e os montantes globais mensalmente movimentados.*

*§ 2º É vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a origem ou o destino dos recursos utilizados nas operações financeiras de que trata o caput.*

*Art. 3º As instituições financeiras de que trata o art. 1º estão obrigadas à apresentação das informações, em relação aos titulares das operações financeiras mencionadas no art. 2º, quando o montante global movimentado, em cada semestre, for superior a:*

*I - R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), no caso de pessoas físicas;*

*II - R\$ 10.000,00 (dez mil reais), no caso de pessoas jurídicas.*

*§ 1º Para fins do disposto no caput, considera-se montante global movimentado em cada semestre o somatório dos montantes globais movimentados*

*mensalmente nos meses de janeiro a junho e de julho a dezembro, correspondendo ao primeiro e ao segundo semestres de cada ano, respectivamente.*

*Art. 4º A Dimof deverá ser apresentada, em meio digital, mediante a utilização de aplicativo a ser disponibilizado na página da Secretaria da Receita Federal do Brasil na Internet, no endereço <www.receita.fazenda.gov.br>:*

*I - até o último dia útil do mês de fevereiro, contendo as informações relativas ao segundo semestre do ano anterior; e*

*II - até o último dia útil do mês de agosto, contendo as informações relativas ao primeiro semestre do ano em curso.*

A Instrução Normativa RFB nº 1.571, de 2 de julho de 2015, ao estabelecer a obrigatoriedade da prestação semestral de informações referentes a operações financeiras de interesse fiscal, por meio de declaração eletrônica gerada diretamente em sistema informatizado próprio (e-Financeira), em seus arts. 7º e 12, alterou os valores limites para montante global ou para saldo, a cada mês, por operação financeira, para R\$ 2.000,00 em caso de pessoas físicas, e para R\$ 6.000,00, em caso de pessoas jurídicas, dispensando a entrega da Dimof, nas diversas hipóteses de que trata. A e-Financeira, inserida no escopo do Sistema Público de Escrituração Digital (Sped), além de incorporar os dados sobre movimentação financeira antes informados na Dimof, abrange ainda os dados sobre aplicações financeiras, seguros, planos de previdência privada e investimentos em ações.

*Instrução Normativa RFB nº 1.571, de 2 de julho de 2015 - Art. 1º Esta Instrução Normativa disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações financeiras de interesse da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).*

*Art. 2º As informações serão prestadas mediante apresentação da e-Financeira, constituída por um conjunto de arquivos digitais referentes a cadastro, abertura, fechamento e auxiliares, e pelo módulo de operações financeiras.*

*Art. 6º*

*§ 11. É vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a origem ou o destino dos recursos utilizados nas operações financeiras de que trata o caput.*

*Art. 7º As entidades de que trata o art. 4º estão obrigadas à apresentação das informações relativas às operações financeiras mencionadas nos incisos I, II e VIII a XI do caput do art. 5º, quando o montante global movimentado ou o saldo, em cada mês, por tipo de operação financeira, for superior a:*

*I - R\$ 2.000,00 (dois mil reais), no caso de pessoas físicas; e*

*II - R\$ 6.000,00 (seis mil reais), no caso de pessoas jurídicas.*

*Art. 12.*

*Parágrafo único. Em relação aos fatos ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2016, fica dispensado o fornecimento à RFB das informações de que trata a Instrução Normativa RFB nº 811, de 28 de janeiro de 2008, na forma prevista na Instrução Normativa RFB nº 1.168, de 29 de junho de 2011.*

Importa destacar que, independentemente do instrumento utilizado para a prestação da informação e do seu nome jurídico, desde a CPMF, passando pela Dimof e até a e-Financeira, trata-se de repasse apenas do nome do titular das operações financeiras e do seu montante mensal, sem identificação da origem dos recursos e a natureza dos gastos realizados. Desta forma, tem-se que se preservam a intimidade e a vida privada das pessoas. Uma vez recebidos estes dados globais, o Fisco os conserva sob cláusula de sigilo fiscal, conforme art. 5º, § 5º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/01, e, portanto, são acessíveis e utilizáveis nos termos já expostos para esta outra cláusula, sem necessidade de autorização judicial.

Na mesma linha, informe-se que a Declaração de Operações com Cartões de Crédito (Decred), instituída pela Instrução Normativa SRF nº 341, de 15/07/03, também contém dados acobertados apenas pelo sigilo fiscal e não por sigilo bancário, uma vez que, por meio desta Declaração, as administradoras de cartões de crédito tão somente informam à Secretaria da

Receita Federal do Brasil os valores agregados superiores a determinado montante mínimo que cada contribuinte gasta, ao mês, com cartões de crédito (R\$ 5.000 para pessoas físicas e R\$ 10.000,00 para pessoas jurídicas), sem pormenorizar operação por operação.

*Instrução Normativa SRF nº 341, de 15/07/03 - Art. 2º As administradoras de cartão de crédito prestarão, por intermédio da Decred, informações sobre as operações efetuadas com cartão de crédito, compreendendo a identificação dos usuários de seus serviços e os montantes globais mensalmente movimentados.*

*Art. 3º As administradoras de cartões de crédito poderão desconsiderar as informações em que o montante global movimentado no mês seja inferior aos seguintes limites:*

*I - para pessoas físicas, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);*

*II - para pessoas jurídicas, R\$ 10.000,00 (dez mil reais).*

Sendo assim, a suposta movimentação financeira incompatível, levantada com base em dados de índole fiscal, pode ser indício capaz de provocar a posterior comprovação de omissão de rendimentos, a qual, por sua vez, tanto pode originar lançamento de crédito tributário em procedimento fiscal quanto também pode originar imputação de ato de improbidade administrativa decorrente de enriquecimento ilícito, passível de ser enquadrado no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com a definição tomada no art. 9º, VII da Lei nº 8.429, de 02/06/92, conforme se abordará em **4.7.4.4.3**. Neste caso, tem-se que a persecução disciplinar não cogita de empregar, como elementos formadores de sua convicção, dados protegidos por sigilo bancário, mas sim fiscal, não se submetendo, portanto, à prévia autorização judicial como parâmetro de licitude.

À vista da presumível demora para obter os dados em via judicial e da celeridade requerida para o deslinde do processo e sem perder de vista ainda o caráter fortemente invasivo desta medida na intimidade alheia, deve a comissão restringir a hipótese de pedido de quebra de sigilo bancário aos casos absolutamente essenciais e indispensáveis. Na esteira da necessidade de cautelosa análise antes de interpor este pedido nos autos, no caso de fatos geradores ocorridos até 31/12/07, destaca-se que a relevância dos dados bancários pode ser inicialmente inferida mediante o valor agregado de movimentação financeira, obtido com pesquisa prévia nos dados constantes dos sistemas informatizados da própria Secretaria da Receita Federal do Brasil referentes à CPMF; e, após aquela data, ou seja, a partir de 01/01/08, similarmente, por meio da Dimof, e a partir de 02/07/15, por meio da e-Finaceira.

Em linha de exceção, é de se mencionar que o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/01, disciplinando o exame de dados bancários de contribuinte, por parte de autoridade fiscal, para uso exclusivamente tributário e em determinadas e exaustivas condições que em nada se confundem com o emprego em instância disciplinar, dispensa a autorização judicial e exige a prévia existência de processo administrativo (*lato sensu*, não disciplinar) ou procedimento fiscal em curso.

*Lei Complementar nº 105, de 10/01/01 - Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.*

Regulamentando este artigo, voltado para matéria fiscal, o Decreto nº 3.724, de 10/01/01, além de estabelecer parâmetros para autorização do exame de dados bancários por autoridade fiscal, prevê hipóteses de responsabilização em decorrência de utilização e violação imotivadas destas informações.

*Decreto nº 3.724, de 10/01/01 - Art. 8º O servidor que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida nos termos deste Decreto, em finalidade ou hipótese diversa da prevista em lei, regulamento ou ato*

*administrativo, será responsabilizado administrativamente por descumprimento do dever funcional de observar normas legais ou regulamentares, de que trata o art. 116, inciso III, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, se o fato não configurar infração mais grave, sem prejuízo de sua responsabilização em ação regressiva própria e da responsabilidade penal cabível.*

*Art. 9º O servidor que divulgar, revelar ou facilitar a divulgação ou revelação de qualquer informação de que trata este Decreto, constante de sistemas informatizados, arquivos de documentos ou autos de processos protegidos por sigilo fiscal, com infração ao disposto no art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), ou no art. 116, inciso VIII, da Lei nº 8.112, de 1990, ficará sujeito à penalidade de demissão, prevista no art. 132, inciso IX, da citada Lei nº 8.112, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis.*

*Art. 10. O servidor que permitir ou facilitar, mediante atribuição, fornecimento ou empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações, banco de dados, arquivos ou a autos de processos que contenham informações mencionadas neste Decreto, será responsabilizado administrativamente, nos termos da legislação específica, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis.*

*Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica no caso de o servidor utilizar-se, indevidamente, do acesso restrito.*

*Art. 11. Configura infração do servidor aos deveres funcionais de exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo e de observar normas legais e regulamentares, nos termos do art. 116, incisos I e III, da Lei nº 8.112, de 1990, sem prejuízo da responsabilidade penal e civil cabível, na forma dos arts. 121 a 125 daquela Lei, se o fato não configurar infração mais grave:*

*I - não proceder com o devido cuidado na guarda e utilização de sua senha ou emprestá-la a outro servidor, ainda que habilitado;*

*II - acessar imotivadamente sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal, arquivos de documentos ou autos de processos, que contenham informações protegidas por sigilo fiscal.*

*Art. 12. O sujeito passivo que se considerar prejudicado por uso indevido das informações requisitadas, nos termos deste Decreto, ou por abuso da autoridade requisitante, poderá dirigir representação ao Corregedor-Geral da Secretaria da Receita Federal, com vistas à apuração do fato e, se for o caso, à aplicação de penalidades cabíveis ao servidor responsável pela infração.*

Em atendimento ao Decreto nº 3.724, de 10/01/01, a Portaria RFB nº 2.047, de 26/11/14, estabelece a Requisição de Informações sobre a Movimentação Financeira (RMF), com a qual autoridades fiscais se reportam a instituições financeiras, para solicitar as informações necessárias, sendo aqui de se destacar que as autoridades correccionais da Secretaria da Receita Federal do Brasil não têm competência para emitir RMF, conforme art. 4º daquela Portaria RFB.

É de se atentar que, ainda que a instância fiscal já disponha dos dados protegidos por sigilo bancário, seja envolvendo diretamente o servidor, seja envolvendo outras pessoas (tais como seu cônjuge e seus demais dependentes), na expressa e restritiva permissão do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/01, dispensando autorização judicial, não se deve presumir lícita a importação direta daqueles dados para a instância disciplinar e seu emprego como elemento formador de convicção, nem mesmo no âmbito específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Além de o mencionado art. 6º dispensar a autorização judicial para uso de dados de sigilo bancário especificamente para fins fiscais, tem-se ainda, em reforço insuperável, que o art. 3º, § 1º da mesma Lei Complementar nº 105, de 10/01/01, condicionou expressamente o uso daqueles dados em processo administrativo disciplinar quando solicitados pela comissão (ou seja, quando diretamente relevantes para sua convicção) à aquiescência do servidor ou à autorização judicial.

Repisa-se que aqui se aborda estritamente dado sob proteção do sigilo bancário, não se

devendo confundir com dado que se insere no conceito de sigilo fiscal, como é o caso de valores agregados de movimentação financeira, que serviram de base de cálculo da CPMF para fatos geradores ocorridos até 31/12/07, ou dados declarados em Dimof, e-Financeira ou Decred.

O fato de o dado protegido por sigilo bancário do próprio servidor ou de outros ter sido autorizadamente inserido em processo fiscal não tem o condão de lhe retirar a qualidade de ser um dado que reflete a intimidade e a privacidade da pessoa em tal monta que o ordenamento previu seu uso em instância disciplinar tão somente à vista permissão pelo próprio ou de autorização judicial. Em outras palavras, o acesso à operação financeira pela instância fiscal não lhe retira a qualidade de dado merecedor da cláusula de sigilo bancário. E a Lei foi clara ao ponderar direitos em conflito: sob determinadas condições, ela permitiu o afastamento do sigilo bancário sem manifestação judicial à vista do interesse público da instância fiscal; todavia, por expressa vontade do legislador, o mesmo não ocorreu ao se ponderar a intimidade e a privacidade da pessoa com a instância disciplinar. Portanto, a cautela recomenda que, mesmo que a instância fiscal disponha dos dados de sigilo bancário e se estes dados são diretamente relevantes para a formação de convicção, nos termos já expostos acima, deve-se primeiramente solicitar autorização de uso ao próprio e, em caso de negação, provocar a Advocacia-Geral da União, a fim de que esta solicite judicialmente o repasse dos dados para uso correcional, em qualquer fase (seja em fase de admissibilidade, seja em sindicância investigativa, seja em sindicância disciplinar ou em PAD).

Não cabe a interpretação de que, uma vez que o Fisco tenha acesso, mediante RMF, nos termos previstos no art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/01, a dados de operações financeiras que *a priori* seriam protegidos por sigilo no art. 1º da mesma norma, tais informações, a partir daí, passariam a ter, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, a proteção de cláusula de sigilo fiscal e não mais bancário e, portanto, seriam internamente disponibilizáveis para uso no sistema correcional. Ora, além de uma análise sistemática e principiológica do ordenamento indicar que tal interpretação significaria um descumprimento do exposto dispositivo do art. 3º, § 1º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/01, esta hipótese de emprego fica inequivocamente desestimulada ao se ler atentamente o art. 26 da Portaria CGU nº 335, de 30/05/06.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 26. Relativamente ao sigilo bancário, quando o afastamento for autorizado judicialmente, o fornecimento de informações e documentos pelo Órgão Central ou unidades setoriais deverá ser previamente autorizado pelo Poder Judiciário.*

*Parágrafo único. Para fins de envio das informações, deverá ser observado o mesmo procedimento do sigilo fiscal, nos moldes da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.*

Segundo este dispositivo infralegal, nem mesmo quando o afastamento original do sigilo decorre de autorização judicial está o órgão recebedor destes dados autorizado a repassá-los sem submeter à nova análise do Poder Judiciário. Sendo assim, à vista da interpretação sistemática que se impõe do ordenamento, menos ainda se poderia cogitar de o agente fiscal ter tácita autorização para repassar para emprego diverso - ou seja, para fim correcional - os dados cujo acesso direto em via administrativa (sem manifestação judicial) a Lei franqueou exclusivamente para fim fiscal, sem autorização judicial.

Não há que se estender o mandamento constitucional em favor da preservação da intimidade e privacidade que a Lei Complementar nº 105, de 10/01/01, em seu art. 3º, § 1º, concretizou por meio da exigência de autorização judicial para que sejam usados, como elementos formadores de convicção, dados bancários de quem quer que seja em instância disciplinar, quando estes dados existem mas não se cogita de efetivamente usá-los. Em outras palavras, a interpretação sistemática do ordenamento em tela não aponta pela necessidade de se buscar autorização judicial apenas para se manter nos autos dados de operações financeiras porventura já acostados ao processo, em virtude de terem sido objeto da atuação funcional do

servidor, sobretudo envolvendo pessoas outras, e que não importarão diretamente na formação de convicção acerca do cometimento ou não de ilícitos disciplinares pelo agente.

Também vem a reforço deste entendimento a indicação que se extrai do mandamento do art. 4º da Portaria RFB nº 2.047, de 26/11/14, que, em lista exaustiva, indica apenas autoridades fiscais como competentes para emissão de RMF. Sequer internamente na Secretaria da Receita Federal do Brasil a Administração cogita de autoridade correcional acessar diretamente, à margem de autorização judicial, dados de operações financeiras obtíveis nos moldes do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/01.

Todavia, à vista da cautela com que diversas vezes aqui foram mencionados de forma destacada o simples acesso e o efetivo uso de dados, não é de se confundir a tutela que a Lei Complementar nº 105, de 10/01/01, estabelece sobre o uso de dados de operações financeiras em instância disciplinar com o mero acesso a estes dados. Nada obsta que a instância correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil tenha acesso a dados protegidos por sigilo bancário, porventura já disponíveis dentro do órgão, e, com base no conhecimento de tais dados, avalie sua relevância na persecução disciplinar e, daí, solicite judicialmente autorização para seu emprego. Também, de outro lado, pode a instância correcional ter acesso a dados protegidos por sigilo bancário do acusado ou de terceiros por estes já estarem encartados nos autos desde a fase de admissibilidade (por exemplo, oriundos de processo administrativo fiscal), e a comissão não vislumbrar necessidade de sua permanência nos autos, por entender que não serão utilizados como prova e que são irrelevantes para o fato sob apuração, podendo, então, neste caso, deliberar por seu formal desentranhamento. **Mas lembre-se que, especificamente nos processos digitais, formalizados no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) e que possuem suporte documental em meio digital, depois de serem juntados em definitivo, os documentos permanecem disponíveis e acessíveis a partir da funcionalidade de pesquisa a documentos, mesmo após sua exclusão.**

O repasse de dados protegidos por sigilo bancário a que a autoridade correcional teve acesso mediante autorização judicial somente poderá ocorrer se também foi judicialmente autorizado. Nesta hipótese, seguem-se, analogamente, as cautelas expostas linhas acima para fornecimento de dados protegidos por sigilo fiscal (dispostas no art. 13 da Portaria RFB nº 551, de 30/04/13; no art. 26 do Decreto nº 7.845, de 14/11/12 (cuja menção se justificou em **4.4.12.2**); e no art. 25 da Portaria CGU nº 335, de 30/05/05). Neste rumo, deve-se destacar que nenhum servidor ou autoridade da Coger ou de Escor pode repassar elementos que contenham dados protegidos por sigilo bancário, a que tenha tido acesso de forma regular, como permite a Lei Complementar nº 105, de 10/01/01, para qualquer outro órgão ou autoridade solicitante e sequer sob requisição da CGU, ainda que esta busque se amparar na condição de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, sem que haja específica autorização judicial para tal repasse.

*Parecer PGFN nº 2.349/2011: “57. Nesse ínterim, obtidos os dados das instituições bancárias pela CI através de autorização judicial, essas informações não servirão para outros fins que não sejam aqueles que motivaram o pedido. Nessa hipótese, o melhor a fazer é observar os termos da decisão judicial respectiva. Muito embora se possa argumentar que a finalidade do acesso pela CGU aos autos (e aos dados bancários) possa ser congênere, se a decisão judicial for silente (muito provável) ou restritiva, é recomendado que o servidor da RFB, ao entregar os autos disciplinares às autoridades da CGU, confira maior proteção aos dados bancários evitando o acesso a eles.*

*63. (...) Nesse contexto, a solução mais segura é a que exige autorização judicial. De qualquer maneira, entende-se que, salvo melhor juízo, a LC nº 105, de 2001, não legitimaria a CGU à vista de dados bancários no bojo de PAD's.”*

#### **4.4.13 - Prova Emprestada (ou Compartilhada)**

Uma vez que as formas de instrução processual administrativa não estão taxativamente previstas em lei, apesar de não haver expressa vedação na Lei nº 8.112, de 11/12/90, pode a instância disciplinar também se valer do instituto da prova emprestada (ou prova compartilhada), aceito no art. 372 do CPC e na jurisprudência. Para tal assertiva, buscase amparo não só principiologicamente na busca da verdade material como também no ordenamento positivado, uma vez que o instituto em tela atua em favor da maior celeridade processual, inserida na garantia constitucional da duração razoável do processo, nos termos do art. 5º, LXXVIII da CF.

*CPC - Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.*

Assim, dentro dos limites que abaixo se exporão, não há impedimento para que a comissão designada em determinado processo administrativo disciplinar junte a seus autos prova realizada em outro processo, seja também administrativo, seja até judicial, tanto de ofício por iniciativa do próprio colegiado quanto a pedido do acusado. Obviamente, nesta linha instrutória, há apenas de atentar para eventuais cláusulas especiais de sigilo que porventura se coloquem nas provas a serem importadas, em sua origem, tais como sigilo bancário, sigilo telefônico, sigilo da intimidade, vida privada, honra e imagem, sigilo profissional e segredo de justiça.

Segundo a manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 20, de 26 de fevereiro de 2018.

*Enunciado CGU/CCC nº 20, de 2018: “Admissibilidade do compartilhamento de provas entre procedimentos administrativos. O compartilhamento de provas entre procedimentos administrativos é admitido, independentemente de apurarem fatos imputados a pessoa física ou a pessoa jurídica, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça”.*

Para que tal juntada se proceda, basta que, após a devida deliberação da comissão, o presidente solicite à sua autoridade instauradora diligências para o fornecimento, junto à autoridade competente pelo outro processo. Sendo o mesmo colegiado condutor de dois processos simultâneos, pelo princípio do formalismo moderado, pode-se dispensar a solicitação à autoridade instauradora de fornecimento da prova emprestada, podendo o próprio colegiado proceder de imediato à juntada deliberada.

*STF, Mandado de Segurança nº 28.003: “Ementa: 4) As provas obtidas em razão de diligências deflagradas na esfera criminal podem ser utilizadas em processo administrativo disciplinar, uma vez submetidas ao contraditório, posto estratégia conducente à duração razoável do processo, sem conjuração das cláusulas pétreas dos processos administrativo e judicial. “*

*STJ, Mandado de Segurança nº 9.850: “Ementa: A doutrina e a jurisprudência se posicionam de forma favorável à ‘prova emprestada’, não havendo que suscitar qualquer nulidade, tendo em conta a utilização de cópias do inquérito policial que corria contra o impetrante. Constatado o exercício do contraditório e da ampla defesa.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 13.111, Relatório: “(...) quanto à prova emprestada, faz-se necessário que o impetrante apresente seus argumentos de modo detalhado e com base em elementos constantes da prova pré-constituída. Assim, a mera alegação de que a prova emprestada não teria observado o devido processo legal não pode prosperar. Este Superior Tribunal tem admitido a prova emprestada em alguns casos. Na hipótese, tanto as informações como o relatório final da comissão disciplinar noticiam que a quebra do sigilo bancário ocorreu nos autos de ação penal cujo conteúdo foi devidamente utilizado no PAD.”*

*Idem, STJ, Mandado de Segurança nº 10.874 e Recurso em Mandado de Segurança nº 20.066.*

*“A prova também pode ser emprestada, isto é, colhida em outro processo, onde foi produzida e assim trazida para o procedimento disciplinar, por ser aplicável ao caso em apuração.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 148, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“A comissão pode obter provas emprestadas de outros processos.” Léo da Silva Alves, “A Prova no Processo Disciplinar”, pg. 161, Editora Lumen Juris, 1ª edição, 2003*

O conceito de prova emprestada, refletindo não só o princípio da economia processual mas também os primados da isonomia e da segurança jurídica, em princípio, nomeia duas situações. A primeira situação refere-se à possibilidade de se aproveitar que determinada prova, cuja feitura se requer em dois (ou até mais) processos simultaneamente em curso, possa ser efetivamente realizada em apenas um e levada como cópia para o outro, poupando-se de ter de realizá-la duas vezes. A segunda situação refere-se à possibilidade de se aproveitar o fato de que uma determinada prova, que interessa em um processo em curso e que se sabe já realizada em outro processo (esteja também ainda em curso ou já encerrado), seja trazida para aquele primeiro processo, poupando de se ter de refazê-la.

Em princípio, em sua mais pacificada aplicação, o instituto da prova emprestada requer que, em ambos os processos (naquele de origem, em que foi realizada a prova e naquele de destino, para o qual se quer levá-la), figure a mesma pessoa como interessado. Isto porque, na presunção da boa condução do processo de origem, a prova teve sua coleta sob o manto do contraditório; ou seja, foi franqueado ao interessado o direito de, se quisesse, contraditá-la no momento de sua feitura. Assim sendo, tendo sido devidamente ofertado o contraditório ao mesmo interessado, esta prova emprestada é integralmente válida no processo de destino, trazendo para ele todo o seu valor como elemento formador de convicção e mantendo a força e o condão intrínsecos à sua natureza. Com isto, quer se dizer que o valor apriorístico de cada tipo de prova se translada também, não tendo seu valor probante reduzido à mera cópia documental juntada. Tem-se que, por exemplo, provas emprestadas decorrentes de uma oitiva de testemunha compromissada, de um laudo de perito, etc, mantêm seus respectivos valores probantes que lhes são inerentes, dentro da consagrada livre valoração da prova. Estas provas emprestadas trazem para o processo de destino o mesmo valor que possuem no processo em que efetivamente foram realizadas, qual seja, de serem a materialização (na busca da verdade material), em elemento juridicamente válido, de atos concretos realizados naqueles autos (uma oitiva, uma perícia, etc).

Ainda assim, sendo o mesmo interessado e tendo sido perfeita a coleta da prova no processo de origem, por se tratar de outro processo, talvez envolvendo diferentes acusações e pondo em risco diferentes graus de direito ou com peculiaridades no bem tutelado, é recomendável que se formalize também no processo de destino a garantia do contraditório, notificando o interessado da juntada da cópia e expressando seu direito de contestá-la.

Uma vez que se recomenda ofertar expressamente o contraditório na juntada da cópia da prova no processo de destino, pode-se então aduzir que, na verdade, o fato de não se ter franqueado o contraditório no momento da produção da prova no processo de origem não inviabiliza o emprego do instituto da prova emprestada, pois tal lacuna pode ser, pelo menos em parte, suprida com a contestação sobre o que foi juntado no processo de destino. Assim, seja quando a prova deveria ter tido sua feitura ofertada ao contraditório e não o foi irregularmente, seja quando a prova - por sua natureza - não comportava mesmo contraditório em sua feitura (por exemplo, um depoimento em inquérito policial), não resta absolutamente inviabilizado seu uso como prova emprestada em outro processo.

Por óbvio, nesta hipótese, seu valor probante pode ser minorado, à luz da livre

valoração da prova. Em princípio, aqui, diferentemente da primeira hipótese, não se afirma que esta prova emprestada traga e mantenha consigo, para o processo de destino, toda a força de seu valor probante e todo o *status* apriorístico que sua natureza lhe confere na escala de valoração. Em outras palavras, agora nesta hipótese em que a prova emprestada vem para o processo de destino enfraquecida pela lacuna da oferta do contraditório, se possa cogitar de ela se reduzir à mera juntada de cópia documental.

*TRF da 3ª Região, Apelação Criminal nº 2.300: “Ementa: As provas realizadas na fase inquisitorial, incluída a confissão extrajudicial, só são aptas a embasar um decreto condenatório quando confirmadas em juízo, de forma a restarem em harmonia com os demais elementos probatórios coletados aos autos, observando-se, assim o devido processo legal em sua totalidade, dado que no inquérito policial o contraditório não se faz presente.”*

Sendo assim, nada impede que se prossiga no exercício interpretativo, estendendo ainda mais a possibilidade de emprego do instituto da prova emprestada, sob o custo, óbvio, de se lhe reduzir seu valor probante. Não obstante se reconheça, como expressado acima, que o instituto requeira para sua melhor aplicação que o interessado seja o mesmo nos dois processos envolvidos, impedimento não há para que se cogite de algum caso específico em que, para o deslinde de um determinado processo, se demonstre necessária uma prova produzida em outro processo, de diferente interessado. Tanto é verdadeira a aceitabilidade, com reservas, desta prova que ela pode decorrer de pedido do próprio interessado no processo a que se destina sua juntada, hipótese em que o aspecto formal não justificaria, por si só, a liminar denegação. Tal entendimento pode encontrar maior amparo em provas sobre condições ou situações externas à conduta do interessado do processo de destino ou que, de quaisquer formas, não digam respeito especificamente à sua pessoa. Tomadas as devidas cautelas (de preservação de intimidade, por exemplo, protegidas no art. 5º, X da CF) e atento ao menor valor probante, pode-se aplicar analogamente a tese acima esposada, da possibilidade de se trazer a prova que não teve a oferta de contraditório em sua feitura, sendo a lacuna parcialmente sanada com a garantia do contraditório ao interessado no processo de destino com a notificação da juntada (nas formas e meios permitidos em 4.3.11.3 e em 4.4.3), expressando seu direito de contestar o que consta da cópia documental. Este entendimento elástico da plausibilidade do emprego do instituto na processualística disciplinar foi efetivamente ratificado pela CGU, no Enunciado acima reproduzido, ao permitir o compartilhamento mesmo que um processo se refira a uma pessoa física e o outro a uma pessoa jurídica.

*“No processo administrativo, que se orienta no sentido da verdade material, não há razão para dificultar o uso da prova emprestada, desde que, de qualquer maneira, se abra possibilidade ao interessado de questioná-la (...).” Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, “Processo Administrativo”, pg. 135, Malheiros Editores, 1ª edição, 2001*

Nesta última hipótese, ainda com mais ênfase, se aplica o que se aduziu linhas acima, acerca de esta prova, no processo de destino, não trazer consigo o valor probante que possa ter tido no processo de origem, aqui se reduzindo à juntada de cópia documental, com menor *status* apriorístico na escala de valoração. Por fim, neste caso de prova emprestada oriunda de processo com diferente interessado, de nada importa, para fim de valoração no processo de destino, perquirir se a feitura na origem teve ou não a perfeita oferta do contraditório, já que eventual contestação não aproveitaria outra pessoa.

Neste tema da prova emprestada, acrescenta-se ainda que eventual provocação para que a Advocacia-Geral da União atue no curso da instrução probatória (por exemplo, postulando em juízo para obtenção de provas de ação penal) não impede sua posterior atuação na fase de julgamento (por meio de Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda, por exemplo, como é o caso dos julgamentos de competência do Ministro de Estado da Fazenda).

*Mandado de Segurança nº 14.504: “Ementa: 4. Admite-se a atuação da*

*Advocacia-Geral da União no processo disciplinar como auxiliar da comissão processante junto ao Poder Judiciário na obtenção de provas produzidas na ação penal intentada sob os mesmos fatos investigados na esfera administrativa.”*

*Voto: “(...) Destacou o autor da ação ser indevida a interferência da Advocacia-Geral da União na fase de instrução, pois esse mesmo órgão, ao término do procedimento, participa do julgamento do feito. Sem razão, contudo, o impetrante. (...) Na espécie, o servidor investigado, auditor da receita federal, era vinculado ao Ministério da Fazenda, sendo o ministro desta Pasta o juiz natural do processo administrativo disciplinar e não o Advogado-Geral da União. Ainda, a função da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, na esfera administrativa, é de assessoramento e orientação dos dirigentes do Poder Executivo Federal, para dar segurança jurídica aos atos administrativos que serão por eles praticados. Assim, o parecer apresentado no processo administrativo disciplinar tem cunho meramente informativo. Não há se falar, portanto, que a Advocacia-Geral da União teria participação no julgamento do feito. De outro vértice, observa-se ter sido a Advocacia-Geral da União acionada tão somente para solicitar documentos colacionadas nos autos da ação penal em trâmite na Justiça Federal contra o investigado, cujos fatos se relacionavam com o inquérito administrativo. Outra não poderia ter sido a atitude da comissão processante, uma vez que ela, ou seus membros, não possuem poder postulatório, pressuposto processual para estar em juízo, qualidade esta intrínseca à Advocacia-Geral da União, nos termo do artigo 131 da Constituição Federal.”*

#### **4.4.14 - Inadmissibilidade de Provas Ilícitas**

##### **4.4.14.1 - Provas Ilícitas e Provas Ilegítimas**

De imediato, faz-se necessário esclarecer o alcance do dispositivo constitucional que impõe como inadmissíveis as provas ilícitas.

*CF - Art. 5º*

*LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;*

Para isto, esclareça-se, primeiramente, o que significa uma prova ser inadmissível. Sabe-se que, conceitualmente, o procedimento probatório se desdobra em quatro consecutivos momentos: requerimento (ou indicação ou proposta), admissão, introdução (ou produção) e valoração (ou apreciação). Mais detalhadamente, o *iter* envolvendo desde a produção até a consideração da prova no julgamento inicia-se quando ela é requerida pelo interessado; em seguida, a prova tem sua introdução no processo admitida ou não pela autoridade (judicial ou administrativa) que conduz o apuratório (em juízo prévio de mera admissibilidade, sem avaliar o mérito e o conteúdo da prova); se admitida, a prova é introduzida no processo; e, por fim, a prova é livremente valorada pelo agente público que conduz ou julga o processo. Portanto, dentre estes quatro momentos, aquele dispositivo constitucional ordena o segundo, ou seja, a admissão da prova.

Prosseguindo-se na análise, busca-se agora compreender o significado da expressão prova ilícita. Antes, sabe-se que há normas e princípios definidores de direito material (ou substancial, que estabelecem direitos, obrigações e responsabilidades, reguladoras das relações entre os indivíduos em sociedade, como, por exemplo, CF, CP, CC e o regime disciplinar da Lei nº 8.112, de 11/12/90) e definidores de direito processual (ou instrumental, que definem a forma de condução de determinado processo de apuração, como, por exemplo, CPP, CPC e o rito estabelecido na Lei nº 8.112, de 11/12/90). Assim, compreende-se que pode haver provas tais que, no momento de sua obtenção, tenham sido violados normas ou princípios de direito material ou de direito processual.

Diz-se que estas últimas provas, obtidas com afronta a formalidades de lei processual, padecem de ilegitimidade e, portanto, são ilegítimas. Sobre elas, como regra, a própria lei processual violada prevê a sanção cabível, que repercute em sua introdução ou não no processo (tal sanção pode variar desde a declaração de nulidade absoluta e insanável até de nulidade relativa e sanável). Em outras palavras, a prova ilegítima ainda pode ser admitida, introduzida e até mesmo receber valoração associada à sua ilegitimidade.

Citam-se, como exemplos: realização de ato instrucional sem a prévia notificação ao interessado, coleta de testemunho de pessoa impedida, prova pericial sobre fato que dispensa conhecimento específico, prova sobre fato já comprovado nos autos ou qualquer outro defeito sobre forma processual.

Já as provas obtidas com violação de direito material (constitucional, penal, civil, comercial, etc) padecem de ilicitude e, portanto, são ilícitas. Neste caso, diferentemente da ilegitimidade (em que a prova pode ser produzida e admitida no processo, após ser submetida a uma sanção legal - declaração de nulidade, por exemplo - que influenciará em sua valoração), a prova ilícita sequer é admitida no processo. Menos ainda se cogita então de ser introduzida e posteriormente valorada. A CF não impõe à prova ilícita uma superveniente sanção processual; mais que isto, a declara inadmissível. Mais que anulável e mais até que nula, a prova é juridicamente tida como inexistente.

Mesmo que já faça parte dos autos, a prova ilícita, mais do que ser tida como inexistente na condição de elemento formador de convicção e embasador da decisão, deve ser excluída dos autos, mediante termo de desentranhamento, não se procedendo à renumeração de folhas. Estas provas desentranhadas devem ficar arquivadas no Escor, até a decisão definitiva do processo, quando então podem ser destruídas. Na linha do comando do art. 157 do CPP, qualquer prova maculada pela ilicitude, ainda que tenha sido autuada, deve ser desentranhada dos autos (bastante diferente do comando do art. 573 do mesmo CPP, que determina que os atos processuais nulos serão sanados ou, caso contrário, serão renovados ou retificados, o que importa inferir a sua permanência nos autos, conforme melhor se exporá em 4.12).

**Especificamente nos processos digitais, formalizados no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo) e que possuem suporte documental em meio digital, também não há que se falar em renumeração de folhas, pois os documentos, depois de juntados em definitivo, recebem numeração permanente e, mesmo após sua exclusão, permanecem disponíveis e acessíveis a partir da funcionalidade de pesquisa a documentos.**

Citam-se, como exemplos: confissão sob coação; provas obtidas, à margem de autorização judicial, com violação de domicílio (como busca e apreensão, por exemplo), com violação da intimidade (em que se inserem os sigilos bancário e telefônico) ou com violação da vida privada, da honra e da imagem; em suma, provas que afrontam garantias e direitos fundamentais da pessoa.

*CF - Art. 5º*

*X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*

*XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;*

*XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;*

*CPP - Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas*

*constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*  
 Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

*“O entendimento preponderante na doutrina e na jurisprudência pátria é o de que as provas ilícitas e as suas derivadas, não obstante sua inadmissibilidade no processo, não têm o poder de anulá-lo; devem, pois, ser desentranhadas dos autos, permanecendo válidos atos e provas já produzidos sem a mácula da contaminação.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 234, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Percebe-se que, sobretudo no caso do inciso X do art. 5º da CF, além de ali se tutelarem bens de difícil, subjetiva e extensa gama de conceituação (intimidade, privacidade, honra, imagem), conta-se com escasso regramento legal para disciplinar as hipóteses excepcionais de quebra ou atenuação da garantia constitucional. Assim, qualquer necessidade de se apreciar aquele dispositivo da CF obriga o aplicador a complexos esforços de interpretação do texto normativo e de conceituação jurídica. Na escassez de definições e de delimitadores legais, o aplicador que necessita produzir provas que possam interferir naqueles bens deve agir com máxima prudência, com o fim de não macular tais elementos de ilicitude. Por serem provas coativas, que invadem e limitam direitos e garantias fundamentais da pessoa, requerem, em geral, como medidas cautelares de sua licitude, requerimento ao juiz e o consequente deferimento ou determinação judicial, motivado, para sua realização. Sem tais provimentos cautelares, a produção deste tipo de prova (busca e apreensão no domicílio, quebra de sigilo bancário ou telefônico, etc) resvalará na ilicitude, por afrontar bens tutelados no art. 5º, X da CF, tornando-a inadmissível no processo.

*“A norma constitucional brasileira não vincula a admissibilidade das provas ilícitas nos processos ao princípio da presunção de inocência, de modo que caberia realmente refletir a respeito dessa suposta vinculação. Se um acusado, em procedimento administrativo sancionador, ou em processo penal, produz provas por meios ilícitos que comprovem cabalmente sua inocência poderá utilizá-las? Poderá a autoridade competente para o julgamento levar em conta tais provas? E se, abstraída a prova ilícita, resultasse um acervo reprovador satisfatório e suficiente para a condenação? (...) aos acusados em geral certamente é vedada a produção de provas ilícitas (...). Sem embargo, (...) essa prova poderia ser valorada, creio, em benefício do acusado, se for concludente, real, verdadeira, incontestável, definitiva. O acusado poderá ser punido pela obtenção das provas por meios ilícitos, mas a autoridade competente não deverá desconsiderar essa prova no processo, dado que o princípio da presunção de inocência impediria o decreto condenatório.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pg. 516, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

É de se ponderar que uma prova ilícita, ainda que tenha sido autuada, não necessariamente imporá a anulação de todo o processo. Estando a ilicitude encerrada e delimitada apenas em si mesma, sendo esta prova desentranhada, pode permanecer válido todo o restante do processo. E mesmo que outras provas tenham decorrido desta prova ilícita, o que também pode torná-las ilícitas, a possível contaminação se restringirá a estas provas e à parcela da convicção nelas amparada, podendo restar ainda aproveitável os demais elementos dos autos, nos termos que informa a teoria dos frutos da árvore envenenada, a seguir apresentada.

#### **4.4.14.2 - Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada**

Recomenda-se atenção ao que a doutrina chama de teoria dos frutos da árvore

envenenada (ou *fruits of the poisonous tree*). Por tal construção simbólica, os frutos, ainda que quando tomados por si mesmos estejam sãos, por derivarem de uma árvore envenenada, também restarão contaminados. Transpondo para os termos jurídicos, as provas a que se chegou em determinado processo em decorrência exclusiva de uma prova ilícita, ainda que não tenham tido suas coletas em si marcadas por qualquer ilicitude, tendo sido produzidas sem se afrontar garantias constitucionais, também seriam consideradas ilícitas por derivação e, conseqüentemente, inadmissíveis no processo.

Conforme já aduzido, no ordenamento pátrio, prevalece a regra geral da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito. Todavia, mesmo reconhecendo a indefinição do tema, não pacificado, polêmico e controverso em função de seu subjetivismo e da dificuldade de se traçarem contornos nítidos, expõe-se aqui o entendimento de que aquela regra geral comporta mitigações de duas espécies, pelo menos.

Primeiramente, cabe a discussão de que, quando é possível demonstrar que as apurações em curso no processo, logo adiante, inevitavelmente conduziram à prova inquinada de ilicitude derivada, mesmo que não houvesse a prova ilícita que abreviou a sua obtenção, aquela primeira prova pode ser tida como lícita e admissível no processo. Este mesmo entendimento pode ainda ser aplicado até mesmo quando se comprova apenas que seria possível chegar à prova lícitamente produzida por outro meio independente da prova ilícita. Por este entendimento, de certa forma contemplado na lei processual penal, em função de ter (ou de pelo menos poder ter) uma fonte independente da prova ilícita, a prova derivada pode ser considerada livre da contaminação. Ou seja, em termos práticos, a teoria dos frutos da árvore envenenada, acarretando ilicitude por derivação, pode não se aplicar em um caso concreto se a responsabilização a que se chegou no processo se sustenta em outras provas lícitas e independentes da prova ilícita autuada (ou seja, se a responsabilização ocorreria mesmo se não houvesse a prova ilícita).

*CPP - Art. 157.*

*§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*

*§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*

*STF, 'Habeas Corpus' nº 74.152: "Ementa: 1. Havendo-se apoiado a sentença condenatória, confirmada pelo acórdão impugnado, em provas lícitamente obtidas, ou seja, não contaminadas pela prova ilícita, consistente na interceptação de comunicação telefônica, não é caso de se anular a condenação.*

*Voto: 7. A interceptação telefônica foi requerida para facilitar o trabalho da equipe de investigadores, que estava no calço do paciente e seus comparsas há algum tempo e já estava ciente de que aconteceria a transação ilícita noticiada nos autos.*

*8. Pelo visto, se for afastada da sequência de atos que compõem o 'iter criminis' a denúncia anônima recebida pela polícia, certamente não haveria como se chegar à prova da empreitada criminosa, mas se, ao contrário, a interceptação telefônica for esquecida, com certeza a prisão em flagrante se concretizaria, pois a equipe de investigação já vigiava o paciente e seus acólitos em razão das informações anteriormente recebidas e que indicavam os mesmos como traficantes."*

*Idem: STF, Mandados de Segurança nº 74.530 e 74.599*

*STF, Habeas Corpus nº 75.892: "Ementa: Descabe concluir pela nulidade do processo quando o decreto condenatório repousa em outras provas que esurgem independentes, ou seja, não vinculadas à que se aponta como ilícita"*

*“(...) excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. (...). Isso significa que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo.”, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, “As Nulidades no Processo Penal”, pg. 154, Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2006*

Ademais, aquela regra geral da inadmissibilidade da prova ilícita também pode comportar exceções decorrentes da incidência de outros princípios ou bens constitucionalmente tutelados mais relevantes para determinado caso específico. Conforme já aduzido em **3.3.1.9**, o ordenamento jurídico forma um sistema intercomunicante e articulado em que é comum o conflito entre valores e direitos, tendo-se que, por vezes, tolerar detrimento de um em favor de outro mais relevante para o caso concreto, à luz do princípio da convivência das liberdades. No que diz respeito ao conflito entre interesse particular e público, a tensão de direitos se resolve caso a caso, ponderando-se os valores e os interesses em confronto. É certo que nenhuma liberdade individual ou direito fundamental podem ser exercidos de forma absoluta quando repercutem de forma danosa à ordem pública e ao bem social. Esta ponderação de valores pode ser justificada e reforçada também trazendo à tona o princípio da proporcionalidade, aplicando-o na atenuação da máxima constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita. Assim, em determinado caso, a despeito da proteção à intimidade de qualquer pessoa, pode-se considerar que esteja em jogo um outro bem jurídico, também merecedor de tutela, em favor de uma outra pessoa e que seja mais relevante que aquela intimidade. Para fim de defesa em processo, permite-se então não só que se afaste a proibição de se produzir prova violando a intimidade de outrem como também que tal prova seja efetivamente valorada no julgamento.

*STF, Mandado de Segurança nº 23.452, Voto: “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas, individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.”*

*Idem: STF, Mandado de Segurança nº 24.369 (em 2.5.4); e Justiça Federal de 1ª Instância, Ação Cautelar nº 2001.5101003489-6*

*TRF da 4ª Região, Habeas Corpus nº 2005.04.01.033419-0: “Ementa: (...) Prova ilícita. Contaminação das provas consequentes. (...) Admissível a tese de preponderância dos interesses constitucionalmente protegidos de repressão à criminalidade organizada, crimes econômicos e economia popular. Denegação da ordem. (...)”*

*8. Admitida pela proporcionalidade a valoração da prova ilícita inicial e suas consequentes, por não restar no habeas corpus claramente demonstrada a ilegalidade da investigação criminal que admite como possível a preponderância do interesse estatal de combate ao crime organizado, em crimes econômicos e com proteção ao dinheiro popular, frente à proteção ao sigilo telefônico de envolvidos em atividade criminoso. 9. O dano individual causado pela interceptação telefônica não atinge o núcleo essencial da personalidade do indivíduo - teoria das três esferas ou graus da intimidade, da Suprema Corte Alemã -, admitindo a intervenção probatória estatal mediante balanceamento no caso concreto. 10. Forte aptidão da prova discutida - e consequentes - para demonstrar a verdade (outro enfoque da proporcionalidade), ou o mais próximo que dela se consiga dentro do processo.”*

*“É que os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.” Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, “As Nulidades no Processo Penal”, pg. 145, Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2006*

## 4.4.15 - Intercepção Telefônica

### 4.4.15.1 - Nos Termos da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996: com Autorização Judicial, Realizada por Terceiros e sem Conhecimento dos Interlocutores

Conforme já introduzido em 4.4.6, o inciso XII do art. 5º da CF veda, de forma absoluta, a interceptação de atos de correspondência ou de comunicação telegráfica ou de dados entre duas ou mais pessoas, não se cogitando de competência nem mesmo de autoridade judicial para autorizar sua quebra. Daí, são ilícitas as provas obtidas com a interceptação de troca de qualquer forma de correspondência, a interceptação de troca de telegramas e a interceptação de troca de dados - aqui sempre se cogitando de tais interceptações se darem no momento em que o elemento se transporta, se desloca, viaja, entre o remetente e o destinatário (ou seja, no sentido etimológico do termo “interceptar”, que é “captar durante a passagem”).

*CF - Art. 5º*

*XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;*

Assim, é necessário diferenciar que a garantia prevista no art. 5º, XII da CF assegura como invioláveis apenas aqueles atos em si de correspondência e de comunicação, não atingindo a utilização do resultado concreto decorrente dos atos, tais como as cartas, os telegramas e os dados em si. Esta afirmação não significa que aqueles elementos (cartas, telegramas e dados) sejam francamente violáveis; o que se diz é que a sua proteção constitucional não se alberga no mencionado inciso XII do art. 5º da CF, mas sim no inciso X, por se inserirem no conceito de intimidade e privacidade.

Todavia, especificamente, a comunicação telefônica, ou seja, o ato em que duas pessoas conversam no telefone, no momento da conversa, pode ser validamente interceptada, desde que limitada a emprego na investigação criminal ou na instrução processual penal e se feita nos termos da lei. A explicação plausível para o diferente tratamento que a CF, por meio do seu art. 5º, XII, dispensou a este meio de comunicação em relação às correspondências, telegramas e dados reside em que não se justificaria quebrar estas formas, uma vez que se pode ter acesso ao resultado concreto que elas produzem, enquanto a conversa telefônica não deixa resultado, vestígio ou registro, desaparecendo imediatamente.

*STF, Recurso Extraordinário nº 219.780, Voto: “Passa-se, aqui, que o inciso XII não está tornando inviolável o dado da correspondência, da comunicação, do telegrama. Ele está proibindo a interceptação da comunicação dos dados, não dos resultados. Essa é a razão pela qual a única interceptação que se permite é a telefônica, pois é a única a não deixar vestígios, ao passo que nas comunicações por correspondência telegráfica e de dados é proibida a interceptação porque os dados remanescem; eles não são rigorosamente sigilosos, dependem da interpretação infraconstitucional para poderem ser abertos. O que é vedado de forma absoluta é a interceptação da comunicação da correspondência, do telegrama. Por que a Constituição permitiu a*

*interceptação da comunicação telefônica? Para manter os dados, já que é a única em que, esgotando-se a comunicação, desaparecem os dados. Nas demais, não se permite porque os dados remanesçam, ficam no computador, nas correspondências, etc.”*

A expressão “interceptação telefônica”, juridicamente, se refere à gravação de uma conversa telefônica feita por terceiro sem conhecimento dos dois interlocutores, com autorização judicial, e especificamente para a instância penal. Antes da edição da Lei nº 9.296, de 24/07/96, que veio regulamentar o art. 5º, XII da CF, a interceptação telefônica, mesmo se autorizada judicialmente em primeira instância, terminava sendo considerada prova inválida nas instâncias superiores, por falta da exigida previsão legal.

Somente após a vigência da Lei nº 9.296, de 24/07/96, a interceptação telefônica passou a ser prova válida, exclusivamente em esfera criminal, desde que pedida por autoridade policial ou pelo Ministério Público Federal, autorizada por juiz e executada de acordo com as previsões daquele diploma legal.

*Lei nº 9.296, de 24/07/96 - Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.*

*Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.*

*Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:*

*I - da autoridade policial, na investigação criminal;*

*II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.*

*Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar sigilo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.*

*Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.*

A gravação realizada por terceiro, de uma conversa telefônica, sem conhecimento de qualquer dos interlocutores e sem autorização judicial ou de qualquer outra forma operada fora dos limites da Lei nº 9.296, de 24/07/96, constitui crime, conforme seu art. 10. Nos termos, abaixo expostos, dos arts. 151, § 1º, II e 153 do CP, com muito mais ênfase, também configura crime divulgar tal gravação. Sendo ilícita esta gravação, não pode ser admitida como prova, nem mesmo em investigação criminal ou em instrução processual penal. Ademais, se a despeito de sua ilicitude, esta gravação vier a ser autuada em processo, tal fato pode ter o condão de contaminar provas derivadas; somente não o terá se estas outras provas tiverem fonte independente, conforme já aduzido em **4.4.14.2**.

No que se refere mais especificamente ao processo administrativo disciplinar, como o art. 3º da Lei nº 9.296, de 24/07/96, somente autoriza a violação da garantia à intimidade da conversa telefônica para investigação criminal ou para instrução penal, tem-se que a comissão não pode pedir sua quebra para fim administrativo. Contrariamente à maior significância atribuída ao crime, tem-se que o ordenamento indicou ao aplicador que, na ponderação de direitos em conflitos, como regra, se atribui maior relevância à preservação da intimidade da conversa telefônica do que à elucidação de ilícitos puramente disciplinares. Para que a comissão cogite de quebra da garantia constitucional, presume-se estar diante de caso grave, com provável repercussão também na esfera penal e que a interceptação seja fundamental para a comprovação (uma vez que, por outro lado, não se justifica a busca desta prova para situações banais ou de menor gravidade, que não configurem crime, ou quando se pode obter a convicção por outros meios).

Assim, na hipótese de haver a necessidade de a comissão contar com tal prova, resta-lhe levar o caso ao Ministério Público Federal. Este órgão, dentro da sua competência de

promover a ação penal, pode entender cabível e solicitar ao juízo interceptação telefônica. Daí, a comissão pode solicitar, como emprestada para a esfera disciplinar, aquela prova produzida para fim judicial. No caso de já haver ação penal instaurada e dela constar interceptação telefônica, a comissão pode pedir ao Ministério Público Federal para que este solicite ao juízo a prova emprestada para a instância disciplinar, nos termos já expostos em **4.4.13**.

*STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 25.367, Relatório: “14. Por outro lado, o processo disciplinar, que redundou na demissão do recorrente, transcorreu sem qualquer irregularidade que pudesse comprometer a sua conclusão. O indiciado teve ampla oportunidade de defesa e foi intimado para assistir a todos os atos instrutórios. Ao final, foram ouvidas dezesseis pessoas (algumas delas, mais de uma vez). Realizaram-se três exames periciais: dois documentoscópicos e um de avaliação de imóvel. O servidor foi interrogado duas vezes e, entre os vários documentos apresentados, juntaram-se transcrições fonográficas das interceptações que a Polícia Federal, por ordem judicial, procedeu nos diálogos telefônicos que ele manteve com alguns donos de postos de combustível.”*

*STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.956: “Ementa: A cláusula final do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal - ‘...na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal’ - não é óbice à consideração de fato surgido mediante a escuta telefônica para efeito diverso, como é exemplo o processo administrativo disciplinar.”*

*STF, Mandado de Segurança nº 14.797: “Ementa: 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal encontra-se consolidada no sentido da possibilidade do aproveitamento, em processo disciplinar, de prova lícitamente obtida mediante o afastamento do sigilo telefônico em investigação criminal ou ação penal, contanto que autorizada a remessa pelo juízo responsável pela guarda dos dados coletados, e observado, no âmbito administrativo, o contraditório.”*

*STF, Questão de Ordem em Inquérito nº 2.424: “Ementa: Prova emprestada. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.024, Voto: “Ultrapassada mais essa afirmação, examino a última delas, que diz respeito à ilegalidade da escuta telefônica para fins de utilização no procedimento administrativo, com base no art. 3º da Lei nº 9.296/96 (...):*

*O argumento não tem qualquer fundamento. Como visto, o dispositivo esclarece que somente o juiz pode determinar a interceptação telefônica, a requerimento das autoridades que elenca, nada dispondo sobre a impossibilidade de utilização da mesma para fins de investigação administrativa.*

*No caso, a administração valeu-se das gravações para fins de prova no processo administrativo, mas a interceptação foi requerida nos exatos termos do inciso I, art. 3º da legislação em comento, como consta do Alvará de Escuta, uma vez que os dois policiais impetrantes também respondem a processo criminal.”*

*“Numa abordagem técnica, interceptação telefônica é a captação, por parte de terceiro, de conversa telefônica alheia sem o consentimento de um dos interlocutores. (...)*

*(...) a interceptação telefônica, constituindo uma exceção legal à franquia constitucional da liberdade de comunicação (inciso XII do art. 5º da CF/1988), poderá ser legalmente autorizada (Lei nº 9.296, de 24.7.1996), para o fim específico e exclusivo de investigação criminal ou instrução processual penal, vis-à-vis autorização judicial.*

*Feitas essas considerações a respeito dessa delicada diligência, acode-nos à mente a seguinte indagação: caso haja resíduos indicadores de infração disciplinar nessas gravações, poderão ser eles repassados para a repartição pública interessada e utilizados para ensejar a abertura de procedimento disciplinar? Entendemos que isso seja possível, desde que haja autorização judicial expressa nesse sentido e que seja preservado, por parte da instância disciplinar, o sigilo das diligências, gravações e transcrições referentes, uma vez que tais investigações são empreendidas em segredo de justiça.” José Armando da Costa, “Controle Judicial do Ato Disciplinar”, pgs. 125 e 126, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2002*

*“Mas é possível que, em processo civil, se pretende aproveitar prova emprestada, derivada de interceptação telefônica lícita, colhida em processo penal desenvolvido entre as mesmas partes. (...)*

*Poderá, em casos como esse, ter eficácia a prova emprestada, embora inadmissível sua obtenção no processo não-penal?*

*As opiniões dividem-se, mas, de nossa parte, pensamos ser possível o transporte de prova. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, licitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável. (...)*

*Nessa linha de interpretação, cuidados especiais devem ser tomados para evitar que o processo penal sirva exclusivamente como meio oblíquo para legitimar a prova no processo civil. Se o juiz perceber que esse foi o único objetivo da ação penal, não deverá admitir a prova na causa cível.” Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, “As Nulidades no Processo Penal”, pgs. 119 e 120, Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2006*

Destaque-se que eventuais inseguranças que ainda poderia haver no emprego da interceptação telefônica como prova emprestada no processo disciplinar restou definitivamente afastada com a manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 18, de 10/10/17.

*Enunciado CGU/CCC nº 18, de 10/10/17: “A admissibilidade da prova emprestada, oriunda de interceptação telefônica, nos processos administrativos sancionadores. É lícita a utilização de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente para fins de instrução de procedimento correccional.”*

Ainda em socorro ao emprego da interceptação telefônica como prova em processo administrativo disciplinar, um outro detalhe vem à tona. A CF delimita a feitura desta prova apenas para investigação criminal ou instrução processual penal. Mas a restrição imposta à prova não se estende à coisa julgada, pois a sentença penal definitiva tem a força de independer dos meios probantes empregados e das intrínsecas limitações que recaem no momento da captação das provas (como, no caso, a preservação da intimidade). Em outras palavras, a coisa julgada tem o condão de se desgarrar e de se desprender das questões de fato e de direito e dos meios que se empregaram para que fosse proferida. Por este entendimento é que se expressa que, caso se tenha sentença penal definitiva calcada tão somente na

interceptação telefônica licitamente produzida em instância criminal, esta sentença pode ser trazida para a instância cível (inclusive administrativa).

Mas é de se destacar a recomendação de que, caso se demonstre relevante instruir processo administrativo disciplinar com transcrições de regular interceptação telefônica, levando em conta que este tipo de prova comumente suscita provocações junto ao Poder Judiciário mesmo nas instâncias processuais judiciais, convém, sempre que possível, que a comissão busque reforçar a instrução e a formação de convicção, juntando não só as transcrições mas também outros elementos probantes, de distinta natureza, a fim de que o processo possa se manter válido ainda que posteriormente aquelas provas venham a ser judicialmente declaradas nulas. Isto porque, em tal tipo de processo, será extremamente recomendável que a comissão, em seu relatório, logre diferenciar de forma bastante clara aquela prova trazida emprestada da instância judicial das demais provas coletadas por meios meramente administrativos e independentes da interceptação telefônica, a fim de mantê-las imunes de eventual declaração de nulidade daquele primeiro ato instrucional.

#### **4.4.15.2 - Gravações Clandestinas, Feitas pelo Interlocutor, e Interceptação Ambiental, Feita por Terceiro**

Em **4.4.15.1**, abordou-se especificamente uma delimitada forma de produção de prova processual, juridicamente chamada de interceptação telefônica, qual seja, quando terceiro, autorizado judicialmente, grava a conversa telefônica mantida por duas pessoas, sem que elas saibam, na forma e para os fins determinados na lei.

Todavia, diante dos recursos tecnológicos, existem outras situações que margeiam a hipótese acima, mas que, diferindo em determinados detalhes, não cabem na definição jurídica restrita de interceptação telefônica, e, portanto, não estão protegidas pelo art. 5º, XII da CF e, conseqüentemente, disciplinados pela Lei nº 9.296, de 24/07/96. Não obstante, também merecem atenção, pois podem se tornar provas válidas em processo.

Antes de especificar cada hipótese, convém esclarecer que, partindo-se do grande gênero das captações eletrônicas de prova, pode-se dividir este tipo de ato em duas espécies: interceptações e gravações. Enquanto as interceptações, no sentido mais amplo do termo, são realizadas por terceiros, as gravações são realizadas por um dos interlocutores. Ambas as formas podem ser operadas sobre a conversa por telefone ou gravando-se conversa mantida entre presentes, em determinado ambiente. Assim, pode-se ter interceptação, por terceiro, de conversa alheia mantida por telefone (o chamado grampeamento) e de conversa entre presentes; e pode-se ter gravação, pelo próprio interlocutor, de sua conversa telefônica ou entre presentes.

Especificamente a interceptação de conversa telefônica à revelia do conhecimento dos dois interlocutores é a que configura a interceptação telefônica juridicamente definida na Lei nº 9.296, de 24/07/96, já abordada anteriormente. Havendo a aquiescência de um dos interlocutores, embora genericamente seja uma interceptação, não se enquadra na hipótese da citada Lei.

Para complementar a descrição das provas provenientes de captação eletrônica de voz, descrevem-se a seguir esta última situação, bem como a interceptação entre presentes e as gravações pelo próprio interlocutor.

Primeiramente, aborda-se a chamada gravação clandestina, que é a gravação da conversa telefônica operada por um dos interlocutores, mesmo que o outro não tenha conhecimento. Esta situação não está amparada pelo art. 5º, XII da CF e, conseqüentemente, não é disciplinada pela Lei nº 9.296, de 24/07/96. Ademais, sendo um dos interlocutores da conversa, contra esta pessoa não há que se cogitar de se opor cláusula de sigilo e não há ilicitude no ato em si de gravar. Este entendimento encontra apoio na tipificação do art. 151, §

1º, II do CP, que veda a violação de conversação telefônica “entre outras pessoas”. Avançando ainda nesta situação, mesmo que a conversa telefônica clandestinamente gravada seja confidencial, pode o interlocutor não só gravá-la como até divulgá-la, sem incorrer na tipificação do art. 153 do CP, se houver justa causa para a divulgação. Compreende-se por justa causa o uso do teor da conversa apenas em defesa de direito ou de interesse, próprio ou de terceiro (não para acusação). Não havendo justa causa, incorre no art. 153 do CP o interlocutor que divulga a conversa confidencial com possibilidade de causar dano a alguém.

*CP - Art. 151. (...)*

*Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.*

*§ 1º Na mesma pena incorre:*

*Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica*

*II - quem indevidamente divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente comunicação telegráfica ou radioelétrica dirigida a terceiro, ou conversação telefônica entre outras pessoas;*

*§ 2º As penas aumentam-se de metade, se há dano para outrem.*

*Divulgação de segredo*

*Art. 153. Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:*

*Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.*

Obviamente, pela própria denominação do instituto da interceptação telefônica (que requer o uso de telefone), também não é atingida pelo art. 5º, XII da CF e pela Lei nº 9.296, de 24/07/96, a outra situação que também recebe o nome de gravação clandestina - quando um dos interlocutores grava uma conversa entre presentes, mantida em determinado ambiente, sem telefone. Não há tipificação para o fato de o interlocutor gravar a conversa de que participa e afasta-se a ilicitude da divulgação se houver justa causa, ainda que o teor da conversa seja confidencial.

Na mesma linha da primeira situação acima, também não se enquadra no art. 5º, XII da CF e na Lei nº 9.296, de 24/07/96, a captação de uma conversa telefônica, quando operada por terceira pessoa, a pedido ou com aquiescência de um dos interlocutores. Mas aqui, diferentemente da primeira situação acima, pode haver ilicitude já no ato de gravar. Todavia, pode se defender que, havendo justa causa, afastam-se as ilicitudes tanto do ato de terceiro gravar conversa telefônica alheia quanto do ato de divulgar, ainda que o teor seja confidencial.

Por fim, na última hipótese, chamada de gravação ambiental, na mesma linha da segunda situação acima, também não se cogita de aplicação do art. 5º, XII da CF e da Lei nº 9.296, de 24/07/96, quando a captação da conversa entre presentes no próprio ambiente, sem telefone, é feita por terceira pessoa não interlocutor, independentemente se há interlocutores cientes ou não da gravação. Analogamente, as ilicitudes dos atos de gravar e de divulgar conteúdos confidenciais podem ser afastadas se houver justa causa.

*STF, ‘Habeas Corpus’ nº 74.678: “Ementa: Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade.*

*Relatório: O interesse público deve prevalecer sobre a manutenção do sigilo da conversação telefônica envolvendo prática delitativa. (...) A Carta Magna não criou sigilo para beneficiar e privilegiar infratores e perturbadores da ordem na esfera dos direitos individuais e comuns. (...)*

*A propósito, ensina Vicente Grecco Filho em recente monografia sobre a Lei 9.296/96:*

*‘Ainda no capítulo das observações preliminares, é importante fazer uma*

*distinção que nem sempre se apresenta, quer em julgamentos, quer em textos doutrinários, qual seja a diferença entre a gravação feita por um dos interlocutores da conversação telefônica, ou com autorização deste, e a interceptação. Esta, em sentido estrito, é a realizada por alguém sem autorização de qualquer dos interlocutores para a escuta e, eventualmente gravação, de sua conversa, e no desconhecimento deles.’ (...)*

*Estando afastada a hipótese de falta de justa causa para a gravação e de indevida divulgação da conversa entre o paciente e o ofendido (Código Penal, arts. 151, II, e 153), não há razão plausível que justifique qualificar essa prova como ilícita. Frente à interpretação sistemática das normas constitucionais pertinentes e ainda das disposições contidas nos arts. 151, II, e 153, do Código Penal, suficientes para atestar a prestabilidade probatória da gravação, descabe cogitar da exigência da interposição de qualquer outro provimento legislativo regulamentador.”*

*STF, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 503.617: “Ementa: A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.”*

*Idem: STF, Mandado de Segurança nº 194.247 e ‘Habeas Corpus’ nº 75.338; e STJ, Recurso Especial nº 112.274*

*“(...) as gravações clandestinas e as ambientais, por configurarem afronta ao irreduzível direito constitucional de intimidade e privacidade (art. 5º, inciso X, da CF/1988), não poderão jamais ser autorizadas.*

*Vale salientar, contudo, que a variação axiológica dos padrões reinantes no nosso ordenamento positivo, associando-se aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, abrem, em linha de excepcionalidade, oportunidade a que tais gravações, em razão da imponentia dos fatos, se tornem lícitas. Tal licitude encontra ocasião propícia nas circunstâncias que colocam em primeiro plano, e como ação inicial (‘fiat’) a agressão criminosa do interlocutor-devassado contra o interlocutor devassador (que promoveu a gravação ilícita).*

*Em tais condições, é a própria vítima da gravação clandestina ou ambiental que, com o seu comportamento reprovável e criminoso, gera a razão jurídica suficiente para tornar lícitas essas gravações que, em outras condições normais, seriam ilícitas e, por conseguinte, imprestáveis como prova em qualquer processo ou instância.*

*De efeito, pode-se assentar que as gravações telefônicas, fonográficas ou cinematográficas, efetivadas em tais circunstâncias, são absolutamente lícitas, podendo instruir tanto o processo judicial (penal e cível) quanto o administrativo disciplinar.” José Armando da Costa, “Controle Judicial do Ato Disciplinar”, pgs. 126 a 128, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2002*

Portanto, as conversas telefônicas ou entre presentes clandestinamente gravadas por um dos interlocutores ou captadas por terceiro autorizado por um dos interlocutores não estão limitadas à investigação criminal ou à instrução processual penal, à autorização judicial e aos contornos definidos na Lei nº 9.296, de 24/07/96, para poderem ser autuadas como provas válidas. Desde que haja justa causa na divulgação de teor confidencial (com o que, na verdade, se atende à proporcional e razoável ponderação do bem tutelado no caso específico com a intimidade), afasta-se a ilicitude desta prova e, portanto, ela pode ser admitida em processo, inclusive de instância administrativa. Percebe-se que a admissibilidade destas provas não é afastada por sua clandestinidade e também não se sujeita ao cumprimento dos dispositivos do inciso XII do art. 5º da CF, mas sim do seu inciso X. Tendo sido tais provas coletadas sem quebrar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da imagem e da honra de alguém, à luz do princípio da convivência das liberdades (mencionado em **4.4.14.2**), elas são lícitas e admissíveis. Por outro lado, não havendo justa causa na divulgação de conversas confidenciais (na ponderação dos parâmetros do art. 5º, X da CF), estas provas são

consideradas ilícitas, o que as torna inadmissíveis em processo, qualquer que seja a instância.

Novamente, destaca-se a recomendação de que, caso se demonstre relevante instruir processo administrativo disciplinar com transcrições de conversas telefônicas ou entre presentes clandestinamente gravadas por um dos interlocutores ou captadas por terceiro autorizado por um dos interlocutores, levando em conta que este tipo de prova comumente suscita provocações junto ao Poder Judiciário mesmo nas instâncias processuais judiciais, convém, sempre que possível, que a comissão busque reforçar a instrução e a formação de convicção, juntando não só as transcrições mas também outros elementos probantes, de distinta natureza, a fim de que o processo possa se manter válido ainda que posteriormente aquelas provas venham a ser judicialmente declaradas nulas.

Por óbvio, também não se encontra albergada no art. 5º, XII da CF e na Lei nº 9.296, de 24/07/96, não cabendo na definição jurídica de interceptação telefônica, a simples listagem, fornecida pelas operadoras de serviço de telefonia, por ordem judicial, com os registros históricos de ligações originadas de determinada linha de telefone e/ou por ela recebidas. Aqui, refere-se a apenas a lista de números das linhas e data e hora das ligações, enquanto a definição de interceptação telefônica requer mais: requer o acesso ao teor das conversas. Não obstante, advirta-se que mesmo tais dados resumidos de sigilo telefônico inserem-se em cláusula de intimidade da pessoa e, como tal, para serem admitidos como prova lícita em processo de qualquer instância, reafirma-se que requerem a medida cautelar da determinação judicial. Mas, em linha diferente se inserem os dados resumidos de ligações telefônicas realizadas por meio de linha e aparelho institucionais, podendo a comissão solicitar ao setor competente no órgão os extratos das contas telefônicas originadas do aparelho e da linha oficiais, independentemente de autorização judicial.

*STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 17.732: “Ementa: VII - A quebra do sigilo dos dados telefônicos contendo os dias, os horários, a duração e os números das linhas chamadas e recebidas não se submete à disciplina das interceptações telefônicas regidas pela Lei 9.296/96 (...)”*

*“Conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Mandado de Segurança nº 17.732, a disponibilização do registro histórico das ligações (originadas ou recebidas) de uma linha telefônica, bem como o registro de dados, de horários e de duração das chamadas, fornecidas pelas operadoras de telefonia, não estão incluídas nos permissivos do inciso XII do art. 5º da CF e na Lei nº 9.296/96, no entanto, esses dados também estão protegidas por sigilo, e a sua disponibilização depende de autorização judicial (...).*

*Necessário ressaltar que, no caso de telefone de propriedade da Administração, não há que se falar em sigilo dos dados telefônicos, uma vez que se trata de instrumento de trabalho. Insta destacar, contudo, que nesses casos não serão obtidos o conteúdo dos diálogos, mas tão somente os registros das ligações realizadas. Desse modo, tratando-se de telefone funcional, cedido ao servidor, a Comissão poderá solicitar ao setor responsável os extratos das contas telefônicas, independente de autorização judicial.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 240 e 241, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

#### **4.4.15.3 - A Extensão para o Correio Eletrônico**

No caso da Secretaria da Receita Federal do Brasil, os servidores contam com o correio eletrônico institucional (IBM Notes), por meio do qual podem enviar mensagens eletrônicas (*emails*), cujo uso é disciplinado pela Portaria SRF nº 1.397, de 11/11/02. Segundo esta norma, o IBM Notes é uma ferramenta de trabalho, de propriedade da Administração, e, a rigor, deve ser usado apenas para fins relacionados com as atribuições legais do cargo do

usuário.

Decerto, equiparando-se a um documento ou a uma ordem escrita e assinada, o *e-mail*, nos dias atuais, está absolutamente inserido no conceito de correspondência ou de comunicação entre duas ou mais pessoas e, como tal, traz à tona a questão se estaria ou não protegido pela garantia constitucional de não violação de seu sigilo.

*CF - Art. 5º*

*XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;*

No caso específico do *e-mail* corporativo, que é uma ferramenta de trabalho, tem-se mais um exemplo da aplicação do princípio da convivência das liberdades, mencionado em **4.4.14.2**, no conflito de direitos particular e público, indicando que nenhum direito individual é absolutamente inquebrável ou insuperável, em proteção ao bem maior, de ordem pública. Assim, são aceitos e, portanto, válidos como prova juridicamente lícita, o acesso à caixa postal do servidor ou o seu monitoramento, por parte da Administração, mesmo sem autorização judicial, à vista de fundados indícios de cometimento de irregularidades, rastreáveis ou comprováveis tão somente pelo correio eletrônico institucional fornecido ao infrator. Sendo ferramenta de trabalho, não gera expectativa de privacidade e não há que se cogitar de intimidade a ser preservada, visto que o *e-mail* corporativo tem uso restrito a fins de trabalho e não há que se afastar a propriedade da Administração sobre o computador e sobre o próprio provedor de acesso à *internet*.

*Portaria SRF nº 1.397, de 11/11/02 - Art. 1º O Correio Eletrônico, ferramenta de propriedade da Secretaria da Receita Federal - SRF, constitui instrumento de uso institucional, destinado ao intercâmbio de mensagens, para fins de racionalização do trabalho e aumento da produtividade.*

*Parágrafo único. Ao usuário cabe utilizar o Correio Eletrônico em atividades inerentes às suas atribuições no âmbito da SRF.*

*Art. 6º É vedado o envio das seguintes espécies de mensagens eletrônicas:*

*I - SPAM: mensagem destinada a múltiplos usuários, sem consentimento prévio destes, e que objetive a divulgação de correntes, produtos, marcas, empresas, organizações ou endereços eletrônicos, ou a oferta de mercadorias ou serviços, gratuitamente ou mediante remuneração;*

*II - relativas a negócios ou atividades particulares do usuário, propaganda ou apoio a qualquer iniciativa ou atividade que não tenha aprovação formal da SRF;*

*III - de teor ofensivo, calunioso, difamatório ou injurioso;*

*IV - de conteúdo político-partidário ou sindical, de qualquer natureza ou espécie;*

*V - relativas a conteúdo obsceno, ilegal ou antiético;*

*VI - de conteúdo preconceituoso ou discriminatório;*

*VII - que contenham listas de endereços eletrônicos dos usuários do Correio Eletrônico, para fora da instituição.*

*Art. 7º É vedado à Administração do Correio Eletrônico:*

*I - violar correspondência;*

*II - acessar ou monitorar conteúdo de mensagens, salvo se formalmente autorizada, ou por solicitação do titular da caixa postal.*

*Parágrafo único. A autoridade competente da SRF poderá autorizar o acesso e a monitoração de caixa postal, quando houver suspeita de quebra de segurança, hostilidades externas decorrentes de ação de hackers ou vírus, perseguições ou constrangimentos ilegais, violação do disposto no art. 6º ou, ainda, por determinação judicial.*

*Art. 8º É reservado à SRF o direito de monitorar, auditar e controlar a utilização do Correio Eletrônico, observado o disposto no art. 7º desta Portaria.*

*“(...) entende-se que se o correio eletrônico de onde se retirou a prova é institucional, por ser ele do serviço público e não privativo do servidor, a prova poderá ser utilizada.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pgs. 114 e 115, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

A Portaria SRF nº 1.397, de 11/11/02, apenas estabelece a possibilidade de acesso e monitoramento no correio eletrônico, mas não especifica a quem cabe autorizar e tampouco há norma delegando tal competência. Daí, faz-se necessário integrar o ordenamento para enfrentar a questão de se definir a autoridade competente para autorizar o acesso e o monitoramento da caixa postal eletrônica na hipótese que ora interessa, qual seja, em âmbito de investigação ou apuração disciplinar (seja em fase de admissibilidade ou no curso de processo disciplinar).

Neste foco específico, a leitura conjunta do inciso III do art. 18, do art. 24, do inciso V do art. 285 e do inciso V do art. 287, todos do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil indica que, tratando-se de necessidade de acesso e de monitoramento da caixa postal por razões disciplinares, a competência de autorização recai sobre a autoridade correcional, ou seja, o Corregedor ou o Chefe do Escor da jurisdição, dependendo de qual destas autoridades figure como competente para instaurar a instância disciplinar no caso em que se cogita de acessar e monitorar o e-mail corporativo. Por fim, de acordo com o art. 16 da Portaria Coger-MF nº 492, de 23/09/13, cabe à administração local do correio eletrônico institucional (IBM Notes - em regra, a cargo de projeção da Cotec responsável pela gestão do sistema de informação na unidade), com a devida priorização, apenas a operacionalização da medida solicitada pelo Corregedor ou Chefe de Escor.

Obviamente, no caso de uso pessoal, por parte do servidor, de correios eletrônicos particulares privados comerciais, acessados pela *internet*, ainda que por meio de equipamentos da instituição, não se inserem no conceito de ferramentas de trabalho de propriedade da Administração, mas sim se inscrevem no conceito de intimidade. Daí, merecem a garantia constitucional de inviolabilidade, cuja quebra é excepcional, mas não de todo impossível. Novamente, à vista de possível conflito entre o interesse particular e o interesse público, é de se eleger o último. Assim, para o *e-mail* particular privado comercial, a garantia fundamental da pessoa de inviolabilidade de suas comunicações e correspondências pode vir a ser quebrada, mediante autorização judicial, de acordo com as hipóteses e condições abarcadas pela Lei nº 9.296, de 24/07/96 (mencionada e reproduzida em parte em **4.4.15.1** e que regulamenta o art. 5º, XII da CF), cujo parágrafo único do art. 1º estende sua aplicação à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e de telemática. Este dispositivo legal define que a interceptação não se restringe apenas às comunicações por voz, via telefone, mas sim que abrange também o fluxo de dados por meio de informática (em que pode se interpretar inserido o e-mail) e de telemática (este segundo meio tecnológico, indo além do primeiro, combina o uso de ferramentas de informática com os meios de comunicação via telefone, como modem e fac-símile).

Sobre o assunto, didático é o julgado exarado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST):

*TST, Recurso de Revista nº 613/2000-013-10-00: “Ementa: 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (e-mail particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado e-mail corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso*

*corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 4. Se se cuida de e-mail corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à internet e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de e-mail de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em e-mail corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal.”*

*TST, Recurso de Revista nº 9.961/2004-015-09-00.1: “Ementa: 1) Dano moral. Não caracterização. Acesso do empregador a correio eletrônico corporativo. Limite da garantia do art. 5º, XII da CF. 1. O art. 5º, XII, da CF garante, entre outras, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e da comunicação de dados. 2. A natureza da correspondência e da comunicação de dados é elemento que matiza e limita a garantia constitucional, em face da finalidade da norma: preservar o sigilo da correspondência - manuscrita, impressa ou eletrônica - da pessoa - física ou jurídica - diante de terceiros. 3. Ora, se o meio de comunicação é o institucional - da pessoa jurídica -, não há de se falar em violação do sigilo de correspondência, seja impressa ou eletrônica, pela própria empresa, uma vez que, em princípio, o conteúdo deve ou pode ser conhecido por ela. 4. Assim, se o “e-mail” é fornecido pela empresa, como instrumento de trabalho, não há impedimento a que a empresa a ele tenha acesso, para verificar se está sendo utilizado adequadamente. Em geral, se o uso, ainda que para fins particulares, não extrapola os limites da moral e da razoabilidade, o normal será que não haja investigação sobre o conteúdo de correspondência particular em “e-mail” corporativo. Se o trabalhador quiser sigilo garantido, nada mais fácil do que criar seu endereço eletrônico pessoal, de forma gratuita, como se dá com o sistema “gmail” do Google, de acesso universal.”*

*TRF da 1ª Região, Agravo de Instrumento nº 2005.01.00.66469-2: “Ementa: (...) O e-mail corporativo é instrumento de trabalho e não detém a natureza de correspondência pessoal.”*

*“O correio eletrônico ou e-mail institucional utilizado pelos servidores é uma ferramenta de trabalho disponibilizada pela Administração Pública que poderá, ou não, ter seu uso discriminado em normas internas do órgão.*

*Como já destacado para justificar a interceptação telefônica, bem como outras cláusulas de sigilo merecedoras de afastamento quando da ponderação do interesse público sobre o privado, não constitui afronta à primeira parte do art. 5º, XII, CF o uso das informações contidas no e-mail institucional do servidor, haja vista fundados indícios de irregularidades, para fins de apuração que dependam exclusivamente desse meio de prova, uma vez que descabe, nesse caso, a alegação de preservação de intimidade. Isso se justifica em razão de o e-mail corporativo ter seu uso restrito a fins do trabalho, o que confere à Administração o acesso a ele ou o seu monitoramento, sem que seja necessária autorização judicial.*

*Diferentemente do que foi exposto em linhas anteriores, no caso do e-mail de uso particular do servidor, fornecido por provedor comercial de acesso à internet, a intimidade de suas informações está assegurada constitucionalmente, sendo seus dados invioláveis pela Administração.*

*Ocorre que, havendo necessidade de utilização de informações provenientes do e-mail privado do servidor, para fins apuratórios, a disponibilização desses dados depende da autorização judicial, conforme previsão da Lei nº 9.296/96, que no parágrafo único do art. 1º, estende o compartilhamento do sigilo à interceptação do fluxo das comunicações em sistemas de informática (a exemplo do e-mail pessoal) e telemática (como modem e fac-símile). Daí ser aceito o mesmo procedimento discriminado para as comunicações telefônicas para o compartilhamento do sigilo desses fluxos de dados.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 241 e 242, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

#### **4.4.15.4 - Filmagem ou Gravação em Ambiente de Trabalho ou Público**

Outro tema que merece atenção é a admissibilidade ou não de prova obtida por meio de filmagem ou de gravação, providenciada pela própria Administração, no ambiente de trabalho ou em espaços públicos em geral, sem aviso prévio a quem quer que seja e sem pedido de autorização judicial. Busca-se enfrentar a questão de ser ou não admissível a prova obtida por meio de captação de sinais de vídeo e/ou de áudio que se saiba ou que se reconheça não ter sido montada antes e à margem de qualquer suposição de perpetração de irregularidades no local e com o impessoal e genérico objetivo de prevenção, mas sim que tenha sido preparada para obter comprovação de determinado ato ou conduta de que antecipadamente já se tenha suspeita. Ou, em outras palavras, analisa-se a validade jurídica desta captação, como prova admissível em processo, com o fim específico de comprovar conduta de que antecipadamente já se tenha suspeita, não se tratando de filmagens ou gravações genéricas, com mero propósito preventivo, atualmente comuns nos ambientes de circulação pública.

Relembre-se o aduzido em 4.4.6 de que, não obstante a regra geral de a instrução probatória em processo disciplinar ser contraditória, pode haver situações excepcionais em que a informação necessária ao elucidamento fático requeira um meio sigiloso para a feitura ou a coleta da prova. Isto pode ocorrer, por exemplo, em situações em que se presume que o prévio conhecimento de que há algum tipo de monitoramento ambiental leva o agente (ou qualquer pessoa que transite pelo recinto) a desistir de realizar ou de repetir o ato que se busca comprovar ou o leva a fazê-lo de maneira artificial ou dissimulada, sem as necessárias espontaneidade e naturalidade. Em tais situações, há amparo no art. 45 da Lei nº 9.784, de 29/01/99, para que se adotem as necessárias medidas acautelatórias, procedendo-se à feitura ou à coleta da prova desejada sem prévia notificação a quem quer que seja, inclusive ao acusado, e tampouco sem se submeter à autorização judicial.

*Lei nº 9.784, de 29/01/97 - Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.*

*“A previsão da medida regradada no citado art. 45, da Lei n. 9.784/99, guardadas as peculiaridades devidas, encontra similar na providência ‘inaudita altera pars’, prevista no art. 797 do Código de Processo Civil.*

*De fato, surgem situações no processo administrativo disciplinar que reclamam providências céleres e acautelatórias, com vista a garantir a eficiência do trabalho investigatório, que busca a verdade real ou material, a par de ressaltar os direitos do servidor.” Sebastião José Lessa, “Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância”, pg. 223, Editora Brasília*

*Jurídica, 4ª edição, 2006*

*“É permitido que a providência administrativa acauteladora seja tomada sem a prévia manifestação do interessado. O Código de Processo Civil (art. 797) também admite que o juiz adote medidas cautelares sem a audiência das partes, mas ressalva expressamente que tal sucederá ‘só em casos excepcionais’. A ressalva se nos afigura inteiramente aplicável no processo administrativo (...). (...) as providências preventivas tanto podem ser adotadas antes de ser instaurado o processo, como durante o seu curso. Naquele caso, tratar-se-á de providências cautelares prévias, enquanto neste o agente adotará providências cautelares incidentais.*

*Bem diversificadas podem ser as providências preventivas por parte da Administração. Dependendo da situação fática, pode ser determinada a retenção de bens ou documentos, interdição de local, (...).” José dos Santos Carvalho Filho, “Processo Administrativo Federal”, pgs. 210 e 211, Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2005*

Seja em momento antecedente à instauração (em fase de admissibilidade), seja já no curso do inquérito administrativo, é regular que a Administração prepare a obtenção de provas, preservando o sigilo que a operação pode requerer na espécie, restando incabível a declaração de nulidade com base em alegação de flagrante preparado e de que se afrontaria a Súmula nº 145 do Supremo Tribunal Federal, visto esta somente ser aplicável à instância penal.

*STF, Mandado de Segurança nº 22.373: “Ementa: O Plenário desta Corte, quando do julgamento do MS 23.442, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 17.02.2002, entendeu que a alegação de flagrante preparado é própria da ação penal e que não tem pertinência na instância administrativa.”*

*(Nota: A menção correta é Mandado de Segurança nº 23.242 e não nº 23.442)  
Idem: STF, Mandados de Segurança nº 23.242 e 23.401*

Neste rumo, aplicando-se em concreto a modelação acima exposta, não há que se cogitar de inconstitucionalidade ou de ilegalidade decorrente de prova obtida por meio de filmagem de sinais de vídeo e/ou de gravação de sinais de áudio nas instalações e dependências de trabalho e menos ainda em logradouros ou quaisquer espécies de ambientes públicos em geral. Diante da obviedade de que não se afronta a garantia constitucional de preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem quando se coletam filmagem ou gravação em qualquer espécie de local ou espaço público com afluxo coletivo de pessoas e de acesso e trânsito permitidos a qualquer um, cuida-se aqui de se concentrar na hipótese de filmagem ou gravação em recintos do órgão.

*STJ, Mandado de Segurança nº 19.329: “Ementa: 3. Não é possível considerar que tenha sido irregular a filmagem da operação que culminou com a prisão em flagrante da impetrante, uma vez que foi realizada em via pública, não sendo razoável, portanto, ser acatado o argumento de violação da intimidade.”*

Já neste foco mais específico, é lícito à Administração instalar equipamentos para captar sinais de vídeo e/ou de áudio nos ambientes da repartição, sejam aqueles de ostensivo acesso para o público em geral, sejam aqueles outros, mais reservados, de acesso e trânsito permitidos apenas a servidores. Entenda-se aqui de forma extensiva a ideia de “repartição”, abarcando tanto os recintos internos, como salas, escritórios, postos de atendimento e pontos em geral de trabalho na unidade, quanto os recintos externos, como entradas, saguões, halls, escadarias, elevadores, depósitos, garagens, etc.

Sendo todas estas instalações ou dependências circunscritas à noção de repartição, onde se presume a manutenção de comportamentos exclusivamente atinentes ao interesse do trabalho e às atribuições legais do cargo e às competências legais e regimentais do órgão, não há que se cogitar, com a filmagem ou com a gravação, de qualquer violação às garantias constitucionais preservadoras da intimidade, da vida privada, da imagem e da honra, ainda

que não haja aviso prévio da instalação dos instrumentos de captação.

Com exceção dos recintos reservados como banheiros, vestiários e refeitórios, não há ato funcional lícito que possa expor, de forma indesejada, aqueles valores constitucionalmente protegidos. A presumida e desejada regularidade dos atos funcionais não contempla a hipótese de qualquer conduta que, ao mesmo tempo em que atende e segue todos os princípios e disciplinamentos da Administração, exponha parcela de reserva pessoal que a Constituição Federal protege. Ademais, conforme já aduzido em 3.3.1.9 e em 4.4.14.2, não há garantias fundamentais estampadas no texto constitucional com o fim de proteger infrator ou de ocultar ilicitude, restando situações limítrofes em que o princípio da convivência das liberdades aponta a mitigação da proteção individual em prol do bem maior social.

*TRF da 2ª Região: Apelação Criminal nº 2000.51.01.5008445: “Ementa: 2. A gravação da própria conversa, efetuada pela vítima dos fatos, em tese, criminosos, é prova lícita, que pode servir de elemento probatório para a notitia criminis e para a persecução criminal. Precedentes do STF.”*

*Relatório: “O Ministério Público Federal denunciou (...) e (...) como incursos nas penas do artigo 317, caput, do Código Penal, na forma dos artigos 29 e 69 do mesmo estatuto, pelo fato de, em março de 1999, o primeiro denunciado ter solicitado, para si e para o segundo denunciado, vantagem indevida consistente no pagamento da quantia de R\$ 6.536,16 (seis mil, quinhentos e trinta e seis reais e dezesseis centavos), em troca da “regularização” do débito de R\$ 13.000,00 (treze mil reais) de (...) junto à Autarquia. (...)*

*Consta também da denúncia que, meses depois, ao tomar conhecimento de uma reportagem sobre fraudes praticadas contra o INSS, produzida pela Rede Globo de Televisão, (...) procurou a emissora que se dispôs a registrar o fato por ela narrado. De fato, no dia 25 de janeiro de 2000, acompanhada da repórter (...), que se fez passar por sua irmã, adentraram no Posto de Benefícios onde foi recebida por (...). Este, após breve conversa, informou que seu débito somava R\$ 17.000,00, solicitando-lhe vantagem indevida no valor de R\$ 8.500,00 para “regularizar” a situação e, ainda segundo a denúncia, a negociação transcorreu com o auxílio e a presença de (...). O episódio foi filmado e exibido no Jornal Nacional. (...)*

*O Ministério Público Federal (...) Aduziu, ainda, que é válida a prova da imagem obtida por meio de câmera oculta em repartição pública (...).”*

*Voto: “Em primeiro lugar registre-se que a jurisprudência, tanto no âmbito do Pretório Excelso, quanto do Superior Tribunal de Justiça são no sentido de que não é prova ilícita, a gravação efetuada pela vítima dos fatos, em tese, criminosos, principalmente se tratando de servidores no exercício de funções no âmbito da Administração Pública, que tem no princípio da publicidade um dos seus pilares. (...)*

*Mas a fita onde está a gravação de conversa própria não é ilícita, e ainda por cima é dotada de credibilidade quanto ao delito, porquanto confrontando os valores citados por (...) com os valores manuscritos, nota-se que eles correspondem, o que dá total credibilidade à gravação (...).”*

No caso em que a Administração instala câmera ou qualquer outro tipo de equipamento para filmar imagens e/ou para captar áudio em recinto da própria repartição, não há que se cogitar de expectativa de privacidade, tanto de servidor quanto de particular, que pudesse vir a ser violada. Ademais, também se pode interpretar que o órgão possui patrimônios material (processos, documentos, bens de consumo, equipamentos, mobiliário e demais bens permanentes) e imaterial (preservação da moralidade administrativa em seu próprio âmbito) a proteger e, nesta condição, o ente do Estado, passa a figurar como vítima ao ter esses bens jurídicos afrontados por quem quer que frequente seus recintos ou que meramente por eles transite - e destacadamente por seus próprios servidores, cuja conduta funcional deve ser marcada pela regra geral da publicidade dos atos. Daí, ao amparo da pacificada jurisprudência, sustenta-se que a filmagem ou a gravação, ainda que sem aviso prévio, de atos que afrontem círculo de bens e de direitos desta vítima que a realiza, mesmo -

ou sobretudo - sendo esta vítima o Estado, é prova válida, à margem de autorização judicial.

*STJ, Recurso em Habeas Corpus nº 14.672: “Ementa: 1. A uníssona jurisprudência desta Corte, em perfeita consonância com a do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a gravação efetuada pela vítima dos fatos, em tese, criminosos, é prova lícita, que pode servir de elemento probatório para a notitia criminis e para a persecução criminal. 2. Ademais, trata-se de gravação de funcionários públicos no exercício de sua função pública, e não de conversa particular ou sigilosa, o que afasta a incidência do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, que garante a intimidade da vida privada. 3. Recurso desprovido”.*

## 4.4.16 - Interrogatório do Acusado

### 4.4.16.1 - O Momento do Interrogatório

O interrogatório do acusado é visto, no processo disciplinar, como um ato de defesa. Como tal, deve ser o ato final da busca de convicção antes de a comissão deliberar indiciar ou propor arquivamento do feito, para que funcione, em tese, como a última oportunidade de o acusado tentar demonstrar sua inocência e não ser indiciado.

Daí, ao atingir este ponto, em que, em princípio, não se vislumbra realizar nenhum outro ato instrucional, a fim de garantir que o acusado seja o último a se manifestar na instrução, a comissão deve intimá-lo para ser interrogado. Tendo em vista que a instrução processual esteve aberta desde a notificação inicial da condição de acusado, termo em que se deu ciência do direito imediato e contínuo de peticionar pela produção de provas, não há necessidade - e nem se recomenda mesmo estimular, neste momento processual avançado, a apresentação de estratégias protelatórias por parte da defesa - de a comissão primeiramente questionar o acusado se deseja produzir mais provas antes de seu interrogatório.

Aquí, convém ponderar o mandamento do art. 159 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que diz que, após a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado. A precipitada interpretação deste dispositivo poderia levar ao equívoco de se considerar que o delimitador temporal do interrogatório seria apenas os testemunhos, podendo o acusado ser ouvido antes da eventual realização de provas materiais ou de provas de outra natureza. Obviamente, a melhor leitura advém de interpretação teleológico-sistemática, à luz do princípio constitucional da ampla defesa, que permite ao acusado ser o último a se manifestar antes da indicição (se esta vier a ocorrer), após o conhecimento de todos os fatos que lhe imputem responsabilidade por irregularidades. Daí, o interrogatório é de ser tomado após a realização de todo o tipo de prova, e não necessariamente após as inquirições de testemunhas.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 159. Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158.*

*(Nota: Art. 157. As testemunhas serão intimadas a depor mediante mandado expedido pelo presidente da comissão, devendo a segunda via, com o ciente do interessado, ser anexada aos autos.*

*Parágrafo único. Se a testemunha for servidor público, a expedição do mandado será imediatamente comunicada ao chefe da repartição onde serve, com a indicação do dia e hora marcados para inquirição.*

*Art. 158. O depoimento será prestado oralmente e reduzido a termo, não sendo lícito à testemunha trazê-lo por escrito.)*

Todavia, sem se confundir com regra, não há impedimento de se fazer um ou até mais interrogatórios prévios do acusado no início ou no curso da instrução. Esta estratégia de se

coletar interrogatório prévio pode se justificar, por exemplo, dentre outras, nas seguintes situações: em processos em que a primeira impressão é de arquivamento e a comissão tem a percepção de que esclarecimentos prévios do servidor já apontarão o rumo a tomar para a rápida conclusão da apuração; ou em processos em que as provas inicialmente autuadas e que apontam contrariamente ao servidor consubstanciam-se em documentos por ele assinados ou em acessos a sistemas por ele realizados, de forma que a prova oral, questionando a veracidade de suas assinaturas ou de seus acessos, já pode fazer com que se evite perícia grafotécnica ou apuração especial (caso ele os confirme) ou, ao contrário, com que se os realize desde logo (caso ele os negue); ou em casos em que se apura eventual enriquecimento ilícito, em que pode se mostrar relevante trazer o acusado de início para que apresente suas justificativas e possíveis origens de recursos.

Estes interrogatórios prévios não carregam nulidade para o processo, uma vez que não se afasta a realização do interrogatório ao final, tentando-se concluir a busca da convicção, conforme determina o art. 159 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Caso se intime o acusado para interrogatórios no início ou no curso da instrução, convém que a comissão registre na intimação a condição de preliminar destes atos, consignando que suas realizações em nada prejudicarão a tomada do interrogatório ao final da instrução, conforme a vontade da Lei.

*Parecer AGU nº GQ-37, vinculante: “Ementa: (...) É insuscetível de eivar o processo disciplinar de nulidade o interrogatório do acusado sucedido do depoimento de testemunhas, vez que, somente por esse fato, não se configurou o cerceamento de defesa.”*

*Parecer AGU nº GQ-177, vinculante: “Ementa: (...) Não nulifica o processo disciplinar a providência consistente em colher-se o depoimento do acusado previamente ao de testemunha.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.736: “Ementa: (...) IV. A oitiva do acusado antes das testemunhas, por si só, não vicia o processo disciplinar, bastando, para atender a exigência do art. 159 da Lei nº 8.112/90, que o servidor seja ouvido também ao final da fase instrutória.”*

*“Entretanto, nada prejudica nem impede que, para atender à conveniência instrutória do processo disciplinar, a pessoa acusada, suspeita da prática do ato inquinado de irregular, seja ouvida no curso da coleta da prova. O que a Lei, a meu sentir, torna necessário nessa hipótese é que, encerrada a coleta das provas, inclusive com a audiência de testemunhas, seja, então, ouvido, novamente, o acusado, mediante interrogatório - art. 159.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pgs. 149 e 150, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“O interrogatório, como vimos, é o último momento nessa fase de prova. Mas a comissão, na sua primeira reunião, preparatória da instrução processual, poderá deliberar por começar ouvindo exatamente o acusado. (...) devendo, depois, ser novamente ouvido em procedimento de interrogatório.” Léo da Silva Alves, “A Prova no Processo Disciplinar”, pgs. 162 e 163, Editora Lumen Juris, 1ª edição, 2003*

Ademais, o tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/12.

*Nota Técnica Coger nº 2005/12: “Ementa: Nada obsta a realização de mais de um interrogatório no decorrer da instrução do PAD, desde que seja feito um último interrogatório antes da indicição, garantindo-se, assim, o contraditório estabelecido pelo art. 159, da Lei nº 8.112, de 1990. (...)”*

De outro lado, a despeito da literalidade impositiva do art. 159 da lei nº 8.112, de 11/12/90, não se tem o interrogatório final como obrigatório, sob a ótica da condução do processo a cargo da comissão, se no decurso da instrução probatória, restou cabalmente comprovada a inocência do acusado. O princípio da eficiência supera o formalismo do rito encartado no devido processo legal para se defender que não há nulidade na deliberação

excepcional de encerrar a instrução processual dispensando de ofício a prova oral, uma vez que, cogitando-se de declaração de inocência, não se presume prejuízo à defesa. Mas, caso a defesa queira o interrogatório para deixar nos autos sua última manifestação, não cabe à comissão indeferir. Também, se a convicção favorável à proposta de arquivamento decorre apenas de insuficiência de prova condenatória, deve-se coletar o interrogatório, à vista da possibilidade de a defesa lograr comprovar sua inocência por meio de teses apresentadas na derradeira prova oral.

#### **4.4.16.2 - Atos Preparatórios**

Os procedimentos do interrogatório do acusado são, em parte, semelhantes aos da oitiva de testemunha, tanto que o art. 159 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, expressa que nele serão observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158 da mesma Lei, que tratam da oitiva.

##### **4.4.16.2.1 - Comunicações do Interrogatório**

Não vislumbrando mais nenhum outro tipo de ato de instrução (oitivas, perícias, diligências, etc) necessário ao esclarecimento do fato, deve a comissão deliberar pela realização do interrogatório do acusado. Ato contínuo, deve intimar o acusado, no prazo hábil de três dias úteis de antecedência para ser interrogado. Sendo um ato personalíssimo e de relevante interesse da defesa, recomenda-se que, se possível, a comissão tente entregar pessoalmente ao acusado a intimação para seu interrogatório. A intimação deve informar ao acusado a data, o horário e o local do interrogatório, pode reiterar seu direito de vistas dos autos dentro do horário pré-estabelecido de atendimento, na sala da comissão e convém ainda que se faça acompanhar de cópia dos autos, preferencialmente digital, complementando as cópias já entregues no curso do processo. **Na hipótese de o processo ser digital e o acusado estar na ativa (e não licenciado ou afastado), a intimação deve informar a possibilidade de os autos serem consultados a qualquer tempo, por meio da habilitação no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo).**

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.*

Não obstante esta recomendação, lembre-se que, a exemplo do que já se aduziu em **4.3.11.3** e em **4.4.3**, os atos de comunicação preparatórios do interrogatório (intimação do acusado e memorando ao seu chefe hierárquico) podem ser feitos das mais variadas formas e por diversos portadores, desde entrega pessoal por parte de um membro da comissão ou por integrante do grupo de atividades administrativas dos Escor que porventura o possuam ou ainda por qualquer servidor do Escor (desde que se preservem os sigilos da honra, imagem e privacidade e da instância disciplinar), até remessas por correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002) ou via postal.

No caso de entrega pessoal, emitem-se duas vias do ato, a fim de uma ficar com o destinatário e outra ser autuada com sua assinatura e datada. No caso de envio postal, também emitem-se duas vias, remetendo-se uma para o destinatário, com o serviço do aviso de recebimento (AR) que, após devolvido, deve ser autuado junto à outra via. No caso de envio por correio eletrônico institucional, sendo o destinatário servidor, envia-se a mensagem com os recursos de confirmação de entrega e de aviso de recebimento e solicita-se, no corpo da mensagem, que o destinatário responda confirmando o recebimento; não sendo servidor ativo o destinatário (na hipótese de acusado inativo ou ex-servidor), solicita-se, no corpo a mensagem que imprima, assine, digitalize e reenvie o ato de comunicação de volta para a comissão, com o compromisso de trazer a via original à sala da comissão.

Nunca será demais frisar que, para que um servidor seja interrogado, requer-se o óbvio pré-requisito de ter sido notificado para acompanhar o processo como acusado. Um servidor que não tenha participado do processo ou que originalmente tenha sido chamado aos autos como testemunha não pode, sem notificação inicial como acusado, ao final ser intimado para ser interrogado.

*STF, Mandado de Segurança nº 21.721, Voto: “(...) na fase instrutória do inquérito administrativo em causa, o impetrante só foi intimado e ouvido como testemunha, não lhe tendo sido assegurado, portanto, já que não figurava sequer como acusado, o direito de acompanhar os atos dessa fase, nos termos do artigo 156 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, nem foi interrogado, na forma do disposto no artigo 159 da mesma Lei. De testemunha passou diretamente a indiciado, sem ter figurado, na fase instrutória, como acusado com os direitos a ele inerentes.*

*Houve, portanto, inequívoco cerceamento de defesa, uma vez que, ao contrário do que pretendem as informações, a ampla defesa que ao artigo 153 da referida lei assegura ao acusado, com a observância do princípio do contraditório, não abarca apenas o indiciado, mas também o acusado em sentido estrito, que é a qualificação que se dá, na fase instrutória do inquérito, ao ainda não indiciado. Em outras palavras, acusado é a expressão empregada no artigo 153 em sentido amplo, para abranger o acusado em sentido estrito (o acusado ainda não indiciado, conforme resulta dos artigos 159 e 160) e o indiciado (artigos 161 e 164).”*

Após a intimação do acusado, deve-se comunicar ao titular da unidade, por meio de memorando, remetido pelo correio eletrônico institucional (dispensando-se comprovações de recebimento), que seu subordinado foi intimado para comparecer, a fim de ser interrogado, na data e horário aprazados. Conforme já aduzido em **4.4.1.4**, no caso de acusado lotado em ARF, recomenda-se que esta comunicação seja dirigida ao Agente, não sendo necessário comunicar ao respectivo Delegado.

A exemplo das comunicações prévias à oitiva de testemunha, não se antecipa ao acusado o teor de perguntas e objetivos do ato (o que se busca esclarecer) e tampouco nada se informa a seu chefe acerca do que será perguntado. O interrogatório também tem a peculiaridade da oralidade e da instantaneidade, características que lhe agrega certo grau de qualidade dinâmica na valoração final do conjunto de provas, e deve a comissão preservar tal riqueza, mantendo resguardado ao máximo o conteúdo da prova.

Para o acusado na atividade lotado ou em exercício em localidade distinta de onde deve prestar o interrogatório ou para o acusado na inatividade domiciliado em localidade distinta de onde deve prestar o interrogatório, o art. 173 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, assegura-lhe o direito de receber diárias e passagens para se deslocar a fim de ser interrogado (o deslocamento de qualquer outra espécie de acusado diferente de servidor ativo somente pode se dar sob o conceito de colaborador eventual, abordado em **4.4.16.7**). Neste caso, por previsão regimental e em extensão ao art. 13 da Portaria Coger nº 14, de 30/01/14, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) - na linha do art. 9º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21/11/13, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito do Ministério da Fazenda (MF) -, mediante provocação do presidente da comissão, incumbe ao Chefe de Escor, como autoridade instauradora, propor ao Corregedor, como ordenador de despesas, nos termos do § 1º do art. 80 do Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67, e a este decidir as questões atinentes a deslocamentos, diárias e passagens de interesse correcional.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 173. Serão assegurados transporte e diárias:  
I - ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado;*

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 208. Ao Serviço de Atividades Auxiliares - Seaux e às Seções de Atividades Auxiliares -*

*Saaux compete executar e controlar as atividades relacionadas com pessoal, apoio administrativo, gestão de documentos, patrimônio e serviços gerais.*

*Parágrafo único. Ao Seaux da Coger e à Saaux da Copei compete, ainda, executar as atividades financeiras e orçamentárias relacionadas com deslocamento de servidores e colaboradores eventuais no interesse das atividades da Coger e Copei, respectivamente.*

*Art. 285. Ao Corregedor incumbe, sem prejuízo das atribuições do Secretário da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

*VIII - autorizar viagens a serviço, relacionadas às atividades de interesse da Corregedoria; e (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 11 de dezembro de 2014)*

*IX - praticar os atos de gestão dos recursos orçamentários e financeiros destinados ao pagamento de diárias e passagens, nos deslocamentos de servidores e colaboradores eventuais no interesse da Coger. (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 9º O presidente de comissão de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes de comissão, bem como solicitar prorrogação do prazo da comissão, quando necessário.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 13. O presidente de comissão de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes de comissão, bem como solicitar prorrogação do prazo da comissão, quando necessário.*

No caso de se deliberar interrogar inativo ou ex-servidor, também é de se empregar intimação, com base nos arts. 157 e 159 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Embora esta capitulação exclusiva na Lei nº 8.112, de 11/12/90, já fosse suficiente, deve-se reforçar o chamamento agregando-se à base legal da intimação a previsão do inciso IV do art. 4º e do art. 39, ambos da Lei nº 9.784, de 29/01/99. Decerto, o que não se recomenda é o uso do termo “convite” ou da expressão “solicitação de comparecimento” para nenhuma espécie de destinatário, por expressarem forte grau de discricionariedade e de voluntariedade na decisão de atender ou não ao chamado.

O caráter alternativo da entrega da intimação do interrogatório ao acusado ou ao seu procurador e a múltipla possibilidade de meios e formas de fazê-lo validamente foram referendados pela manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 10, de 30 de outubro de 2015, desde que feita por escrito (não se aceita o comunicado meramente verbal) e com comprovação da ciência, na linha do § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 29/01/99.

*Enunciado CGU/CCC nº 10, de 2015: “Validade da notificação de atos processuais. A validade de uma intimação ou notificação real fica condicionada a ter sido realizada por escrito e com a comprovação da ciência pelo interessado ou seu procurador, independentemente da forma ou do meio utilizado para sua entrega”.*

#### **4.4.16.2.2 - A Participação de Acusado e/ou de Seu Procurador no Interrogatório de Coacusado**

Em processos administrativos disciplinares com mais de um acusado, faz-se relevante abordar a questão da participação de acusado e/ou de seu procurador no interrogatório de outro acusado. Para isto, inicialmente, convém observar os comandos da Lei nº 8.112, de

11/12/90, em seu art. 159, §§ 1º e 2º:

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 159.*

*§ 1º No caso de mais de um acusado, cada um deles será ouvido separadamente, e sempre que divergirem em suas declarações sobre fatos ou circunstâncias, será promovida a acareação entre eles.*

*§ 2º O procurador do acusado poderá assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, facultando-se-lhe, porém, reinquiri-las, por intermédio do presidente da comissão.*

A leitura do primeiro comando acima leva ao entendimento de que, em processos administrativos disciplinares em que há mais de um acusado, além de os interrogatórios serem coletados individualmente (e não em atos coletivos), também não há previsão legal para a participação de acusados nos interrogatórios uns dos outros, tendo a Lei previsto o ato instrucional específico (a acareação) para o caso de eventualmente se fazer indispensável a confrontação de declarações de defesa em prova oral. Ademais, uma vez que o ato instrucional se materializa como prova autuada com a redução a termo por escrito, conforme determina a leitura conjunta dos arts. 158 e 159 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com o art. 22, § 1º da Lei nº 9.784, de 29/01/99, a garantia do contraditório se concretiza com a prerrogativa de a defesa contestar o conteúdo do termo. Assim, a participação de um acusado no interrogatório de coacusado não só carece de previsão normativa como também é superável e a negativa a pleito de tal natureza não acarreta cerceamento ao direito de defesa e tampouco prejudica a exaustiva busca da verdade material. Na mesma linha já se manifestou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional:

*Parecer PGFN-Cojed nº 579/2010: “25. Em relação à alegação de suposta violação ao exercício do direito de defesa em decorrência da ausência de intimação para participar do interrogatório dos demais acusados, verifica-se que ela não prospera. Não existe dispositivo normativo que garanta a participação do acusado no interrogatório dos demais acusados no processo disciplinar. Efetivamente, este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (...).”*

Com maior destaque, informe-se que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que tal participação dos coacusados, mais do que desnecessária, é vedada.

*STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.716: Voto: “(...) Da análise dos autos (fl.463), vislumbra-se que, destas 25 pessoas, 9 correspondem aos acusados do referido PAD. Quanto a estes, há que se ressaltar que a Lei 8.112/90, ao estabelecer as diretrizes para desenvolvimento do processo administrativo-disciplinar, dispõe que o interrogatório dos acusados deve ser tomado em separado (...).*

*Assim, a ausência de intimação das datas em que tais interrogatórios iriam acontecer não afronta o direito de defesa, uma vez que se mostra, em regra, não só desnecessária, como também vedada, a presença dos demais acusados.*

*Logo, é dispensável a intimação do recorrente para interrogatório dos demais envolvidos, não se configurando, na espécie, cerceamento de defesa. Ressalte-se que o recorrente teve acesso à cópia de todos os depoimentos, que possibilitou o contraditório por ocasião da apresentação da defesa escrita (...).”*

Se é cristalina e inequívoca a vontade do legislador de que os interrogatórios sejam coletados sem a presença de demais acusados, restou silente o texto legal acerca da presença de eventuais procuradores dos coacusados. A elucidação de que, em instância disciplinar, *a priori*, não se cogita de ilegalidade ou de nulidade em virtude de a comissão não facultar não só aos outros acusados mas até mesmo também aos seus procuradores (ainda que advogados) o direito à presença e à participação no interrogatório do coacusado advém da leitura da jurisprudência, em diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, como os descritos

abaixo, com reflexo também na posição doutrinária:

*STJ, Mandado de Segurança nº 13.133/DF: Voto: “(...) Ausência de demonstração de prejuízo para o impetrante, decorrente da inexistência de intimação para o interrogatório dos demais acusados, ressaltando que, após o transcurso da fase probatória, apresentou defesa escrita, na qual teve oportunidade de se defender regularmente (...).”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 8.213: “Ementa: (...) É assegurado ao servidor arrolar e reinquirir testemunhas no processo administrativo disciplinar, não incorrendo em ilegalidade a negativa de sua participação ou de seu procurador no interrogatório dos demais acusados.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 8.496: “Ementa: (...) 2. Não há previsão normativa alguma que confira a prerrogativa ao advogado de presenciar o depoimento de outros acusados, no mesmo processo administrativo disciplinar, assim como de formular questões ao seu próprio constituinte.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 10.128: “Ementa: (...) 7. Não há ilegalidade na negativa da participação do impetrante ou de seu procurador no interrogatório dos demais acusados.”*

*“Como na pluralidade de acusados os interrogatórios são feitos em horários distintos, estes só podem se fazer acompanhar pelos respectivos procuradores. Assim, não se justifica que o advogado de um acusado compareça ao interrogatório de outro, que possui seu próprio advogado.” Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, “Processo Administrativo Disciplinar - Manual”, pg. 355, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

Buscando o aprofundamento da análise em tela, além da literalidade da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e da jurisprudência voltada especificamente para casos concretos no âmbito de processo administrativo disciplinar, convém trazer à tona os dispositivos do CPP, como válida fonte, uma vez que a instância processual penal, em virtude da inegável afinidade com a matéria disciplinar, serve de paradigma em diversos assuntos para esta processualística.

Assim, a princípio no mesmo rumo até aqui trilhado, o art. 191 do CPP, com redação dada pela Lei nº 10.792, de 01/12/03, contém dispositivo muito similar à primeira parte do § 1º do art. 159 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabelecendo que *“Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente”*. Não obstante, informe-se que, em razão das tutelas mais severas da instância criminal, a mesma Lei nº 10.782, de 01/12/03, também alterou o art. 185 do CPP, passando a prever que *“O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”*. Ademais, o art. 188 do mesmo Código, também com redação dada pela mesma Lei nº 10.792, de 01/12/03, ao estabelecer que *“Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”*, permite concluir que, em instância de processo penal, é possível, nos casos em que há mais de um acusado, a presença e a efetiva postulação por parte dos demais defensores - e até mesmo a eventual presença dos corréus - nos interrogatórios uns dos outros. E este entendimento tem se sobressaído na jurisprudência quando as Cortes superiores são instadas a se manifestar acerca do tema especificamente na processualística penal, sobretudo em atenção às possibilidades de tentativa de imputação de responsabilidade a outro corréu ou de delação.

*STJ, Habeas Corpus nº 198.668: “Ementa: 3. Para o ato do interrogatório nas ações penais com pluralidade de réus, o Código de Processo Penal prevê apenas que estes devem ser interrogados separadamente, o que não significa, por si só, que a inquirição complementar seja feita apenas pelo próprio defensor e pelo órgão acusatório, sob pena de ofensa ao contraditório e à paridade de armas que deve ser resguardada no processo penal. 4. Não há no Código de Processo Penal nenhum comando proibitivo à participação do*

*defensor do corréu no ato do interrogatório, estabelecendo o seu artigo 188, com a redação dada pela Lei n. 10.792/03, que 'Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará as partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante', razão pela qual não é dado ao intérprete restringir esse direito, que tem assento em princípios constitucionais."*

De um lado, é certo que a possível extensão, para a processualística disciplinar, do dispositivo do art. 188 do CPP, que concede ao defensor da parte (seja ele um advogado constituído, seja ele um defensor nomeado) o direito de postular não só no interrogatório do seu próprio acusado mas também no interrogatório do corréu, significaria um atendimento amplo, abrangente e extensivo das garantias de ampla defesa e de contraditório a favor dos coacusados em processo administrativo disciplinar, além até do que expressamente estabelece o Estatuto, o que jamais suscitaria críticas à comissão processante e à Administração.

Mas, por outro lado, na questão em tela, deve-se temperar o ímpeto de fazer refletir no processo administrativo disciplinar a integralidade de dispositivos do CPP. Primeiramente porque há relevantes diferenças entre as instâncias processuais, tanto de contexto quanto de agentes. No processo administrativo disciplinar, conduzido por uma comissão composta por servidores estáveis, não há a figura do magistrado, com todos os poderes em que se investe o membro do Poder Judiciário, inegavelmente mais capazes de conduzir a presidência da prova oral, de zelar por interesses eventualmente distintos de partes conflitantes, de manter a ordem no recinto e de inibir ou de coibir comportamentos inadequados ou exagerados dos presentes ao ato instrucional, seja quando estes tentam constranger ou intimidar, seja quando se mancomunam para aliciar ou combinar estratégias.

Ademais, enquanto no processo disciplinar sequer é obrigatória a constituição de procurador e muito menos que este seja um advogado (conforme sedimentado pela Súmula Vinculante nº 5, do Supremo Tribunal Federal), no processo penal, a presença do defensor técnico - constituído ou nomeado - é obrigatória e somente este agente da defesa possui a capacidade postulatória (diferentemente do processo administrativo disciplinar, em instância processual penal, o acusado não possui capacidade postulatória). Daí porque, no processo penal, além das maiores cautelas em vista da relevância ímpar do bem jurídico tutelado (a liberdade do acusado), a presença e a atuação do defensor no interrogatório do corréu mereceram maior atenção e interesse por parte do legislador. Decerto, quando o art. 188, em conjunto com o art. 185, ambos do CPP, menciona indagação "das partes", refere-se aos advogados (ou Defensores Públicos), obrigatoriamente presentes ao ato pelo lado das defesas, e ao membro do Ministério Público, no polo da acusação.

Assim, sem jamais perder de vista que o § 1º do art. 159 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, determina que os acusados devam ser interrogados um a cada vez e não em conjunto em ato único, de imediato, a análise acerca da possibilidade de extensão do comando do art. 188 do CPP para o processo administrativo disciplinar deve se iniciar com a percepção da necessidade de se flexibilizar, para uma compreensão mais abrangente, em razão da capacidade de postulação em instância disciplinar tanto do próprio acusado quanto de seu facultativo procurador e de este ser ou não advogado.

Não obstante tais possibilidades, *a priori*, ratifica-se que não há previsão na Lei nº 8.112, de 11/12/90, para que os demais acusados e seus eventuais procuradores (advogados ou não) sejam notificados de ofício pela comissão, sem provocação das defesas, do interrogatório do coacusado e muito menos para que participem e apresentem perguntas naquele ato. Como forma de, sem proceder à notificação dos demais coacusados (com o que se poderia interpretar como chamamento ao ato), a comissão ao mesmo tempo não se expor à crítica de não ter expressado nos autos as datas de todos os interrogatórios, pode o colegiado indicar na ata de deliberação as datas de toda a rodada de provas orais a serem coletadas dos acusados e fornecer cópia integral dos autos juntamente com as intimações para os interrogatórios, suprindo, então notícia ao conjunto de acusados acerca das datas de todos os interrogatórios.

Todavia, reiterando que tanto a instância disciplinar quanto a instância penal ambas são ramos do Direito público punitivo e, como tal, guardam afinidades em seus princípios reitores e nas fontes informadoras, reconhece-se que não é incomum a jurisprudência evoluir em seus entendimentos para o processo administrativo disciplinar e neles também vir a sedimentar teses e institutos aplicáveis ao processo penal.

Assim, diante do tema sob análise, pode-se aceitar que, caso os outros acusados e/ou seus procuradores manifestem antecipadamente intenção de participar do interrogatório de um coacusado ou compareçam no momento da realização do ato, deve a comissão, na lacuna da Lei, questionar ao interrogado se este considera prejudicial à sua defesa a participação (termo que aqui agrega não só a simples presença física no ato mas também a possibilidade de reinquirir o interrogado ao final) daqueles demais interessados. Refinando a questão, pode a comissão desdobrar o questionamento acerca da participação unicamente de acusados, unicamente de procuradores ou de ambos, já que pode haver objeção apenas à participação dos primeiros e não dos últimos.

De um lado, caso o servidor a ser interrogado manifeste se opor à participação dos demais acusados e de seus procuradores ou apenas dos coacusados ou ainda apenas dos seus procuradores, deve a comissão acatar, homenageando e privilegiando a proteção dos direitos de defesa deste que prestará a prova oral, e comunicar o indeferimento aos demais postulantes cuja participação o interrogado não consentiu. De se destacar que, nesta hipótese de denegar a participação, a comissão não incorre em ilegalidade e tampouco inquina o feito com nulidade por cerceamento de direito de defesa, pois o faz com respaldo na literalidade da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e sob amparo das específicas manifestações jurisprudenciais.

Por outro lado, caso o servidor a ser interrogado manifeste não se opor à participação dos outros acusados e de seus procuradores, ou apenas dos acusados ou apenas dos procuradores, pode a comissão deferir a presença e a efetiva participação daqueles cuja presença o interrogado consentiu. Nesta hipótese do deferimento à participação, de acordo com a procedimentalização reinante em processo administrativo disciplinar, por força do § 1º do art. 156 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, as perguntas dos demais acusados e/ou de seus procuradores devem ser formuladas ao presidente, para que este, à vista do objetivo de elucidar o fato e da sua prerrogativa de indeferir as intervenções protelatórias, impertinentes ou sem relação com o objeto da apuração, decida se as repassa ao interrogado.

*“Quanto à possibilidade ou não do procurador de um acusado assistir ao interrogatório de outro servidor, cabe à comissão decidir, de acordo com o caso concreto e suas peculiaridades, se deve apenas fornecer cópia do termo ao término de todos os interrogatórios, ou se permite a presença do procurador no ato. Em se permitindo a presença do procurador de outros acusados, não será permitido que ele se utilize da palavra para questionar o interrogado. Além disso, é possível que a comissão consulte o interrogado se este se opõe à presença do outro procurador. Em caso positivo, é recomendável que a comissão não permita a presença do procurador.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 215, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Ademais, ainda nesta linha de exceção, também é de se ressaltar que não se afasta a garantia constitucional de o acusado não ser constrangido ou coagido a responder a perguntas de coacusados e/ou de seus procuradores que julgue autoincriminatórias ou prejudiciais à sua linha de defesa, podendo clamar pela prerrogativa de manter-se em silêncio.

Em todo caso, havendo mais de um acusado, independentemente de haver ou não intenção de acusado participar do interrogatório de coacusado, convém, sempre que possível, que a comissão realize os interrogatórios um após o outro, em um mesmo dia, de forma a diminuir a possibilidade de prévio conhecimento das perguntas, buscando preservar ao

máximo a prova oral. E, mais especificamente, na hipótese de a comissão já antever a possibilidade de presença de um acusado no interrogatório de outro, pode o colegiado valer-se da estratégia de iniciar um interrogatório logo em seguida ao término do outro, aproveitando a presença dos diferentes acusados.

#### 4.4.16.3 - Não Comparecimento do Acusado

Na hipótese de o acusado, apesar de regularmente intimado, não comparecer para o interrogatório na data e horário aprazados, após ter-se aguardado por no mínimo trinta minutos, deve a comissão registrar o incidente em termo de não comparecimento. Por ser o interrogatório um ato de interesse da defesa, convém que a comissão tente nova data. Se, por fim, o acusado abrir mão de seu direito e novamente deixar de comparecer sem motivo, pode a comissão deliberar a retomada do curso do processo sem interrogá-lo e esta ausência, por si só, não configura afronta a dispositivo estatutário. Conforme já aduzido em 4.4.1.3, embora se utilize da intimação para comunicar a data e o horário do interrogatório ao acusado, aqui não se aplica representação e muito menos qualquer tipo de sanção pelo não comparecimento ao ato de interesse da própria defesa.

Destaque-se que, a rigor, tendo havido a regular intimação, caso o servidor não compareça e sequer forneça à comissão qualquer justificativa que pudesse inferir sua vontade de prestar a prova oral em data posterior, é lícito ao colegiado, já desde esta primeira e única ausência, supor o desinteresse da defesa e, mesmo sem reiterar o chamamento, prosseguir no rito. Assim se manifestou a Advocacia-Geral da União, no Parecer AGU nº GQ-102, não vinculante:

*“17. A Lei nº 8.112, de 1990, não condicionou a validade do apuratório à tomada do depoimento do acusado, nem a positividade das normas de regência autoriza a ilação de que este configura peça processual imprescindível à tipificação do ilícito. A falta do depoimento, no caso, deveu-se à conduta absenteísta do servidor quando intimado a prestar esclarecimentos (...).”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.066, Voto: “De todo o exposto, resulta que o impetrante não foi interrogado pela comissão processante, porque recusou-se, por vinte vezes, a comparecer ao local designado, a despeito de estar gozando de perfeita saúde, em determinadas ocasiões.*

*Em consequência, não há falar em cerceamento de defesa, sendo certo, ainda, que a eventual nulidade do processo, por esse motivo, não poderia ser aproveitada pela parte que lhe deu causa.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 18.090: “Ementa: 7. A Comissão Processante diligenciou no sentido de colher o depoimento pessoal do impetrante, o qual somente não se realizou pelo seu não comparecimento, por duas vezes, sendo que na segunda, o depoimento havia sido marcado para Teixeira de Freitas/BA, conforme solicitação do próprio impetrante, o qual, todavia, não compareceu à audiência. Assim, correto o procedimento da Comissão em dar seguimento ao processo administrativo, haja vista que não poderia ficar aguardando indefinidamente pela disposição do impetrante em prestar o seu depoimento.”*

*“Se o acusado, regularmente intimado, não comparecer para submeter-se ao interrogatório, o processo deverá seguir seu curso normal. Neste caso, a lei não oferece qualquer recomendação e nem determina providência intercorrente, necessária ao seguimento normal do processo disciplinar.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 162, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

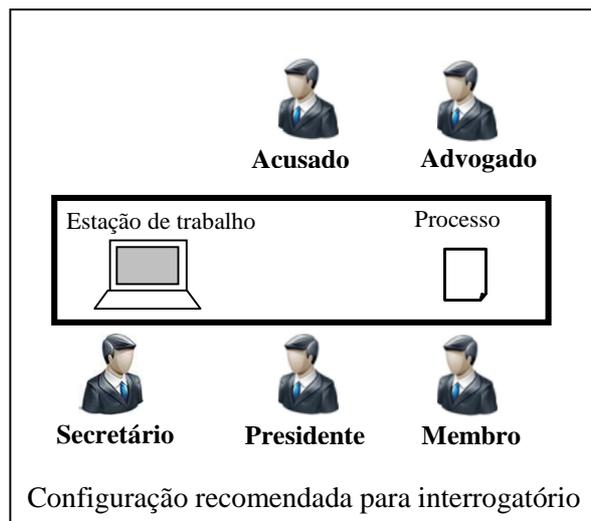
*“Na verdade, em que pese a sua importância, o interrogatório não é um ato indispensável. Se assim fosse, não se poderia continuar o processo contra acusado revel (ou aquele que, no processo disciplinar, mostra-se indiferente desde a instauração). Todavia, essa é uma situação excepcional. Se o acusado*

*for passível de localização, há que ser intimado; estando presente, há que ser interrogado. (...)*

*Conclusivamente, podemos dizer que se o interrogatório não se dá porque o acusado não compareceu, o ato poderá ser dispensado sem consequências fatais (...).” Léo da Silva Alves, “A Prova no Processo Disciplinar”, pgs. 52 e 53, Editora Lumen Juris, 1ª edição, 2003*

*“Se o acusado, conquanto intimado, deixar, sem justa causa, de comparecer ao ato de interrogatório, deve o processo disciplinar prosseguir seu curso normalmente, sem que da ausência resulte qualquer conclusão adversa ao servidor (art. 29, Lei federal nº 9.784/1999)” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pg. 534, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

O ato em si obedece ao sistema presidencialista, ou seja, a rigor, é conduzido pelo presidente da comissão. Cabe ao presidente dirigir a palavra ao interrogado e reduzir a termo os fatos ocorridos para que o secretário digite o termo de interrogatório, ressalvada autorização do presidente aos outros membros. Mas, na prática, é perfeitamente compreensível e até recomendável que se mitigue este formalismo exagerado, sendo pertinente que os vogais se dirijam diretamente ao acusado. De toda sorte, importante é que a comissão combine previamente sua forma de agir, se mais ou se menos formal, a fim de evitar surpresas e constrangimentos na hora do ato. O termo deve ser digitado em texto corrido, sem espaços em branco, parágrafos e rasuras.



#### **4.4.16.3.1 - Possibilidade de Gravação de Interrogatórios**

Quanto à possibilidade de se gravar ou não o interrogatório, reporta-se ao já exposto em 4.4.4.2.1, em que se abordou a questão de gravação de oitivas de testemunhas, cabendo apenas acrescentar àquele arrazoado menções também ao art. 159 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao lado do art. 158 da mesma Lei, e ao *caput* do art. 460 do CPC, visto terem similares comandos, dispondo que os interrogatórios, tanto na processualística disciplinar quanto na civil, seguem os respectivos procedimentos previstos para as oitivas de testemunhas.

Não por acaso, aquele tópico foi redigido de forma mais genérica e abrangente possível, em termos de “provas orais”, de forma que, aqui, para o incidente da gravação observado no interrogatório do acusado, se estendem e se aproveitam as mesmas conclusões a que se chegou quando se enfrentou o tema para as oitivas de testemunha.

*Orientação Coger nº 1*

*Não havendo previsão legal para gravação de provas orais em instância disciplinar, cabe à comissão reduzir a termo por escrito como forma de*

*registrar-las; e as gravações e as transcrições unilateralmente realizadas pelo acusado ou por seu procurador poderão ser juntadas aos autos e, caso mencionadas pela defesa, devem ser livremente apreciadas pelo colegiado.*

#### **4.4.16.4 - Arguições Preliminares**

##### **4.4.16.4.1 - Cláusula da Não Autoincriminação**

Iniciados os trabalhos, a primeira providência é o presidente coletar do acusado seus dados de identificação (nome, endereço, documento de identidade, CPF, estado civil, naturalidade, idade, filiação, cargo e lugar onde exerce a sua atividade e experiência no órgão) e registrar, se for o caso, a presença de seu procurador. Depois de cientificar o servidor da acusação que contra ele paira, o presidente o informará da prerrogativa constitucional do direito de permanecer calado e de que tal postura não lhe importará prejuízo.

Destaque-se o alerta de que as preliminares do interrogatório do acusado jamais podem ser confundidas com as preliminares da oitiva de testemunha.

Uma vez que é garantia constitucional o direito de ficar calado para não se autoincriminar, não se exige do acusado o compromisso com a verdade. E como seria contraditório que o ordenamento prevísse repercussões negativas para quem exercita uma garantia constitucional, foi revogado o dispositivo do CPP que indicava que o silêncio do acusado poderia constituir elemento para a formação de convicção da autoridade julgadora.

Ou seja, o direito de não responder perguntas que possam lhe incriminar, além de não poder ser considerado pela comissão como confissão, atualmente também já não mais pode ser interpretado em prejuízo da defesa.

*CF - Art. 5º*

*LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;*

*CPP - Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 01/12/03)*

*Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 01/12/03)*

Assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal, na ementa do *Habeas Corpus* nº 68.929.

*“(…) Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. ‘Nemo tenetur se detegere’. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal”.*

*Idem: STF, ‘Habeas Corpus’ nº 68.742 e 71.421*

Por outro lado, a declaração de nulidade em decorrência da ausência de tal aviso no início do interrogatório somente se justifica quando se verifica efetivo prejuízo à defesa no caso concreto.

*STJ, Mandado de Segurança nº 8.496: “Ementa: 8. Quanto à infringência, pelas Comissões Processantes, do direito constitucional do acusado de permanecer calado, tendo em vista que aquela o advertiu que o silêncio poderia constituir elemento de convicção da autoridade julgadora, infere-se que tal agir não induziu o acusado a se auto-acusar ou a confessar, pelo que há de prevalecer o princípio ‘pas de nullité sans grief’, segundo o qual não se declara a nulidade sem a efetiva demonstração do prejuízo.”*

#### **4.4.16.4.2 - Ausência do Procurador**

À vista da cláusula constitucional da não autoincriminação, o interrogatório é de ser compreendido, em síntese, precipuamente, como um ato de interesse da defesa. Constituindo-se o interrogatório um ato personalíssimo do acusado, não gera nulidade, vez que não afronta a garantias de ampla defesa e do contraditório, o fato de a comissão tê-lo tomado sem a presença do procurador.

A questão de não se ter acompanhamento técnico no ato do interrogatório insere-se como um caso específico da discussão sobre designação ou não de defensor *ad hoc* ou dativo para acompanhar ato instrucional, já abordada em **4.3.6.3**.

Aqui, neste momento processual específico, além de se preservarem absolutamente válidos e aplicáveis os entendimentos esposados em **4.3.6.3** (de que o contraditório é uma prerrogativa que se faculta ao interessado, conforme arts. 156 e 159, § 2º da Lei nº 8.112, de 11/12/90; de que pode ser exercitado pessoalmente ou por meio de procurador; e de que a omissão da parte devidamente notificada não impede a realização do ato), ainda mais clara é a leitura, porque expressa na Lei, de que o procurador poderá acompanhar o interrogatório, sem caráter impositivo ou condicional.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 159.*

*§ 2º O procurador do acusado poderá assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, facultando-se-lhe, porém, reinquiri-las, por intermédio do presidente da comissão.*

Desde que regularmente intimado o acusado a prestar o interrogatório, a ausência do seu procurador não pode valer como impeditivo para a realização do ato. A tese em contrário, além de forçar o entendimento enviesado de que o contraditório seria impositivo, necessitaria de que o legislador tivesse registrado no art. 159, § 2º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que “o procurador deverá assistir ao interrogatório”, ao invés de “poderá”.

Daí, sendo o assessoramento uma faculdade garantida ao acusado, deve por ele ser providenciado, se assim quiser. Não cabe à comissão exigir a presença de procurador para o interrogatório, tampouco se cogita de designar defensor *ad hoc* ou solicitar designação de defensor dativo para acompanhar o acusado e nem deixar de realizar o ato sem o patrono. E, neste rumo, já se manifestaram a Advocacia-Geral da União e a jurisprudência:

*Parecer AGU nº GQ-99, não vinculante: “15. O regramento do inquérito administrativo é silente quanto ao comprometimento do princípio da ampla defesa, advindo, daí, vício processual insanável, na hipótese em que o acusado seja ‘interrogado (fls. 125/126) sem se fazer acompanhar de advogado por ele constituído ou dativo designado pela Presidente da Comissão Processante’. ‘De lege lata’, esse é cuidado de que deve cercar-se o servidor, a seu talante, sem que constitua qualquer dever da c.i., por isso que não dimanante de lei, como se faria necessário, dado o princípio da legalidade que deve presidir a atuação do colegiado, ‘ex vi’ do art. 37 da Carta.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 15.837: “Ementa: 6. Não gera a nulidade do ato o fato de o impetrante, intimado com antecedência, não se fazer acompanhar por advogado no momento do seu interrogatório, conforme*

*assentado pela Súmula Vinculante n. 5 do Supremo Tribunal Federal, até porque desde o início apresentou-se como defensor de si, pois é advogado devidamente habilitado, tendo, inclusive, subscrito sua defesa escrita (fls. 274-328e) e o presente writ.*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/6.

*Nota Técnica Coger nº 2005/6: “Ementa: (...) Também não cabe a designação de defensor dativo caso o acusado seja interrogado sem a presença de seu procurador. (...)”*

Nem mesmo a consideração da atual redação do art. 185 do CPP, dada pela Lei nº 10.792, de 01/12/03, ampara a tese da obrigatoriedade da presença do procurador do acusado no interrogatório coletado no processo administrativo disciplinar. O mandamento legal citado assim estabelece:

*CPP - Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 01/12/03)*

É sabido que, com as devidas cautelas, pode-se, em caso de omissão na Lei nº 8.112, de 11/12/90, e também na Lei nº 9.784, de 29/01/99, integrar lacuna do rito disciplinar, trazendo institutos do CPP. Mas igualmente é cediço que tal forma de integração somente é aceita quando a norma mais específica não abordou a matéria. E, conforme esclarecido linhas acima, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, no § 2º do art. 159, tratou do assunto, ao prever a possibilidade de acompanhamento do procurador. A Lei específica não se quedou omissa. Desta forma, não se tem autorização na Hermenêutica para fazer prevalecer a leitura do art. 185 do CPP, ainda que mais recente, em detrimento do dispositivo mais específico.

Tampouco cabe eleger interpretação que se extrairia do comando do inciso XXI do art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), em razão do qual se condicionaria a validade do interrogatório à presença do advogado, visto aquele dispositivo legal conferir direitos do profissional e não estabelecer deveres ou obrigações vinculantes.

*Lei nº 8.906, de 1994 - Art. 7º São direitos do advogado:  
XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016)  
a) apresentar razões e quesitos; (Incluída pela Lei nº 13.245, de 2016)*

#### **4.4.16.5 - O Interrogatório em Si e a Possibilidade de Confissão**

Encerradas todas as preliminares, passa-se às perguntas, em que o servidor será interrogado sobre os fatos e circunstâncias objeto do processo administrativo e sobre a imputação que lhe é feita. Convém que a comissão já tenha preparado previamente as perguntas que intenciona fazer (sem prejuízo de serem incluídas outras ou de algumas serem excluídas ou modificadas com o curso do interrogatório). Este planejamento prévio é fundamental para a boa realização da prova oral. Deve a comissão cuidar de rascunhar perguntas simples, curtas, de fácil compreensão, sem construções dúbias e sem inserir dois ou mais questionamentos em um único quesito. Também convém evitar perguntas negativas, que já facilitam a resposta em negação do acusado, e perguntas que já incluem qualquer tipo de indução a favor de determinada resposta. A comissão deve organizar suas perguntas partindo de questionamentos mais genéricos e abertos e que permitem explanações mais longas e opinativas do acusado ao provocá-lo a descrever ou a explicar fatos, inclusive trazendo

informações desconhecidas pelo colegiado, para questionamentos mais específicos e diretos (a exemplo de “o que”, “quem”, “quando”, “onde”, “como”, “por que”), sejam de prévio interesse por parte da comissão, sejam sobre as novas informações trazidas nas respostas mais longas e espontâneas.

Esta linha crescente de aprofundamento e de especificação das perguntas, iniciadas com questões mais genéricas, também indica a impertinência de, já de imediato, expor o acusado a confrontações ou a embates sobre temas sensíveis ou críticos, sem prejuízo, obviamente, de, no decorrer das perguntas e das respostas, no momento estrategicamente desde antes planejado ou que se revela na dinâmica do ato adequado para fazê-lo, apresentar provas autuadas que contradizem o que o servidor tenta fazer crer. É fundamental que, no momento em que estrategicamente se demonstrar necessário, a comissão exponha ao acusado o controle da condução da prova oral e sobretudo a percepção dos indícios de sua insinceridade, confrontando-o com elementos autuados divergentes de suas respostas.

Da mesma que a oitiva de testemunha, pela mesma natureza de ser prova oral, o interrogatório será prestado oralmente, sendo vedado ao interrogado trazer suas respostas por escrito, até porque nem sabe antecipadamente o que lhe será perguntado (sem prejuízo de se permitir consultas a apontamentos, em aplicação extensiva do art. 204 do CPP). Reitere-se que, além da oralidade, o interrogatório marca-se também pela característica da instantaneidade.

Pode inclusive se fazer necessário que o presidente solicite ao acusado que manifeste se reconhece ou não objetos, documentos ou pessoas relacionados com o fato a se apurar. Sobretudo no caso de pessoas, se operacionalmente for possível, recomenda-se que este reconhecimento seja feito em um outro ato específico, antes do interrogatório (que é um ato reservado e com o qual se encerra a instrução probatória) e não no seu curso, sendo materializado nos autos por meio de termo próprio - termo de reconhecimento.

*CPP - Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:*

*I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;*

*II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;*

*III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;*

*IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.*

*Parágrafo único. O disposto no inciso III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.*

*Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.*

*Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.*

*“Não se refere (...) a lei ao reconhecimento de pessoa ou coisa. O reconhecimento visa a apontar o autor ou o objeto utilizado na infração em inquérito. É prudente que ocorra o reconhecimento quando existe dúvida sobre a identidade do acusado, ou de locais ou de objetos diretamente envolvidos com a irregularidade em apuração.*

*A Comissão tem o direito e, mais ainda, o dever de promover a requisição de coisas que sejam indispensáveis ao esclarecimento da questão. Ou mesmo de requisitar a presença de pessoa - servidor para que haja o seu devido*

*reconhecimento com o mesmo objetivo.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 135, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

As perguntas previamente elaboradas em conjunto pela comissão (aqueles questionamentos mais genéricos seguidos de questionamentos mais específicos) devem ser apresentadas pelo presidente com precisão e habilidade. Relembre-se o já aduzido em **4.4.1.2**, no sentido de que esta postura presidencialista não é levada a rigor na espontânea participação dos dois vogais, podendo estes membros apresentar quesitos complementares a qualquer momento e diretamente ao acusado. A comissão empregará, ao longo de toda a oitiva, tom neutro, não lhe sendo lícito usar de meios que revelem coação, intimidação ou invectiva. Em certos casos, em razão da dinâmica e dos rumos imprevisíveis que possa tomar o ato de prova oral, pode o presidente ou qualquer vogal (sobretudo o membro que não é presidente e que também não é secretário) inserir perguntas que ratifiquem ou retifiquem informações já constantes dos autos ou já prestadas pelo acusado, a fim de avaliar sua coerência e credibilidade, sobretudo em situações em que se detecta o emprego de respostas evasivas ou vagas e contradições ou inverdades. Pode ainda a comissão lançar mão da estratégia de instigar o acusado com pergunta que sugere ou afirma a existência de indícios de cometimento de conduta irregular, à vista de provas já obtidas ou até mesmo passíveis de serem obtidas.

Em **4.4.4.5**, foram abordados diversos aspectos verbais e não verbais extraíveis da prova oral. Embora aquela apresentação tenha se referido à oitiva de testemunha, com as devidas adequações de, ali, onde se lê “depoente”, passe-se a ler “acusado”, remete-se à integral leitura daquele tópico, por serem também pertinentes ao interrogatório todas aquelas recomendações.

Cabe também ao presidente reduzir a termo as respostas, cingindo-se o mais fielmente possível às expressões e frases empregadas pelo acusado. O presidente deve encontrar a medida exata entre, por um lado, não interromper demasiadamente o interrogado, interferindo na sua concatenação lógica de ideias e raciocínio, e por outro lado, não deixar o acusado falar ininterruptamente por longo tempo, pois ao final terá dificuldade para se lembrar de tudo. Convém então combinar previamente com o acusado que, em caso de resposta mais longa, serão feitas pausas espaçadas para reduzir a termo. Pode-se, inclusive, ao final de uma resposta mais longa, solicitar ao secretário que leia o texto digitado em voz alta, a fim de o acusado ratificar ou corrigir. Mais que isto, para assegurar a necessária garantia do ato e até mesmo para tentar inibir exageradas contestações ou solicitações de retificação quando da leitura final do termo, recomenda-se que a comissão adote a praxe, previamente informada, de ler em voz alta cada pergunta e resposta consignadas.

Caso o acusado adote a postura de não responder, convém que a comissão formule pergunta por pergunta (inclusive entremeando com algumas perguntas simples e não incisivas) e registre o silêncio a cada resposta, a fim de deixar consignado tudo o que se queria questionar, não sendo conveniente fazê-lo de forma genérica, para todas as perguntas de uma só vez.

Incumbe ao presidente zelar pela manutenção da ordem, de forma a não permitir que o procurador interfira nas perguntas da comissão e nas respostas do interrogado. Aqui, de um lado, a ação de interferir deve ser compreendida como interceder, interromper, obstruir, evitar ou tentar substituir a espontaneidade do interrogado; mas, de outro lado, não se confunde com válidas contribuições pontuais, de pequenos acréscimos ou ajustes nas respostas manifestadas pelo interrogado. Ademais, a vedação à interferência, por parte do procurador, no ato da formulação das respostas pelo acusado em nada prejudica o exercício de direito de reinterrogar ao final do ato, conforme adiante se abordará, visto aqui estar se falando de dois momentos distintos. Caso o procurador queira interferir indevidamente no ato, deve o presidente impedir, registrando o incidente no termo; na reiteração, pode o presidente advertir com a possibilidade de determinar que o procurador se retire do recinto, também com o

devido registro no termo. Obviamente que esta prerrogativa deve ser evitada, tentando-se ao máximo contornar a situação e conduzir de forma serena o ato, sem precisar chegar a tal providência extremada. Mas, se for necessário, após solicitar a retirada do procurador, caso não se retire espontaneamente, a comissão deve solicitar à segurança ou vigilância que o retire do recinto.

*“Ato personalíssimo por excelência que é, inadmite o interrogatório a interferência de qualquer pessoa, inclusive do advogado constituído pelo interrogando.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 227, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Como mera recomendação, convém reproduzir no termo de interrogatório as perguntas, bem como numerá-las, para facilitar o entendimento das respostas e a posterior remissão no relatório, não havendo, porém, impedimento de, nos moldes do processo judicial, se transcrever apenas as respostas, com ou sem numeração.

Após o presidente fazer as perguntas previamente elaboradas pela comissão, passa-se a palavra aos vogais para que, se quiserem, formulem novas perguntas - sem prejuízo de, no curso do interrogatório, os vogais inserirem perguntas a qualquer momento. Embora, a rigor, se pudesse se cogitar de os vogais fazerem as perguntas primeiramente ao presidente a fim que este as repassasse ao acusado, na prática, não convém seguir tamanho formalismo, pois além de desnecessário e improdutivo, ainda interrompe a dinâmica do ato e prejudica a espontaneidade da resposta, por permitir, quando for o caso, que o acusado tenha tempo maior para formular o que responder.

Ao final das perguntas da comissão, deve o presidente passar a palavra ao acusado, para que este acrescente o que quiser acerca do fato apurado. Aliás, não se despreza esse momento, pois, em um clima já menos tenso e com maior propensão ao relaxamento e à espontaneidade, pode o depoente acrescentar novos fatos ou novas versões.

Embora o § 2º do art. 159 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não confira ao procurador o direito de formular questões a seu próprio constituente após as perguntas da comissão (se a literalidade normativa tivesse estendido ao procurador o direito de reinquirir não só as testemunhas mas também seu cliente, teria facultado-lhe “*reinquiri-los*” e não “*reinquiri-las*”), se admite - e até se recomenda - que o colegiado, desde que atente para as peculiaridades de cada processo concretamente e à forma de atuar de cada defesa, em extremo respeito ao princípio da ampla defesa, acate eventual solicitação do procurador para, mediante apreciação do presidente (a quem cabe, à vista do objetivo de elucidar o fato e com base no art. 156, § 1º, da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a prerrogativa de denegar perguntas irrelevantes, repetitivas, impertinentes - mas, como já aduzido em **4.4.1.5**, deve usar este poder com muita cautela e ainda mais diante de perguntas feitas pelos integrantes da comissão, que deve sempre transparecer uniformidade e coerência). Assevera-se que esta postura da comissão, de permitir perguntas formuladas pelo procurador, ainda que não expressamente positivada, sendo favorável à defesa, não inquina de qualquer vício o ato de interrogatório.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 159.*

*§ 2º O procurador do acusado poderá assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, facultando-se-lhe, porém, reinquiri-las, por intermédio do presidente da comissão.*

*STJ, Mandado de Segurança nº 8.259: “Ementa: (...) 9. A lei faculta ao procurador do acusado a reinquirição tão somente das testemunhas (artigo 159 da Lei 8.112/90).”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 8.496: “Ementa: (...) 2. Não há previsão normativa alguma que confira a prerrogativa ao advogado de presenciar o depoimento de outros acusados, no mesmo processo administrativo disciplinar, assim como de formular questões ao seu próprio constituente.”*

*“Acerca da possibilidade do procurador formular perguntas ao seu cliente interrogado, após as perguntas do presidente e dos vogais, entende-se que a redação do § 2º do art. 159 da Lei nº 8.112/90 não contemplou tal possibilidade, haja vista que em sua redação facultou “reinquri-las”, referindo-se, portanto, somente às testemunhas.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 218 e 219, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

*“O impedimento ao defensor de formular perguntas ao interrogado consta, ainda, no art. 159, § 2º, do Estatuto Federal - Lei nº 8.112/90. É verdade que a redação é confusa, mas uma leitura atenta mostra que o legislador, seguindo a regra do processo penal, permite ao defensor o acompanhamento das audiências, podendo reinquirir somente as testemunhas (e declarantes). Não participa, portanto, com perguntas ao interrogado.*

*(...) o procurador pode reinquiri-las; ou seja, reinquirir a elas, as testemunhas, não ao acusado” Léo da Silva Alves, “A Prova no Processo Disciplinar”, pgs. 82 e 104, Editora Lumen Juris, 1ª edição, 2003*

*“O procurador do acusado não lhe faz perguntas. O que a comissão deve fazer é no final do interrogatório perguntar ao acusado se tem mais alguma coisa que queira esclarecer ou acrescentar.” Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, “Processo Administrativo Disciplinar - Manual”, pg. 114, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

#### *Orientação Coger nº 13*

*Em instância disciplinar, embora não haja previsão legal, pode a comissão, à vista das peculiaridades do caso concreto, permitir perguntas do procurador a seu próprio constituínte; mas não lhe cabe, em processos com mais de um acusado, notificar, de ofício, as demais defesas para que compareçam e participem do interrogatório do coacusado.*

E caso a comissão, nos termos já expostos em **4.4.16.2.1**, adote esta postura amparada pela base principiológica e alinhada com o art. 188 do CPP, em detrimento da interpretação literal do art. 159 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, obviamente, por coerência, passará a palavra não só ao procurador do próprio acusado, a fim de dirigir perguntas, por intermédio do presidente, mas também a outro acusado e a outro procurador porventura presente, assegurando-se a manutenção dos direitos do interrogado de manter-se em silêncio diante de pergunta que entenda que a resposta o autoincriminará.

*CPP - Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará as partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 01/12/03)*

*STJ, Habeas Corpus nº 198.668: “Ementa: 3. Para o ato do interrogatório nas ações penais com pluralidade de réus, o Código de Processo Penal prevê apenas que estes devem ser interrogados separadamente, o que não significa, por si só, que a inquirição complementar seja feita apenas pelo próprio defensor e pelo órgão acusatório, sob pena de ofensa ao contraditório e à paridade de armas que deve ser resguardada no processo penal. 4. Não há no Código de Processo Penal nenhum comando proibitivo à participação do defensor do corréu no ato do interrogatório, estabelecendo o seu artigo 188, com a redação dada pela Lei n. 10.792/03, que ‘Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará as partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante’, razão pela qual não é dado ao intérprete restringir esse direito, que tem assento em princípios constitucionais.”*

Deve-se registrar no termo de interrogatório todos os fatos efetivamente ocorridos ao

longo do ato. O termo deve ser o mais fiel à realidade possível. Assim, todos os incidentes, interferências, advertências verbais e as abstenções de fazer uso da palavra, sejam da parte de quem for (vogais e interrogado), devem ser consignadas no termo, bem como as omissões do acusado em responder pergunta, no exercício da garantia constitucional de poder ficar calado.

Ressalte-se que a confissão não significa, necessariamente, o imediato encerramento da busca da verdade material. É necessário confrontá-la com as demais provas do processo, conforme se abordará em **4.4.18.1**, sobretudo quando ocorre logo no início do ato. É possível ocorrer uma falsa confissão, por parte do interrogado, acerca de um ilícito de menor gravidade com o fim de tentar acobertar o cometimento, pelo próprio ou por outro implicado, de um ilícito de maior gravidade. Daí, não convém o registro lacônico da confissão; nesta situação, recomenda-se que a comissão aproveite a disposição do acusado e inquirá-lo detalhadamente, a fim de extrair melhores elementos para poder avaliar a verdade ou a contradição desta confissão. A rigor, isto vale não só para o caso de a confissão ocorrer no interrogatório, mas em qualquer momento do processo. Aliás, ocorrendo fora do interrogatório (por exemplo, com o próprio servidor ou seu procurador entregando à comissão um documento por escrito), a confissão deve ser confirmada em prova oral e reduzida a termo.

*CPP - Art. 190. Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 01/12/03)*

*Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.*

*Art. 199. A confissão, quando feita fora do interrogatório, será tomada por termo nos autos, observado o disposto no art. 195.*

*“Na processualística moderna, a confissão tem validade apenas relativa, onde se constata, no dia-a-dia dos foros, que ela se robustece ou se define, à medida que seu conteúdo discrepa ou não, respectivamente, das demais provas dos autos.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 104, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“A relatividade da confissão, hoje, é a regra. Não se admite o ato confessional como prova única e concreta, definitiva e inquestionável. (...)*

*Pode acontecer de o advogado apresentar à comissão um documento escrito pelo acusado, no qual este assume a plena responsabilidade pelos fatos, ou o próprio acusado fazer com que o documento chegue à autoridade. (...). A comissão deverá, nesse caso, notificar o acusado para que compareça e confirme os termos escritos.” Léo da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, pg. 201, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

A confissão é uma prova divisível, ou seja, quando contraposta aos demais elementos de prova constantes dos autos, pode ser considerada apenas em parte pela comissão. A confissão do cometimento de um fato sob determinadas condições pode ter acatada apenas a autoria do fato e não ter acatadas as condições de sua feitura, por exemplo. O ônus da comprovação da parte não acatada recai sobre o servidor.

*CPP - Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.*

*“(...) Aproveitar a confissão na íntegra ou só uma parte é, portanto, juridicamente possível, motivando-se as razões que levam a desconsiderar, quando for o caso, um de seus elementos. ‘Deve-se ter em conta que a confissão é a admissão de um fato contrário ao interesse do depoente. Logo, quando o mesmo declara um fato contrário ao seu interesse, seguido de outro que lhe é favorável, ficará no dever de provar o novo fato aduzido’.” Léo da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, pgs. 201 e 202, Editora Brasília Jurídica,*

*1ª edição, 2001*

Em que pese a confissão ser retratável (o acusado pode voltar atrás na confissão), a retratação tem valor relativo, cabendo à comissão, na livre apreciação das provas, cotejar a confissão e a retratação com o conjunto probatório e valorar aquela que melhor se coadunar com o restante.

*“A confissão, portanto, é retratável, mas o valor da retratação é relativo. A comissão poderá, no relatório, avaliar essa retratação e concluir que as declarações originais são, na verdade, as que guardam maior relação com os demais elementos probatórios do processo.” Léo da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, pgs. 202 e 203, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

Ao final, revisa-se o texto e imprime-se uma única via, para que o interrogado leia antes de assinar, e encerra-se o termo, coletando assinaturas de todos os presentes. Se, ainda no curso do interrogatório ou já na revisão final, o acusado solicita para que se altere relevantemente o teor de alguma resposta (excluídos pequenos lapsos, esquecimentos ou equívocos e meros erros de digitação ou de grafia), não convém editar em cima da resposta original, para que não se perca a espontaneidade da primeira manifestação. Diante deste pedido, convém consignar ao final que a defesa solicitou o registro de nova resposta, sem eliminar o registro original.

Não havendo outros interrogatórios a serem coletados, tira-se cópia reprográfica do termo para o interessado (recomenda-se que seja impressa apenas uma via original e dela se extraia cópia). Por outro lado, caso ainda haja interrogatório a se coletar, convém que a comissão autue o termo e, caso seja solicitado, forneça sua cópia para o acusado somente após a realização de todos os interrogatórios, de forma a diminuir a possibilidade de prévio conhecimento das perguntas, buscando preservar ao máximo a prova oral e a sua característica de instantaneidade.

*“Caso não seja possível ouvir todos os acusados num mesmo dia, a comissão só procederá à juntada dos termos de interrogatório após ouvir o último acusado, razão pela qual fornecerá cópia do depoimento, se solicitado pelo servidor acusado, ao término de todos os interrogatórios.” Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, “Processo Administrativo Disciplinar - Manual”, pg. 353, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

Em provas orais que se estendem por horas, é natural que se permitam breves interrupções, para necessidades fisiológicas, que devem ser registradas no termo, com fim de evitar posteriores alegações do acusado ou do procurador de que o interrogatório foi coletado sob imposição, como forma de coação, de condições que prejudicavam a concentração e a espontaneidade dos presentes. Diferentemente desta primeira hipótese, caso, por algum motivo absolutamente intransponível, seja necessário interromper o interrogatório por um tempo que permita que os presentes se dispersem da repartição, com previsão de retomada ainda no mesmo dia ou somente em outro dia, para que se garanta tudo o que até então se produziu, convém que se registre o incidente, que se imprima e se revise o termo até então lavrado e que se colem assinaturas. Concretizando-se o retorno, registra-se a retomada dos trabalhos e passam-se as assinaturas apenas para o final do termo.

#### **4.4.16.6 - Oitivas e Demais Provas após o Interrogatório**

Em regra, ao se interrogar o acusado, pressupõe-se que, pelo menos naquele momento, não se vislumbra outro ato probatório pois se presume encerrada e esgotada a busca de elementos fáticos. Todavia, pode ocorrer de algum ato instrucional vir a ser realizado ou simplesmente juntado a partir do interrogatório, seja a pedido da parte, seja por iniciativa da comissão, tanto no curso daquela prova oral quanto após seu término.

Obviamente, se algo de novo vem à tona no curso do próprio interrogatório, aproveita-se o ato e ali mesmo já se esgotam eventuais questionamentos que porventura caibam acerca deste elemento de que não se tinha conhecimento até então.

Mas, se estes novos elementos se apresentam já após o interrogatório, deve se cogitar de reinterrogar o acusado. Entretanto, à luz do princípio do prejuízo (segundo o qual só se cogita de nulidade se houver prejuízo à defesa), é válido recomendar que somente se deve coletar outro interrogatório (acerca apenas do que foi acrescentado ao processo) se a nova prova trazida aos autos atua em desfavor do acusado (independentemente de ter sido trazida pela comissão ou até pela própria parte e do momento processual em que isto correu, ou seja, se já na fase de indicição, se for o caso, ou se na fase de relatório), devendo ser reaberta a instrução.

Por outro lado, estas novas provas podem ser juntadas ao processo após o interrogatório do servidor e podem até ser incluídas na eventual indicição (se juntadas antes deste ato) ou no relatório (se juntadas na fase de defesa escrita), sem que novamente se interroge o acusado, se elas, em absoluto, não trazem fato novo, mas apenas complementam elementos previamente existentes nos autos, ou se elas atuam a favor da defesa.

Meros expedientes administrativos inerentes ao trabalho desenvolvido pela comissão, tais como portarias de prorrogação dos trabalhos e de designação de nova comissão para ultimar os trabalhos, atas de deliberação, não se confundem com provas e, se porventura juntados aos autos após o último interrogatório, não ensejam a realização de novo interrogatório.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/12.

*Nota Técnica Coger nº 2005/12: “Ementa: (...) Deve-se realizar novo interrogatório caso haja juntada de novas provas, após o até então último interrogatório, que sejam desfavoráveis ao acusado/indiciado. Ressalte-se que meros expedientes administrativos não se confundem com provas.”*

Daí, à vista desta recomendação em gênero, se tem como mais frequente repercussão específica a tomada de oitiva de testemunha após o interrogatório do acusado. Não há impedimento para tal situação e somente se faz necessário novo interrogatório se a testemunha tiver trazido aos autos fato novo contrário à defesa.

Assim já se manifestou a Advocacia-Geral da União, nos Pareceres AGU nº GQ-37 e nº GQ-177, vinculantes, respectivamente:

*“Ementa: (...) É insuscetível de eivar o processo disciplinar de nulidade o interrogatório do acusado sucedido do depoimento de testemunhas, vez que, somente por esse fato, não se configurou o cerceamento de defesa.”*

*“Ementa: (...) Não nulifica o processo disciplinar a providência consistente em colher-se o depoimento do acusado previamente ao de testemunha.”*

Da mesma forma foi a ementa do Superior Tribunal de Justiça para o Mandado de Segurança nº 7.736:

*“A oitiva do acusado antes das testemunhas, por si só, não vicia o processo disciplinar, bastando para atender à exigência do art. 159 da Lei 8.112/90, que o servidor seja ouvido também ao final da fase instrutória.”*

*Idem: STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 9.144*

#### **4.4.16.7 - Colaborador Eventual, Videoconferência e Carta Precatória**

O fato de a Lei nº 8.112, de 11/12/90, prever apenas em favor de acusado que é servidor ativo e que se encontra em localidade distinta da comissão o recebimento do transporte e das diárias para ser interrogado pode acarretar dificuldades quando a realização de tal ato se faz necessária para o caso de inativo (por exemplo, aposentado ou posto em

disponibilidade) ou de ex-servidor (por exemplo, de já punido com pena capital e que responde por ato cometido quando do exercício do cargo) situado em outra localidade. Se o acusado for servidor ativo, basta a comissão realizar o interrogatório em sua sede, diligenciando junto ao Chefe do Escor, a fim de este propor ao Corregedor o ordenamento de despesa para deslocar o acusado.

Todavia, caso haja necessidade de se interrogar, na condição de acusado, um inativo ou ex-servidor domiciliado em outra localidade, uma vez que apenas a comissão tem garantidos transporte e diárias, primeiramente deve o colegiado verificar se o acusado se dispõe a se deslocar às suas expensas até a sede da comissão para ser ouvido, já que não há dispositivo legal que o obrigue a ser interrogado e que preveja sua condução coercitiva e forçada.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 173. Serão assegurados transporte e diárias:*

*I - ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado;*

*II - aos membros da comissão e ao secretário, quando obrigados a se deslocarem da sede dos trabalhos para a realização de missão essencial ao esclarecimento dos fatos.*

Para o caso de o inativo ou ex-servidor não se dispuser a arcar com o custo do deslocamento, pode a comissão, como segunda opção, verificar junto ao Chefe do Escor, a fim de este propor ao Corregedor o ordenamento de despesa para deslocar todo o colegiado até a localidade do acusado.

Em analogia ao que se aduziu em **4.4.4.6**, caso também não seja possível, por questão financeira, deslocar toda a comissão, três possibilidades se apresentam, em caráter extensivo para o processo disciplinar, na seguinte ordem: deslocar o acusado, como colaborador eventual, até a sede da comissão; adotar a videoconferência, conforme permitido pelo ordenamento infralegal; ou, por fim, adaptar o remédio do processo judicial chamado carta precatória, também aceito em ordenamento legal e infralegal.

*CPC - Art. 236.*

*§ 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.*

*“Havendo inviabilidade orçamentária, o acusado ex-servidor, tal como o particular testemunha, poderá ser ouvido como colaborador eventual, com base no art. 4º, da Lei nº 8.162/91 e no Decreto nº 5.992/2006. Contudo, se essa também não se mostrar uma opção viável, a comissão poderá interrogá-lo por teleconferência ou por carta precatória.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 230, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Antes, a rigor, é de se destacar que, no sentido estrito da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não há expressa previsão para tais remédios. O Estatuto, em seus dispositivos que regem o processo disciplinar, é silente quanto ao emprego da figura do colaborador eventual, com a qual se justificaria o pagamento de transporte e diárias a um inativo ou ex-servidor para ser interrogado; também não sofreu modernização face ao atual estágio tecnológico que contempla a figura da videoconferência como solução jurídica aceitável; e muito menos menciona a tomada de interrogatório de acusado por carta precatória em outra localidade.

Dito isto, de início, é de se destacar que a ordem acima elencada em decrescente prioridade não advém de nenhum diploma normativo, mas sim tão somente da percepção de que, diante do problema concreto a ser superado, a melhor solução é aquela que ainda consegue contemplar a dinâmica e todos os fatores humanos preservados na prova oral presencial, como é o caso da adoção do colaborador eventual. Esta riqueza probatória sofre

uma pequena mitigação com a videoconferência, que pode ser aqui considerada a segunda opção na escala de preferência; e, por fim, tem relevante perda no uso da carta precatória, por isto aqui tida como a última e residual opção de integração da lacuna instrucional no rito administrativo disciplinar.

Assim, primeiramente, recomenda-se, diante das inviabilidades de o inativo ou ex-servidor arcar com suas despesas e também de se deslocar toda a comissão, em atendimento às garantias de direito ao contraditório e à ampla defesa, que se tente deslocar aquele acusado, buscando-se junto à Administração o pagamento de seu transporte e de suas diárias para que venha prestar interrogatório, enquadrando-o na figura de colaborador eventual, prevista na Lei nº 8.162, de 08/01/91, e no Decreto nº 5.992, de 19/12/06, e reconhecida no Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (incumbindo ao Chefe de Escor, como autoridade instauradora, mediante provocação do presidente da comissão, em extensão aos arts. 7º, § 4º e 13 da Portaria Coger nº 14, de 30/01/14, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) - na linha do art. 9º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21/11/13, que dispõe sobre a apuração de irregularidades funcionais no âmbito do Ministério da Fazenda (MF) -, propor ao Corregedor, como ordenador de despesas, nos termos do § 1º do art. 80 do Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67, e a este decidir as questões atinentes a deslocamentos, diárias e passagens do colaborador eventual que se afigura como de interesse correccional).

*Lei nº 8.162, de 08/01/01 - Art. 4º Correrão à conta das dotações orçamentárias próprias dos órgãos interessados, consoante se dispuser em regulamento, as despesas de deslocamento, de alimentação e de pousada dos colaboradores eventuais, inclusive membros de colegiados integrantes de estrutura regimental de Ministério e das Secretarias da Presidência da República, quando em viagem de serviço. (Redação dada pela Lei nº 8.216, de 13/08/91)*

*Decreto nº 5.992, de 19/12/06 - Art. 10. As despesas de alimentação e pousada de colaboradores eventuais, previstas no art. 4º da Lei nº 8.162, de 8 de janeiro de 1991, serão indenizadas mediante a concessão de diárias correndo à conta do órgão interessado, imputando-se a despesa à dotação consignada sob a classificação de serviços.*

*§ 1º O dirigente do órgão concedente da diária estabelecerá o nível de equivalência da atividade a ser cumprida pelo colaborador eventual com a tabela de diárias.*

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 208. Ao Serviço de Atividades Auxiliares - Seaux e às Seções de Atividades Auxiliares - Saaux compete executar e controlar as atividades relacionadas com pessoal, apoio administrativo, gestão de documentos, patrimônio e serviços gerais.*

*Parágrafo único. Ao Seaux da Coger e à Saaux da Copei compete, ainda, executar as atividades financeiras e orçamentárias relacionadas com deslocamento de servidores e colaboradores eventuais no interesse das atividades da Coger e Copei, respectivamente.*

*Art. 285. Ao Corregedor incumbe, sem prejuízo das atribuições do Secretário da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

*VIII - autorizar viagens a serviço, relacionadas às atividades de interesse da Corregedoria; e (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 11 de dezembro de 2014)*

*IX - praticar os atos de gestão dos recursos orçamentários e financeiros destinados ao pagamento de diárias e passagens, nos deslocamentos de servidores e colaboradores eventuais no interesse da Coger. (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 9º O presidente de comissão de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar deverá*

*solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes de comissão, bem como solicitar prorrogação do prazo da comissão, quando necessário.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 13. O presidente de comissão de sindicância disciplinar ou de processo administrativo disciplinar deverá solicitar à autoridade instauradora autorização para deslocamento de servidores integrantes de comissão, bem como solicitar prorrogação do prazo da comissão, quando necessário.*

Não sendo possível, precipuamente por questões financeiras, arcar com o deslocamento e as diárias do acusado como colaborador eventual (ou até mesmo, em cenário de graves restrições orçamentárias ou ainda por qualquer outro motivo insuperável de natureza operacional, não sendo possível deslocar um servidor para ser interrogado, conforme prevê o art. 173, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90), pode-se aplicar a solução da videoconferência, como um ato processual à distância, visto se tratar de um recurso tecnológico por meio do qual se captam e se transmitem, ao vivo e em tempo real, sons e imagens de pessoas situadas em localidades distintas.

Conforme já exposto em **4.4.4.6**, a admissão e a introdução da videoconferência no cenário jurídico, como prova lícita e legalmente prevista, decorreu da esperada e salutar atualização do ordenamento face à evolução dos recursos tecnológicos ao dispor de toda a sociedade. E merece destaque relembrar que esta harmonização do meio jurídico com os avanços da tecnologia iniciou-se na instância processual penal, justamente a instância instrumental mais conservadora, cautelosa e formalista, com a edição das Leis nº 11.690, de 08/06/08, e nº 11.900, de 08/01/09, que, em síntese, introduziram no CPP a possibilidade de a oitiva de testemunha poder ser realizada por meio de videoconferência, originalmente por motivação de proteger a testemunha de eventual risco de intimidação e posteriormente estendida para viabilizar ou facilitar, operacionalmente, a ato de instrução quando o depoente reside em outra jurisdição. O CPC, no § 3º do art. 236, também já reconheceu a validade de atos instrutórios e em especial oitiva de testemunha por meio de videoconferência.

Ademais, a mencionada Lei nº 11.900, de 08/01/09, também introduziu no CPP a possibilidade de o interrogatório do acusado poder ser realizado por meio de videoconferência, mediante decisão motivada do juiz, tanto de ofício quanto a pedido da parte; todavia, o fez sob estabelecimento de requisitos mais restritivos. No caso da instância processual penal, a inovação jurídica se deu, basicamente, por motivação de proteger a segurança pública ou para viabilizar ou facilitar, operacionalmente, o interrogatório de réu quando este se encontra preso ou enfermo ou apresenta qualquer outra circunstância pessoal que dificulte a coleta do ato presencial.

*CPP - Art. 185.*

*§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: (Incluído pela Lei nº 11.900, de 08/01/09)*

*I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 08/01/09)*

*II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 08/01/09)*

*III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 08/01/09)*

*IV - responder à gravíssima questão de ordem pública. (Incluído pela Lei nº*

*11.900, de 08/01/09)*

*CPC - Art. 236.*

*§ 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.*

Ato contínuo, na sequência, também a Administração cuidou de harmonizar seu regramento à realidade tecnológica atual, tendo cabido ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Corregedoria-Geral da União da CGU (CGU/CRG), que efetivamente exerce as atividades do órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, regulamentar o emprego sistêmico desta ferramenta, tendo, para este fim, editado a Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 01/11/11, com destaque para os comandos de seus arts. 1º a 4º. No caso da instância administrativa, a adoção da videoconferência como meio válido de prova decorreu, precipuamente, do objetivo de viabilizar ou facilitar, operacionalmente, a coleta de prova oral de pessoa residente em outra localidade, como forma de suprir a necessidade de se ordenar despesas com deslocamento.

*Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 01/11/11 - Art. 1º O Sistema de Correição do Poder Executivo Federal SisCor-PEF, visando instrumentalizar a realização de atos processuais a distância, poderá promover a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa, na forma disciplinada nesta Instrução Normativa.*

*Art. 2º Poderão ser realizadas audiências e reuniões por meio de teletransmissão de sons e imagens ao vivo e em tempo real, destinadas a garantir a adequada produção da prova, sem prejuízo de seu caráter reservado, nos procedimentos de natureza disciplinar ou investigativa.*

*Art. 3º Nos processos administrativos disciplinares, a decisão da Comissão Disciplinar pela realização de audiência por meio de videoconferência deverá, de maneira motivada:*

*I - assegurar a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação e;*

*II - viabilizar a participação do servidor investigado, testemunha, técnico ou perito, quando os mesmos residirem em local diverso da sede dos trabalhos da Comissão Disciplinar.*

*Parágrafo único. As reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado.*

Neste ponto, convém reconhecer que, a princípio, em leitura precipitada e restritiva, a citada norma, vinculante para a Coger e para os Escor, como unidades seccionais de correição do referido Sistema, somente permitiria o emprego da ferramenta da videoconferência para coleta de oitiva de testemunha situada em outra localidade e que não a teria previsto para a coleta de interrogatório do acusado distante. Todavia, seguindo a mesma linha abrangente adotada pelo próprio legislador no art. 173, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para o termo “depoimento”, associando-o tanto a testemunha quanto a acusado, a literalidade da Instrução Normativa CGU/CRG é de ser interpretada de forma a contemplar que os termos “depoimento” e “audiência” devam ser lidos também não de forma restritamente associada apenas a oitiva de testemunha, mas sim podendo também abarcar interrogatório de acusado.

De certa forma, pode-se compreender, à vista de uma interpretação histórico-teleológica da Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 01/11/11, que o órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal quis permitir, em via administrativa, o reflexo da permissão desde antes já expressa na instância processual penal, qual seja, de qualquer prova oral poder ser, excepcionalmente, coletada por videoconferência. Esta interpretação, de estender a permissão de emprego de videoconferência também para o interrogatório, recebe reforço sobretudo na particularidade já aventada de se ter como acusado um inativo ou ex-servidor, para quem não se tem previsão legal de pagamento de transporte e

de diárias nem mesmo para o próprio interrogatório, quando este se encontra em localidade distinta da comissão.

*“Em outras palavras, desde que sejam tomadas as cautelas que atestem que efetivamente se ofereceu oportunidade ao interrogado para se manifestar livremente, assegurando-se inclusive o direito de permanecer calado, e cumpridas todas as demais formalidades legais, o interrogatório realizado por teleaudiência pode ser considerado válido, e não implicando em nulidade, se do ato não resultar ocorrência de qualquer prejuízo ao exercício de ampla defesa.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 227 e 228, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Decerto, qualquer resquício desnecessário de insegurança acerca da possibilidade de se empregar o instrumento da videoconferência para superar dificuldades operacionais atinentes ao interrogatório presencial do acusado restou superado com a manifestação da CGU, por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 7, de 13 de dezembro de 2013, que asseverou a possibilidade de tal emprego.

*Enunciado CGU/CCC nº 7, de 2013: “Videoconferência. Possibilidade. Interrogatório. PAD e sindicância. No âmbito do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância é possível a utilização de videoconferência para fins de interrogatório do acusado.”*

Ainda com mais ênfase do que quando se trata de oitiva de testemunha, é certo que se presume o emprego extremamente residual desta ferramenta ora admitida no cenário jurídico, para fim de coleta de interrogatório. *A priori*, não se vislumbra razoabilidade em a comissão deliberar em coletar a prova oral de um acusado que seja servidor lotado (ou que tenha exercício) ou que seja inativo ou ex-servidor residente na mesma localidade onde transcorrem os trabalhos ou, se residente em outra localidade mas se há viabilidade de se arcar com as despesas de deslocamento, usando a instrumentalização à distância da videoconferência e abrindo mão da maior qualidade inerente ao ato presencial. Não se tem dúvida de que o ato presencial, com toda sua dinâmica que lhe é inerente, pode ser considerado como o ideal; porém, como nem sempre é realizável, há amparo normativo para se lançar mão, subsidiariamente da prova via videoconferência. Aqui, quando se cogita do emprego da ferramenta da videoconferência, se o faz sempre na presunção do bom senso e da razoabilidade dos agentes e da motivação e da regularidade de seus atos e condutas. A conjunção destas premissas faz crer que, ao se cogitar de emprego de videoconferência, se atenta para a solução de qualquer dificuldade operacional que obriga a abrir mão do padrão de solução presencial. E, no caso de prova oral do próprio acusado, esta premissa atinge mesmo os contornos de extrema excepcionalidade.

Não se nega que, a rigor, deve a comissão atentar para os fatos de que, *a priori*, a videoconferência é um recurso bastante válido para suprir oitivas de testemunhas quando o depoente se encontra em localidade diferente daquela em que se encontram a comissão e a defesa e que o interrogatório deve ser precipuamente cogitado como prova presencial entre colegiado e acusado. Diante do fato de haver expressa previsão para a Administração arcar com custos de transporte e de diárias para o acusado (nem que seja na condição de colaborador eventual, no caso de inativo ou ex-servidor), a comissão deve concentrar seus esforços para que o interrogatório seja presencial, reservando esta permissão extensiva de fazê-lo sob videoconferência apenas para hipóteses extremamente residuais e à vista tão somente de peculiaridades de determinado caso concreto.

Enfim, é aceitável que o interrogatório do acusado seja realizado por meio de videoconferência, e não só para inativo ou ex-servidor, mas até mesmo para servidor ativo, lotados ou residentes em outra localidade. Mas também é certo que o emprego de tal prova se

reveste de forte caráter excepcional e residual, destacadamente quando se trata de servidor ativo, para quem há expressa previsão legal de se ordenar despesa para deslocamento quando residente em outra localidade.

Em reforço a esta ponderação no emprego da videoconferência para coleta de interrogatório, embora se saiba desprovida do poder vinculante da citada Instrução Normativa CGU sobre esta unidade seccional de correição, menciona-se, como mera referência, a Portaria AGU nº 490, de 24/10/11, por meio da qual a Advocacia-Geral da União regulamentou o emprego da videoconferência especificamente no âmbito interno de sua própria atividade correcional (portanto, não vinculante para a Coger e os Escor). A menção aqui se faz relevante porque esta Portaria AGU prevê especificamente a possibilidade de emprego da videoconferência (no seu âmbito específico, condiciona à anuência da defesa), mas indica que o padrão do interrogatório é de ser presencial.

*Portaria AGU nº 490, de 24/10/11 - Art. 3º O interrogatório do acusado será realizado pessoalmente.*

*Parágrafo único. É facultado à defesa solicitar que o interrogatório, por conveniência do acusado, ocorra por audiência à distância, nos termos desta Portaria, cabendo à comissão decidir acerca do deferimento.*

Mas o acima exposto em nada se confunde com qualquer ilegalidade em, excepcionalmente, se coletar interrogatório por meio de videoconferência, seja o acusado inativo ou ex-servidor, seja até mesmo servidor ativo. Menos ainda se cogita de o interrogatório por videoconferência, seja o acusado servidor ativo ou inativo ou ex-servidor, ter sua validade condicionada à expressa anuência do interrogado. A propósito, lembre-se que mesmo a instância processual penal, a despeito dos relevantes bens jurídicos que possa afetar e da cautela que caracteriza seu regramento, prevê, expressamente, as possibilidades de realização de interrogatório por videoconferência, por decisão motivada do juiz, tanto de ofício quanto a pedido da parte.

E este regramento se reflete perfeitamente na processualística disciplinar. Como é a regra de qualquer prova admitida no processo disciplinar, não só a decisão em si de se realizar o interrogatório do acusado mas, sobretudo, também a decisão de como instrumentalizar este ato (se, convencionalmente, de forma padrão e presencial ou se, excepcionalmente, por meio de videoconferência) decorrem unicamente da deliberação soberana da comissão, independentemente de a forma por videoconferência ter decorrido de iniciativa de ofício da comissão ou de ter decorrido de deferimento de pedido formulado pela própria defesa. Desde que preservadas as garantias de o acusado não fazer prova contra si mesmo e de poder se valer do silêncio (enfim, desde que asseguradas as garantias constitucionais inerentes ao acusado em seu próprio interrogatório) no curso daquele ato instrumentalizado por videoconferência, não cabe à defesa questionar a soberana decisão por parte da comissão - que se presume aqui sempre motivada e amparada na razoabilidade e no bom senso - de excepcionalmente coletar a prova oral sob aquela forma não presencial.

Não obstante o acima exposto, convém que, quando possível, a comissão obtenha do acusado sua expressa aquiescência em ser interrogado por meio de videoconferência, destacadamente quando se tratar de acusado na ativa, com o fim de evitar posteriores alegações de prejuízo aos interesses da defesa. Contudo, na linha acima defendida, a inexistência de tal concordância expressa não inviabiliza e tampouco macula com nulidade o interrogatório motivadamente realizado por videoconferência, em decorrência de soberana decisão da comissão.

Caso se delibere pela excepcional tomada de interrogatório via videoconferência, deve a comissão primeiramente diligenciar na localidade onde se encontra o acusado a ser interrogado, com o fim de obter o devido apoio da área técnica competente (destacadamente, das projeções regionais ou locais de Tecnologia da Informação que jurisdiciona a localidade ou até mesmo da chefia do respectivo Escor, se for o caso) para instalação dos equipamentos

necessários, podendo, para isto, solicitar às correspondentes autoridades a indicação de um servidor detentor de conhecimento da tecnologia empregada e nomeá-lo como secretário *ad hoc*, por portaria do presidente, especificando que a designação se restringe ao desempenho das funções de assistência técnico-operacional e de apoio administrativo apenas para aquele ato deliberado.

Convém que esta portaria de designação de servidor estranho ao colegiado, a exemplo do já aduzido em **4.3.3**, seja publicada no boletim de serviço (ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora (que, no caso, é o Boletim de Serviço da Secretaria da Receita Federal do Brasil - BS RFB). A cautela se justifica, pois esta pode ser a única forma de se amparar o acesso deste servidor aos autos, em eventual deslocamento da sede ou a dedicação de horas de trabalho ao processo. A procedimentalização para a aposição da assinatura digital e para a publicação da portaria no BS RFB e a recomendação para que se juntem aos autos a impressão da versão em extensão “*portable document format*” (pdf) da portaria e a(s) página(s) do Boletim que a contempla(m) podem ser revistas em **4.2.1.1**, de repetição desnecessária e a cuja leitura se remete. É recomendável também que, após a designação do secretário *ad hoc*, o presidente da comissão lhe envie mensagem pelo correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002), não só lhe repassando cópia de suas portaria designadora mas também solicitando que entre em contato um com o secretário da comissão e/ou com o(s) servidor(es) competente(s) da(s) respectiva(s) projeção(ões) de Tecnologia da Informação, a fim de acertarem todos os detalhes técnicos necessários à preparação do ato.

A infraestrutura necessária em cada localidade, basicamente, é um equipamento de videoconferência, um monitor de vídeo (como um aparelho de televisão, por exemplo, por meio do qual os presentes em uma sala veem e ouvem a outra sala), uma impressora e uma digitalizadora (ou uma impressora multifuncional com digitalizadora) e uma estação de trabalho padrão (com correio eletrônico institucional), todos interligados e conectados em rede. Em vista do necessário sigilo da instância correcional, que requer alto grau de confiabilidade e de inviolabilidade, deve-se acautelar para impedir riscos de captação indevida do ato, recomendando-se que se configurem os equipamentos das duas salas (aqui se cogitando da situação padrão e mais comum, de o ato envolver apenas dois recintos distintos) para que a conexão entre eles seja feita, preferencialmente, de forma direta, sem que os sinais de áudio e vídeo passem por servidores locais ou regionais.

*Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 01/11/11 - Art. 6º A Comissão Disciplinar solicitará ao responsável pela unidade envolvida a designação de servidor para o exercício da função de secretário ad hoc.*

*§ 1º O secretário ad hoc desempenhará atividades de apoio aos trabalhos da Comissão Disciplinar, tais como identificação dos participantes do ato, encaminhamento e recebimento de documentos, extração de cópias, colheita de assinaturas, dentre outras determinadas pelo Presidente da Comissão Disciplinar.*

*§ 2º Cabe, ainda, ao secretário ad hoc acompanhar os testes de equipamento e conexões antes da realização do ato, devendo comunicar imediatamente à Comissão Disciplinar acerca de eventual circunstância que impossibilite seu uso.*

Tendo-se acatado a legalidade de se promover o interrogatório do acusado por videoconferência, harmonizando-se com as máximas garantias a favor da defesa, pode-se ainda desdobrar em hipóteses em que a comissão, o acusado e/ou o seu procurador estejam em localidades distintas (comissão e acusado em uma localidade e procurador em outra; comissão e procurador em uma localidade e acusado em outra; ou ainda comissão em uma localidade, procurador em outra e acusado em uma terceira). Diante de provocação da defesa para que o interrogatório por videoconferência se desdobre em tais possibilidades, pode-se cogitar de a comissão deferir. É necessário apenas que o colegiado atente para o fato de que,

em tais configurações, os esforços acima se projetam também para esta terceira sala, em termos de infraestrutura e necessidade de contar com mais um secretário *ad hoc*, de forma a se tê-la como residual, apenas para casos em que se demonstre indispensável para assegurar a plenitude do exercício de defesa.

Sobre as possibilidades acima aventadas, pode-se agregar uma excepcionalidade ainda maior, de se ter de desdobrar esforços em termos de infraestrutura, quando a própria comissão se encontra separada, com algum de seus membros em localidade distinta dos outros dois.

Após a confirmação daqueles pré-requisitos operacionais, deve a comissão notificar o acusado das localidades, data e horário de realização do ato, com no mínimo três dias úteis de antecedência, fazendo constar de tal ato de comunicação a base legal (a Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 01/11/11, com a redação dada pela Instrução Normativa CGU/CRG nº 5, de 19/07/13, no que diz respeito ao prazo) para a realização do ato via videoconferência da forma deliberada, destacando ainda no ato de comunicação o direito de o procurador comparecer a uma ou a outra localidade, de acordo com sua preferência.

*Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 01/11/11 - Art. 4º O Presidente da Comissão Disciplinar intimará a pessoa a ser ouvida da data, horário e local em que será realizada a audiência ou reunião por meio de videoconferência, com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis. (Redação dada pela Instrução Normativa CGU/CRG nº 5, de 19/07/13)*

*§ 1º Em qualquer caso, a defesa será notificada, nos termos do caput, para acompanhar a realização do ato.*

*§ 2º Ao deliberar pelo horário da realização da audiência por meio de videoconferência, a Comissão Disciplinar atentará para eventual diferença de fuso horário entre as localidades envolvidas.*

O ato em si deve transcorrer o máximo possível de forma similar a um interrogatório com todos os agentes presentes no mesmo recinto. A comissão deve manter o mesmo *layout* de sua sala, no que diz respeito a seu posicionamento e ao posicionamento do procurador, caso este se faça presente na localidade de instalação do colegiado, e, de início, deve o presidente informar a todos os agentes envolvidos como transcorrerá o ato e suas peculiaridades em comparação com o interrogatório presencial, registrando tais especificidades no termo de interrogatório e adotando, na sequência, a mesma dinâmica do ato convencional quanto às perguntas, respostas, interferências, controle da ordem, apreciação de petições e redução a termo.

Ao longo do ato instrucional em si, ou seja, no período de formulação de perguntas e respostas, os equipamentos de videoconferência ficam ajustados em sua função de “modo vídeo”, através da qual os presentes em uma localidade recebem, no monitor de vídeo acoplado (um aparelho de televisão, por exemplo), os sinais de vídeo e de áudio provenientes da outra sala (ou seja, os agentes de distintos recintos, reciprocamente, se veem e se ouvem). Ao final da coleta do termo, a comissão pode ativar a função “modo apresentação” do equipamento de videoconferência (recurso comumente chamado de *Presentation*), por meio da qual o arquivo de texto aberto no monitor da sua estação de trabalho se projeta também no aparelho de televisão. Com isto, no recinto onde se encontra o acusado deixa-se de ter imagens da sala da comissão e propicia-se ao interrogado (e a seu procurador, caso presente naquela localidade) ler(em) o conteúdo já digitado no termo de interrogatório, a fim de que solicite(m), por áudio, eventuais correções à comissão, de forma similar à praxe adotada nos atos presenciais. Caso, por qualquer motivo, não seja possível esta conexão que permita a ativação do “modo apresentação”, ao final das perguntas e respostas, o termo de interrogatório deve ser encaminhado, por meio de mensagem no correio eletrônico institucional, para o secretário *ad hoc* designado para a sala onde se encontra o acusado, a fim de que aquele servidor o ofereça ao interrogado (e a seu procurador, caso presente naquela localidade), para leitura e eventuais correções.

A propósito, tendo se feito previamente a conexão dos equipamentos de forma a

possibilitar que a comissão, ao longo do ato, alterne os modos do equipamento de videoconferência de “vídeo” para “apresentação” e vice-versa, permite-se que, caso eventualmente se faça necessário, se dê vista ao acusado, no monitor de televisão da sala onde ele se encontra, de elementos dos autos, preferencialmente por meio da exibição da sua cópia digitalizada (escaneada), como também pode ocorrer em atos presenciais.

Após ajustado o texto entre todos os agentes participantes, a comissão deve imprimir uma via e, juntamente com o procurador (caso excepcionalmente presente na mesma sala), deve rubricar as primeiras folhas do termo e assinar a última. Esta via original do termo deve ser digitalizada e remetida pelo correio eletrônico institucional para o secretário *ad hoc* situado na localidade onde se encontra o acusado. Nesta sala remota, o secretário *ad hoc* deve imprimir o termo, rubricar, assinar, coletar rubricas e assinatura do acusado (e de seu procurador, caso presente neste recinto), digitalizar a nova versão do documento e remeter de volta, também pelo correio eletrônico institucional, para a sala onde se encontra a comissão. O colegiado deve então imprimir esta via digitalizada, com rubricas e assinaturas de todos os participantes, e autuá-la no processo, juntamente com a via original com rubricas e assinaturas de seus integrantes e do procurador (caso excepcionalmente presente na mesma sala), encerrando-se as providências daquele momento da coleta da prova oral.

Posteriormente, o secretário *ad hoc* que acompanhou o ato na localidade onde se encontrava o acusado deve remeter de volta para a comissão, por meio de malote, aquela via digitalizada do termo por ele recebida ao final do interrogatório com rubricas e assinaturas da comissão (e do procurador, caso excepcionalmente tenha estado presente na sala do colegiado), na qual coletou rubricas e assinatura do acusado (e, se for o caso, do procurador, se este esteve presente no recinto remoto), a fim de que, em conjunto com as duas vias que já instruem os autos desde a data da realização da videoconferência, também seja autuada. Com isto, preservam-se no processo os fiéis registros do teor da prova oral em si e também de toda a procedimentalização empregada para sua atípica feitura em dois lugares afastados. Neste sentido, se reforça que, não só no início do termo de interrogatório, mas também ao seu final, após as perguntas e os ajustes, deve a comissão descrever, de forma ao mesmo tempo fiel e sintética, toda a real dinâmica envolvendo a feitura do ato por videoconferência.

*Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 01/11/11 - Art. 7º O depoimento prestado pelas partes será reduzido a termo, mediante lavratura do termo de depoimento, a ser realizado por membro da Comissão Disciplinar ou pelo secretário participante.*

*Parágrafo único. O termo de depoimento será assinado, nas diversas localidades, pelos participantes do ato e posteriormente juntado aos autos do processo.*

Esta instrumentalização final em princípio parece ser redundante, mas, de fato, faz-se necessário que o secretário *ad hoc* situado na sala remota, após ter coletado rubricas e assinaturas de todos os presentes neste recinto, remeta para a comissão a via do termo tanto por meio do correio eletrônico institucional, para imediata juntada aos autos, quanto por meio de malote, para juntada posterior. A remessa, por malote, da via original em que os presentes na sala remota apuseram suas rubricas e assinaturas se justifica porque convém que se autuem as vias do termo que contêm rubricas e assinaturas de próprio punho dos participantes em cada localidade (tantas vias originais quantos forem os distintos recintos). E a remessa, pelo correio eletrônico institucional, da via digitalizada também se justifica para se ter de imediato, já desde o momento do encerramento do ato, em um documento único, uma via com rubricas e assinaturas de todos os participantes e para suprir o risco de eventual extravio da via original a ser remetida por malote.

Na hipótese de se ter o ato envolvendo mais de duas localidades (por exemplo, comissão em uma localidade, acusado em outra e procurador em uma terceira), a finalização do ato é similar à descrita acima, mas com algumas peculiaridades. Após o ajuste do texto, o secretário da comissão deve imprimir o termo, coletar rubricas e assinaturas dos presentes em

sua sala, digitalizar esta via e remetê-la pelo correio eletrônico institucional para o secretário *ad hoc* situado na sala remota. Este secretário *ad hoc* da segunda localidade deve imprimir o termo digitalizado com rubricas e assinaturas dos presentes na sala da comissão, coletar rubricas e assinaturas dos presentes em sua sala, digitalizar esta via e remetê-la pelo correio eletrônico institucional para o secretário *ad hoc* situado na terceira localidade. Este secretário *ad hoc* da terceira localidade deve imprimir o termo digitalizado com rubricas e assinaturas dos presentes na sala da comissão e na segunda localidade, coletar rubricas e assinaturas dos presentes em sua sala, digitalizar esta via e remetê-la pelo correio eletrônico institucional para o secretário da comissão. O colegiado deve imprimir esta via digitalizada, com rubricas e assinaturas de todos os participantes, e autuá-la no processo, juntamente com a via original com rubricas e assinaturas dos presentes na sua sala, encerrando-se as providências daquele momento da coleta da prova oral. E, posteriormente, os secretários *ad hoc* que acompanharam o ato recintos remotos devem remeter para a comissão, por meio de malote, as vias digitalizadas do termo por eles recebidas ao final do interrogatório com rubricas e assinaturas da comissão dos presentes nas salas respectivamente anteriores, na qual coletou rubricas e assinaturas dos presentes na sua própria sala, a fim de que, em conjunto com as duas vias que já instruem os autos desde a data da realização da videoconferência, todas também sejam autuadas.

Em suma, devem ser autuadas, logo após o término do ato, a via com rubricas e assinaturas originais de quem esteve na sala da comissão e a via digitalizada com rubricas e assinaturas de todos os presentes em cada localidade; e, por fim, posteriormente, deve(m) ser remetida(s) de volta para a comissão, para também ser(em) autuada(s), a(s) via(s) eletronicamente recebida(s) pelo(s) secretário(s) *ad hoc* com rubricas e assinaturas de quem esteve presente na(s) localidade(s) anterior(s) e na(s) qual(is) se coletaram rubricas e assinaturas originais de quem esteve presente na(s) respectiva(s) sala(s).

No caso específico de processo digital formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), pode-se obter uma simplificação nos procedimentos finais, aqui já descritos contando inclusive com a possibilidade de serem envolvidas mais de duas localidades. Ao final do ato, após ajustado o texto entre todos os agentes participantes, devem ser juntadas ao processo digital tantas vias do termo de interrogatório por videoconferência (todas de igual forma e teor) quantas forem as localidades envolvidas, ressalvada a sala da comissão se esta estiver sozinha. A comissão deve assinar digitalmente todas as vias e os demais presentes devem assinar somente as vias correspondentes às localidades onde se encontram, de forma que o conjunto de todas as vias contenha as assinaturas de todos os participantes. Estando a comissão sozinha em sua sala, basta que assine, digitalmente, as vias das demais localidades. Mas se estiver acompanhada, a comissão deve imprimir uma via do termo de interrogatório e, juntamente com quem mais porventura esteve na mesma localidade, deve rubricar as primeiras folhas do termo e assinar a última e, em seguida, juntá-la ao processo. Já as demais vias devem ter os encaminhamentos que se seguem. O arquivo eletrônico original, sem assinaturas, deve ser remetido, pelo correio eletrônico institucional, para os secretários *ad hoc* situados nas demais localidades. Nestas salas remotas, os secretários *ad hoc* devem imprimir o termo, rubricar, assinar, coletar rubricas e assinatura de quem mais porventura esteve naqueles recintos, digitalizar esta nova versão do documento e formalizar solicitação de juntada de documento (SJD) no sistema e-Processo. O colegiado deve então analisar as referidas SJDs e, em seguida, assinar digitalmente todas as vias do termo apresentadas. Posteriormente, os secretários *ad hoc* deverão remeter de volta para a comissão, por meio de malote, aquelas vias digitalizadas do termo, nas quais coletaram rubricas e assinaturas de quem porventura esteve presente nos recintos remotos, e que após foram por ele encaminhadas ao colegiado por meio de SJDs, para a guarda dos documentos pela comissão.

Da mesma forma como se aduziu para o interrogatório presencial, para o qual não se recomenda a gravação do ato de instrução, na ausência de regramento impositivo ou impeditivo, também não se verifica, em princípio, justificativa para que se proceda à gravação

do interrogatório por videoconferência, ainda que haja viabilidade técnica para tal, visto que o ato será reduzido a termo e este termo é a prova válida e suficiente a constar dos autos.

Mencione-se que a Secretaria da Receita Federal do Brasil implantou, no ambiente virtual denominado Portal de Comunicação Virtual, um Serviço de Videoconferência, para sistematização e controle de agendamentos do uso desta ferramenta de comunicação interna por parte de todas as unidades do órgão, com vista ao desempenho de suas atividades-fins, acessível pela *intranet* institucional, no menu “Acesso Rápido”, ou pelo endereço eletrônico <http://comunicacaovirtual.receita.fazenda>, onde se encontra um guia procedimental resumido para o usuário. É de se ressaltar, todavia, que, como regra geral, à vista das peculiaridades e cautelas específicas da instância disciplinar, o emprego de videoconferência em PAD ou sindicância disciplinar não se amolda a este sistema institucional, podendo, do citado material, serem aproveitadas, de forma subsidiária, apenas conceituações e definições básicas ou informações complementares e a necessidade de agendamento, em caso de serem utilizadas mais de quatro salas (configuração pouco provável para interrogatório) ou em caso de se prever que a videoconferência possa ultrapassar as 18 horas. Quando necessário fazer o agendamento por algum destes dois motivos, o Portal de Comunicação Virtual abre um *link* “Agenda videoconferências”, que remete a um espaço formulário padrão no ambiente do correio eletrônico institucional, em que o solicitante (presidente da comissão ou autoridade instauradora) informa os dados do evento específico desejado (data, horários de início e de término, nomes dos participantes e localidades envolvidas).

Por fim, não sendo possível o emprego do colaborador eventual e da videoconferência, para se coletar interrogatório de acusado inativo ou ex-servidor situado em outra localidade, pode-se adotar a carta precatória (cuja definição se encontra no inciso III do art. 237 do CPC, ou simplesmente precatória, conforme lhe dá emprego o art. 353 do CPP), também aceito em ordenamento infralegal.

*CPP - Art. 353. Quando o réu estiver fora do território da jurisdição do juiz processante, será citado mediante precatória.*

*CPC - Art. 237. Será expedida carta:*

*III - precatória, para que órgão jurisdicional brasileiro pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato relativo a pedido de cooperação judiciária formulado por órgão jurisdicional de competência territorial diversa;*

Neste rumo, apenas para ratificar a plausibilidade da adaptação deste instrumento definido na instância processual judicial para o rito administrativo disciplinar, cita-se que a já mencionada Portaria AGU nº 490, de 24/10/11, embora aqui tida como mera referência não vinculante para o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, cogita da possibilidade de emprego do instituto da carta precatória nas suas próprias atividades correcionais.

*Portaria AGU nº 490, de 24/10/11 - Art. 2º*

*§ 1º Em caso de indisponibilidade técnica do sistema ou quando a realização do procedimento de audiência à distância exigir um grande deslocamento até o local em que o ato deva ocorrer, seja do depoente, dos membros da comissão disciplinar ou de outros servidores responsáveis pela apuração preliminar, a oitiva poderá ser realizada por meio da expedição de carta precatória.*

Diferentemente da videoconferência, que, em caso de eventual impossibilidade de deslocamento de servidor ativo a ser interrogado na condição de acusado, até pode ser cogitada de ser empregada como forma de suprir a necessidade instrucional, já que preserva certa dinâmica do ato da prova oral, a carta precatória, à vista da previsão legal para ordenamento das respectivas despesas e da grande perda do caráter dinâmico do ato, deve ser vista com extrema residualidade para coletar manifestação oral de acusado ainda na atividade. A carta precatória, que por si só já não se faz muito comum em rito disciplinar, deve ser compreendida residualmente como solução para coletar interrogatório apenas de acusado

inativo ou ex-servidor situado em outra localidade e quando tenham se demonstrado inviáveis os empregos dos institutos do colaborador eventual e da videoconferência. E, da mesma forma como se aduziu para o caso de a comissão deliberar pela realização de interrogatório por meio de videoconferência, na hipótese de deliberar fazê-lo por meio de carta precatória, convém que antes a comissão obtenha a anuência do acusado.

Após o interrogatório por meio de carta precatória ser deliberado em ata, a comissão, então, formula suas perguntas.

*CPP - Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.*

*§ 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.*

*§ 2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será juntada aos autos.*

Ato contínuo, a comissão deve remeter, por carta precatória, todas as perguntas, preferencialmente para aquela autoridade que, na localidade onde se encontra o acusado, tem poder de instaurar instância disciplinar ou, secundariamente, para a autoridade titular de unidade fiscal da jurisdição, para que esta autoridade deprecada designe servidor ou comissão para a realização do interrogatório por carta precatória. A intimação (em duas vias), dirigida ao acusado pelo servidor ou comissão, designado(a) pela autoridade deprecada, deve conter a data, hora e localidade do interrogatório, com prazo hábil de três dias úteis de antecedência, para ser interrogado (art. 41 da Lei nº 9.784, de 29/01/99).

No ato, o servidor ou a comissão designado(a) deve seguir, no que couber, as técnicas e dinâmicas de um interrogatório convencional, fazendo oralmente as perguntas e reduzindo a termo as respostas, inclusive quanto à presença do procurador (se for o caso), com a peculiaridade que não podem acrescentar novas perguntas no curso do interrogatório.

#### **4.4.17 - Incidente de Sanidade Mental**

Pode ocorrer de, no curso de processo administrativo disciplinar, surgir dúvida razoável sobre a sanidade mental do acusado, suscitada pela própria parte ou pela comissão ou ainda por haver interdição judicial por anomalia psíquica. Neste caso, a comissão deve propor à autoridade instauradora a realização de exame pericial por junta médica oficial, da qual participe pelo menos um médico psiquiatra. Em sintéticas palavras, esta perícia específica visa a esclarecer duas possibilidades: de o servidor ter estado acometido de doença mental ao tempo do cometimento do fato - o que redundaria na discussão de sua possível inimputabilidade - e/ou de o servidor estar acometido de doença mental ao tempo em que transcorre o processo administrativo disciplinar - o que redundaria na discussão de suas condições de acompanhar o feito.

No caso do processo disciplinar no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, o encargo recai, geralmente, sobre as juntas médicas oficiais das Superintendências de Administração do Ministério da Fazenda. Trata-se, em essência, de uma prova pericial, já abordada de forma genérica em **4.4.9**, a cuja leitura se remete, e, como tal, sua realização somente se justifica caso haja nos autos elementos que de fato suscitem dúvida razoável acerca da sanidade mental do acusado em alguns daqueles dois relevantes momentos. Sendo em geral um ato de instrução probatória solicitado pela defesa (sem prejuízo de poder se dar de ofício), pode a comissão denegar eventual pedido de perícia médica se lastreado única e simplesmente em mera alegação desamparada de elementos de prova. Merece destaque manifestação neste sentido, exarada pela Comissão de Coordenação de Correição do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU/CCC), por meio de seu Enunciado CGU/CCC nº 12, de 13 de janeiro de 2016.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 160. Quando houver dúvida sobre a sanidade*

*mental do acusado, a comissão proporá à autoridade competente que ele seja submetido a exame por junta médica oficial, da qual participe pelo menos um médico psiquiatra.*

*Parágrafo único. O incidente de sanidade mental será processado em auto apartado e apenso ao processo principal, após a expedição do laudo pericial.*

*CPP - Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.*

*§ 2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.*

*STF, Habeas Corpus nº 97.098: “Ementa: Nos termos do art. 149 do Código de Processo Penal, para o incidente de insanidade mental, é necessária a existência de “dúvida sobre a integridade mental do acusado”.*

*STJ, Mandado de Segurança nº 12.492: “Ementa: 5. Não havendo dúvidas, pela Comissão Disciplinar, acerca da sanidade mental do impetrante, que, inclusive, quando do seu interrogatório estava devidamente acompanhado de seu advogado, não há falar em violação do disposto no artigo 160 da Lei nº 8.112/90.”*

*Enunciado CGU/CCC nº 12, de 2016: “Atestado médico particular. Indeferimento de prova pericial. 1. O atestado médico particular não tem, necessariamente, o condão de sobrestar o processo disciplinar. 2. Inexistindo dúvida razoável acerca da capacidade do acusado para o acompanhamento do processo, com base no conjunto probatório carreado aos autos, poderá a prova pericial ser indeferida.”*

*Orientação Coger nº 4*

*Sendo objeto de pedido por parte da defesa e não havendo dúvida razoável em torno da sanidade mental do servidor, é possível que a comissão, motivadamente, indefira a realização da perícia médica.*

Neste momento de aferição se realmente existe ou não dúvida juridicamente justificável acerca da sanidade mental do servidor, pode o agente condutor do feito buscar instruir sua convicção. No caso de o tema ter vindo à tona por provocação do próprio servidor, pode-se intimá-lo a trazer aos autos elementos que amparem sua própria tese, tais como, além de esclarecimentos e informações de sua própria lavra, que forneça receituários, atestados médicos, relatórios médicos que eventualmente possua. Em acréscimo, independente de o incidente vir a se realizar de ofício ou pedido, pode-se verificar no histórico funcional do servidor os afastamentos e licenças por motivos médicos anotados em suas folhas de ponto e em seus assentamentos e no Sistema Integrado de Administração de Pessoal (Siape) e, por fim, solicitar ao servidor que afaste o sigilo médico de seu prontuário e conceda acesso ao conteúdo e à motivação que nortearam aqueles afastamentos e licenças de natureza médica homologados pela setor médico oficial. Importante destacar que o prontuário médico do servidor é acobertado por sigilo e somente cabe à comissão mencionar que o servidor é portador, em tese, de determinada doença - declarar na provocação remetida à junta médica oficial, por exemplo - se o próprio tiver declarado este fato formalmente nos autos

Importante introduzir, desde já, a noção crítica de que alguns relevantes reflexos do incidente de sanidade mental no processo administrativo disciplinar independem do objetivo da perícia médica. Em outras palavras, há importantes repercussões da instauração deste incidente que independem das duas épocas possíveis sobre as quais pode se voltar a prova pericial, quais sejam, se a perícia médica visa a avaliar a imputabilidade do acusado à época dos fatos ou se visa a avaliar também - ou somente - suas condições de acompanhar o processo.

Nesta linha, menciona-se o momento apropriado em que a realização do incidente de sanidade mental deve ser cogitada. Este momento é imediatamente após o surgimento de dúvida razoável acerca da saúde mental do servidor e, à vista de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, isto pode se dar em qualquer estágio do processo, inclusive em fase de julgamento, e não apenas na fase de instrução.

Tanto é assim que, não obstante a forma restritiva com que se iniciou este tópico, em razão de o art. 160 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, *a priori*, prever que a instauração do incidente de sanidade mental decorra de proposta da comissão - o que subentende instância disciplinar já instaurada e em curso -, uma vez que esta proposta é submetida à apreciação da autoridade instauradora e agregando-se a competência regimental do Corregedor e dos Chefes Escor para determinarem diligências e a atenção ao princípio da economia processual, pode esta mesma autoridade determinar a realização da perícia médica ainda em fase de admissibilidade.

*Orientação Coger nº 3*

*A instauração do incidente de sanidade mental pode se dar em qualquer momento processual em que se cogite de dúvida acerca da imputabilidade do servidor à época do fato ou da sua capacidade de acompanhar o processo disciplinar, inclusive em sede de juízo de admissibilidade e em fase de julgamento.*

Tendo sido deliberada pela comissão a realização, *ex officio* ou a pedido, do exame pericial, o colegiado formula seus quesitos e oferta à defesa a apresentação de seus próprios quesitos e os encaminha à autoridade instauradora, juntamente com outros documentos porventura existentes que apontem para a dúvida razoável acerca da sanidade mental do acusado. A autoridade instauradora deve então determinar a protocolização, na forma de um processo à parte, do pedido de exame pericial, contendo os quesitos, e todos os documentos que o instruem. Este processo, contendo o incidente, deve ser remetido à junta médica oficial da Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda. Em outras palavras, o incidente se processa em auto apartado, devendo ser apensado ao principal somente após se ter o laudo da junta médica oficial. **Ressalte-se que se o incidente já estiver autuado em processo digital formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), presumindo que o órgão responsável pela junta médica oficial não seja usuário do sistema, deve ser remetida cópia com suporte documental em papel deste processo incidental, por intermédio de ofício da autoridade instauradora.**

Diferentemente do que ocorre no processo penal, em razão da natureza sigilosa da instância disciplinar, somente podem ser disponibilizados para os membros da junta médica estritamente os documentos que suscitaram dúvida razoável da sanidade mental do servidor, não se podendo conceder-lhes acesso integral aos autos.

*Orientação Coger nº 9*

*À vista do sigilo da instância disciplinar, devem ser disponibilizados à junta médica apenas os documentos que suscitaram a dúvida razoável acerca da sanidade mental do servidor.*

Diante da ausência de poder coercitivo a favor da Administração para conduzir o servidor à perícia médica, pode a autoridade instauradora provocar a Advocacia-Geral da União ou o Ministério Público Federal para que solicitem ao Poder Judiciário a determinação para que o faltoso se submeta àquela prova pericial, quando esta é suscitada de ofício. Mas não cabe tal provocação se a instauração do incidente de sanidade mental decorreu de postulação da própria defesa, pois, neste caso, o não comparecimento a que o próprio servidor der causa não gera nulidade.

*CC - Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.*

*Orientação Coger nº 8*

*É possível provocação à Advocacia-Geral da União ou ao Ministério Público Federal para que solicitem determinação judicial para servidor se submeter à perícia médica suscitada de ofício.*

Na esteira, conforme melhor se abordará em **4.10.2.4.5**, uma vez que a natureza jurídica da suspensão prevista no art. 130, § 1º, da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para o caso de servidor que se recusa (ainda que por uma única vez) a se submeter à perícia médica, é de uma medida coercitiva desprovida de caráter punitivo (tanto que não pode figurar como reincidência), prescinde-se de reiteração da conduta e da instauração de processo administrativo disciplinar para imposição da sanção. Não obstante, no caso de instauração de incidente de sanidade mental em face de servidor acusado em instância disciplinar, é necessária mínima instrumentalização. Neste mesmo processo administrativo incidental, a ser instruído com os documentos que comprovem a conduta omissiva do servidor em não se submeter à perícia médica deliberada, deve-se coletar a manifestação do servidor. Ato contínuo, a autoridade instauradora pode solicitar a seu grupo de assessoramento a feitura de parecer que, após analisar a justificativa apresentada pelo servidor, deve propor a aplicação da pena de suspensão por quinze dias ou propor o arquivamento do feito. No caso de aceitação de proposta de penação, deve a autoridade instauradora fazer publicar sua portaria.

*Lei nº 8.112, de 1/12/90 - Art. 130.*

*§ 1º Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação.*

*Orientação Coger nº 7*

*Regularmente instaurado o incidente de sanidade mental, a recusa injustificada para submeter-se à realização da perícia médica, após ser oportunizada a manifestação acerca dos motivos da contrariedade, enseja a aplicação, como mera medida coercitiva à margem do regime disciplinar, da sanção de suspensão de até quinze dias.*

Convém lembrar, conforme já aduzido em **4.4.9.1**, que o Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal, emitido pela Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações de Trabalho no Serviço Público do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - MPDG/SEGRT e aprovado pela Portaria MPDG/SEGRT nº 19, de 20/04/17, prevê a possibilidade de o servidor se fazer acompanhar, na perícia, de seu médico particular, na condição de assistente técnico. Assim, na eventualidade de se deparar com este pedido, sendo esta uma questão muito afeta às peculiaridades da seara médica (inclusive de fortes balizamentos ético-profissionais específicos), convém que a comissão não se manifeste e apenas encaminhe este pedido à junta oficial.

Quanto à origem do médico ou da junta médica oficial, a princípio, busca-se no próprio órgão a que está vinculado o servidor (ou seja, no caso, empregam-se os médicos ou as juntas médicas oficiais das Superintendências de Administração do Ministério da Fazenda). Não obstante, ao tratar da assistência à saúde do servidor, a Lei prevê ainda a possibilidade de se realizarem perícias ou inspeções médicas em outros órgãos públicos da área de saúde ou no Instituto Nacional de Seguro Social (INSS).

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 230. A assistência à saúde do servidor, ativo ou inativo, e de sua família compreende assistência médica, hospitalar, odontológica, psicológica e farmacêutica, terá como diretriz básica o implemento de ações preventivas voltadas para a promoção da saúde e será prestada pelo Sistema Único de Saúde - SUS, diretamente pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado o servidor, ou mediante convênio ou contrato, ou ainda na forma de auxílio, mediante ressarcimento parcial do valor despendido pelo servidor, ativo ou inativo, e seus dependentes ou pensionistas com planos ou seguros privados de assistência à saúde, na forma estabelecida em regulamento. (Redação dada pela Lei nº 11.302, de 10 de maio*

de 2006)

*§ 1º Nas hipóteses previstas nesta Lei em que seja exigida perícia, avaliação ou inspeção médica, na ausência de médico ou junta médica oficial, para sua realização o órgão ou entidade celebrará, preferencialmente, convênio com unidades de atendimento do sistema público de saúde, entidades sem fins lucrativos declaradas de utilidade pública, ou com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*§ 2º Na impossibilidade, devidamente justificada, da aplicação do disposto no parágrafo anterior, o órgão ou entidade promoverá a contratação da prestação de serviços por pessoa jurídica, que constituirá junta médica especificamente para esses fins, indicando os nomes e especialidades dos seus integrantes, com a comprovação de suas habilitações e de que não estejam respondendo a processo disciplinar junto à entidade fiscalizadora da profissão. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*§ 3º Para os fins do disposto no caput deste artigo, ficam a União e suas entidades autárquicas e fundacionais autorizadas a: (Incluído pela Lei nº 11.302, de 10/05/06)*

*I - celebrar convênios exclusivamente para a prestação de serviços de assistência à saúde para os seus servidores ou empregados ativos, aposentados, pensionistas, bem como para seus respectivos grupos familiares definidos, com entidades de autogestão por elas patrocinadas por meio de instrumentos jurídicos efetivamente celebrados e publicados até 12 de fevereiro de 2006 e que possuam autorização de funcionamento do órgão regulador, sendo certo que os convênios celebrados depois dessa data somente poderão sê-lo na forma da regulamentação específica sobre patrocínio de autogestões, a ser publicada pelo mesmo órgão regulador, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias da vigência desta Lei, normas essas também aplicáveis aos convênios existentes até 12 de fevereiro de 2006; (Incluído pela Lei nº 11.302, de 2006)*

*II - contratar, mediante licitação, na forma da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde que possuam autorização de funcionamento do órgão regulador; (Incluído pela Lei nº 11.302, de 2006)*

O esclarecimento da questão, a cargo do corpo técnico competente e dotado de fé pública, é importante no processo disciplinar pois, dependendo do momento sobre o qual se cogita da incapacidade mental, a instância administrativa pode se ver obrigada a suspender o prosseguimento do feito disciplinar ou até mesmo a acatar o conceito de inimputabilidade. Na esfera penal, diz-se inimputável aquele que, comprovadamente, mediante perícia médica, é inteiramente incapaz de entender o caráter delituoso de sua conduta, restando então isento de pena.

#### *CP - Inimputáveis*

*Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.*

Assim, basicamente, o que se quer saber da junta médica oficial se resume a duas questões: se o servidor tinha capacidade de entender a ilicitude de sua conduta à época do cometimento e se o servidor tem capacidade de acompanhar o processo e nele exercitar sua defesa ao tempo do processamento. Nesta linha central, não convém a comissão perguntar à junta médica oficial qual a doença porventura acomete o servidor. A menos que este tenha previamente aberto mão de seu sigilo médico, esta é uma questão a ser evitada - até porque, a rigor, de nada interessa à comissão, não formada por médicos públicos e em geral integrada por leigos na matéria, saber qual a doença, pois o que importa ao colegiado é saber se dela decorrem, ou não, efeitos incapacitantes. Daí porque também os laudos médicos, particulares ou oficiais apresentam as moléstias por meio de códigos internacionalmente padronizados (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde,

ou mais simplesmente Classificação Internacional de Doenças - CID) não por sua descrição.

Mas, à vista da peculiaridade do caso concreto, não se desperdiça a oportunidade de provocar com mais profundidade a junta médica oficial, enriquecendo o rol de quesitos. Os quesitos a seguir listados são mera sugestão exemplificativa e não exaustiva de uma lista bastante abrangente para serem apresentados pela comissão, podendo ser eliminados ou modificados alguns ou até mesmo inseridos outros, sempre atentando para o foco que se quer esclarecer: se se quer avaliar a inimizabilidade penal à época dos fatos ou a capacidade de acompanhar o processo. Além de quesitos gerais que podem ser incluídos qualquer que seja o foco apuratório, há quesitos dirigidos ao tempo do cometimento do fato e há quesitos dirigidos ao tempo do processamento, além de quesitos voltados para o tempo futuro. E, obviamente, pode a defesa acrescentar os seus quesitos, em contraposição aos quesitos da comissão.

- Quesitos gerais (tanto sobre males pretéritos quanto futuros):
  - O servidor foi ou é portador de doença ou deficiência mental?
  - Qual a doença ou deficiência mental?
  - Quais os exames, porventura apresentados, comprovam a possível doença ou deficiência mental?
  - É possível estimar a data do início da doença ou deficiência mental? E da cessação, se for o caso? Qual (ano e mês)?
- Quesitos acerca de males pretéritos:
  - O servidor, por doença ou deficiência mental era, ao tempo do fato narrado na denúncia, inteiramente incapaz de entender-lhe o caráter supostamente ilícito?
- Quesitos acerca de males atuais:
  - Qual o estado atual da saúde mental do servidor?
  - O servidor possui, atualmente, alguma restrição decorrente de doença ou deficiência mental no que concerne ao seu discernimento para participar de processo administrativo disciplinar e, destacadamente, de ser interrogado sobre fatos constantes do processo?
  - O servidor, em razão da doença ou deficiência mental constatada, pode locomover-se ou sofre alguma limitação? Especificar, se for o caso.
- Quesitos acerca de previsões futuras:
  - Caso esteja impossibilitado de responder a processo administrativo disciplinar, em razão de sua doença ou deficiência mental, há alguma expectativa de melhora, de tal sorte que possa a vir a acompanhar o citado processo e ser interrogado?
  - O servidor necessita de reavaliação médica? Qual a data limite?
  - Existe a possibilidade de a junta médica oficial abonar as faltas ao serviço nas datas especificadas sem a apresentação de atestado médico, apenas considerando-se o quadro médico e os relatórios médicos particulares apresentados pelo servidor?
  - A doença apresentada pelo servidor impedia-lhe de entender e cumprir sua obrigação básica de submeter-se a avaliação da junta médica oficial para justificar as faltas ao serviço nas datas especificadas?
- Quesitos da defesa (caso os apresente).

Após a devolução do processo incidental da junta médica oficial para o Escor, contendo o laudo pericial, a autoridade instauradora deve remetê-lo para a comissão, a fim de ser apensado ao PAD.

Daí, se a junta médica oficial atesta a capacidade mental do servidor tanto à época do fato quanto à época em que é processado, o processo administrativo disciplinar segue normalmente, com o próprio acusado.

Mas se a junta médica oficial atesta a incapacidade mental do servidor apenas à época da conduta tida como ilícito funcional, declarando-o normal à época em que é processado, a comissão relata o fato à autoridade instauradora, com proposta de que seja arquivado o processo administrativo disciplinar, salvo se houver prejuízo a ser ressarcido ao erário, quando então prosseguirá, com a presença do próprio acusado, para inscrição em dívida ativa.

Já se a junta médica oficial atesta a incapacidade mental do servidor não só à época da conduta ilícita como também à época do processo, igualmente a comissão relata à autoridade instauradora com proposta de arquivamento do processo administrativo disciplinar, salvo se houver prejuízo a ser ressarcido ao erário, quando então, neste caso, prosseguirá, para inscrição em dívida ativa, com a presença de defensor, a ser designado pela autoridade administrativa competente para o processo de ressarcimento, ou por curador, se porventura existir, por designação do juízo civil em decorrência de interdição judicial.

*CPP - Art. 151. Se os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável nos termos do art. 22 do Código Penal, o processo prosseguirá, com a presença do curador.*

*(Nota: O antigo art. 22 do CP passou a ser art. 26, com a redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)*

*CC - Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.*

*Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:*

*II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;*

*Art. 1767. Estão sujeitos a curatela:*

*I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;*

*II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;*

*III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;*

Neste caso, em que, além da comprovada incapacidade mental à época, a junta médica oficial atesta que a incapacitação de se autodeterminar permanece, instrui-se o processo administrativo disciplinar com cópia do processo do incidente de sanidade mental, desapensa-se este do principal, arquivam-se o principal e remete-se apenas o processo do incidente de sanidade mental de volta ao Serviço Médico, a fim de que se opine sobre a necessidade de se conceder licença para tratamento de saúde (por no máximo 24 meses) e, após este período, aposentadoria por invalidez.

E, por outro lado, se a junta médica oficial conclui que o servidor é doente mental à época em que corre o processo (a ponto de não compreender a ilicitude e de se defender) mas que a doença é posterior à infração, ou seja, que ele tinha capacidade à época do cometimento do fato, o andamento do processo administrativo disciplinar fica suspenso (pelo limite máximo do prazo prescricional, que, *a priori*, não se suspende) até que se comprove a cura, quando prosseguirá em seu curso normal de apuração da responsabilidade pelo ato (inclusive com a faculdade de se refazer atos de instrução que porventura tenham sido realizados sem sua presença).

*CPP - Art. 152. Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o § 2º do art. 149.*

*§ 2º O processo retomará o seu curso, desde que se restabeleça o acusado, ficando-lhe assegurada a faculdade de reinquirir as testemunhas que houverem*

*prestado depoimento sem a sua presença.*

*Parecer Dasp. Insanidade mental - Nexo de causalidade*

*Não deve ser demitido o funcionário alienado mental, ainda quando haja dúvidas a respeito de qual seria seu estado psíquico à época em que cometeu a infração. Mediando, aliás, poucos meses entre a prática do ilícito e a constatação oficial da insanidade mental, é fácil presumir-se que já havia esta por ocasião daquela.*

Decorridos vinte e quatro meses sem que o acusado se restabeleça, sendo aposentado por invalidez (conforme o art. 188 da Lei nº 8.112, de 11/12/90), o processo disciplinar é arquivado, salvo se houver prejuízo a ser ressarcido ao erário, quando então prosseguirá, para a reparação civil, com a presença de defensor, a ser designado pela autoridade administrativa competente para o processo de ressarcimento, ou por curador, se porventura existir, por designação do juízo civil em decorrência de interdição judicial.

*Orientação Normativa Dasp nº 37. Aposentadoria*

*Unicamente na hipótese de comprovada alienação mental e, conseqüentemente, de inimputabilidade, o funcionário que tenha praticado infração disciplinar gravíssima poderá eximir-se da sanção expulsiva e obter aposentadoria por invalidez.*

*Orientação Normativa Dasp nº 7. Lesão aos cofres públicos*

*Comprovada a insanidade mental do funcionário autor de lesão aos cofres públicos, deve ser aposentado, sem prejuízo da inscrição da dívida para cobrança amigável ou judicial, remetendo-se, ao Ministério Público, os elementos necessários a que intente a ação penal.*

Destaque-se que a aposentadoria por invalidez não está alcançada pela vedação prevista no art. 172 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, acerca de exoneração a pedido e aposentadoria para quem responde a processo administrativo disciplinar.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar somente poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.*

Ao final do incidente, tendo sido o processo incidental apensado aos autos e tendo a comissão procedido à análise do laudo, notifica-se o acusado.

Não se perca de vista que as menções anteriores a curador se justificam porque, em casos da natureza do que aqui se trata, tanto já pode estar em curso processo judicial para interdição judicial para os atos da vida civil por motivos externos ao processo disciplinar (ou já ter havido a decisão judicial interditando o servidor) como aquela medida pode vir a ser provocada pela comissão.

No primeiro caso, detectando-se que transcorre processo judicial de interdição, deve a autoridade instauradora informar ao juízo a existência do processo disciplinar; e já havendo decisão de interdição, basta aquela autoridade solicitar ao juízo a concessão de cópia do processo judicial, a fim de ser juntada nos autos administrativos, para que, na sequência, a comissão, movida por sua prerrogativa de livremente valorar as provas autuadas, interprete o alcance e as repercussões cabíveis da decisão judicial no feito disciplinar. Para tanto, *a priori*, a comissão possui soberania para apreciar o conjunto probatório, dispensando que se condicione a oficiar o juízo para que este manifeste como a prova judicial deve ser valorada na instância disciplinar; não obstante, até pode haver provocação ao juízo na excepcional hipótese de restar alguma dúvida ou insegurança acerca da capacidade ou não do acusado para acompanhar a persecução disciplinar.

Quanto ao segundo caso, de interdição provocada pela comissão, se o servidor obtém a declaração de insanidade mental pela junta médica oficial, em decorrência de doença mental posterior ao cometimento da irregularidade, nada impede, caso se mostre conveniente, que se

provoque também a sua interdição judicial, mediante o órgão do Ministério Público Estadual, via autoridade instauradora, segundo se prevê nos arts. 747, IV e 748 do CPC, junto ao juízo civil (embora se reconheça que tal providência não interfere na questão da possibilidade de retomada do processamento, uma vez que o curador porventura designado não poderá acompanhar o processo em nome do acusado). A menos que a sentença expressamente conceda efeito retroativo à interdição, o fato de o servidor ser declarado judicialmente interdito não necessariamente tem o condão de isentá-lo de possível responsabilização administrativa, caso ainda venha a se curar da doença mental a fim de poder se defender no processo, e muito menos de isentá-lo de eventual responsabilização civil.

*STJ, Recurso Especial nº 550.615: “Ementa: 2. A interdição resulta sempre de uma decisão judicial que verifica a ocorrência, em relação a certa pessoa, de alguma das causas desta incapacidade. A sentença que decreta a interdição, via de regra, exceto quando há pronunciamento judicial expresso em sentido contrário, tem efeito ‘ex nunc’ (...).”*

Na hipótese residual, caso a junta médica ateste nada poder afirmar conclusivamente acerca da existência ou não de doença mental ao tempo do cometimento do fato, é de se perquirir se há prontuários médicos do servidor à época, que possam, de certa forma, suprir a inconclusividade do laudo e amparar a convicção - ainda que precária - de que o servidor aparentava gozar de saúde mental à época (na hipótese de não haver nenhum registro de consultas, licenças, receituários ou quaisquer ocorrências médicas indicadoras de moléstia mental), ou em sentido contrário, de que aparentava já apresentar sintomas de incapacidade mental (na hipótese de haver qualquer registro de ocorrência médica indicador de moléstia mental).

Abra-se neste ponto um parêntese sobre a possibilidade reformadora do laudo pericial de natureza médica. Antes, lembre-se que o tema já foi enfrentado em **4.4.9**, a cuja leitura se remete, para evitar desnecessária repetição de entendimentos e de comandos normativos ora cabíveis uma vez que são aplicáveis indistintamente à qualquer espécie de prova pericial.

Isto porque, sendo o incidente de sanidade mental uma prova pericial *lato sensu*, materializada nos autos por meio de decorrente laudo pericial (no caso, em espécie, laudo médico), até se pode cogitar, primeiramente, da excepcional hipótese de a prova ser rejeitada por não se harmonizar com o conjunto probatório, à vista da liberdade conferida à comissão para apreciar e para valorar cada elemento formador de convicção.

*CPP - Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.*

Na esteira desta residualíssima possibilidade, menciona-se a hipótese também incomum de o laudo médico poder ser considerado como inconclusivo, incompreensível ou insatisfatório, tanto por entendimento espontâneo da comissão, tanto em atendimento à provocação da defesa. Na excepcionalidade de tal quadro - que, reitere-se, tem configuração condicionada ao entendimento e à concordância crítica por parte do colegiado, exercitando sua livre valoração do conjunto probatório -, uma das soluções aceitáveis é de a prova pericial ser refeita na mesma instância. Na hipótese, cabe então a mesma instrumentalidade originária de a comissão provocar a autoridade instauradora para que esta solicite à mesma (ou a outra, a critério do Serviço Médico) junta médica uma nova submissão do acusado à perícia médica. Destaque-se que, até aqui, no saneamento mais completo da crítica à prova materializada nos autos, está se cogitando de feitura de novo ato de instrução e não de simples refazimento ou aditamento do laudo; sem embargo, esta outra hipótese, de mais simples solução, também é aceita, visto que o inciso I do § 5º do art. 159 do CPP, voltado às provas periciais como um todo, permite que, a pedido da parte, se ouçam os peritos ou que se lhes remetam quesitos que redundem em complementação do seu laudo.

*CPP - Art. 159.*

*§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à*

*perícia: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*

*I - requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*

*“O uso de expressões técnicas desconhecidas, por exemplo, pode exigir um esclarecimento adicional.(...) ou (...) a sua conclusão parece contrária ao convencimento que já se tinha; ou então contrasta com todas as demais provas já recolhidas (...). A comissão, então, pode solicitar ao perito que complete, explique ou compareça a audiência para ser inquirido. Esta previsão encontra-se no art. 435 do CPC.” Léo da Silva Alves, “A Prova no Processo Disciplinar”, pgs. 168 e 169, Editora Lumen Juris, 1ª edição, 2003*

*“(...) Mesmo que não haja acompanhamento da perícia, pois muitas vezes esse exame técnico é feito por órgão ou entidade oficial competente, é sempre possível contraditar o laudo apresentado, podendo-se requerer a inquirição do perito em audiência.” Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, “Processo Administrativo”, pg. 139, Malheiros Editores, 1ª edição, 2001*

Em sentido contrário à excepcional possibilidade de se deferir o aprimoramento da prova pericial em tela para fim correcional e diferentemente do que pode ocorrer em laudos médicos voltados para qualquer outra forma de relação estatutária, não cabem pedido de reconsideração e recurso hierárquico em face de laudo pericial decorrente do incidente de sanidade mental no âmbito de processo disciplinar. Afinal, não há que se confundir a submissão do servidor à junta médica para fim de instruir devidamente o processo disciplinar com o exercício do direito estatutário de petição, gênero em que repousam as espécies pedido de reconsideração e recurso hierárquico, nos arts. 106 e 107 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, mais especificamente no Capítulo VIII - Do Direito de Petição do Título III - Dos Direitos e Vantagens, à margem dos Títulos e Capítulos dedicados ao regime e ao processo disciplinares. Tanto é assim que, não obstante preveja as possibilidades de interposição de pedido de reconsideração e de recurso (não necessariamente hierárquico mas sim tão somente a outro perito ou a outra junta médica, o que mitiga o senso comum de hierarquia revisora em seara médica) frente a laudos periciais, o já mencionado Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal, aprovado pela Portaria MPDG/SEGRT nº 19, de 20/04/17, ao aduzir que, após o servidor ter tido ciência de indeferimento do pleito recursal, os dias em que não comparecer ao trabalho serão considerados como faltas justificadas passíveis de compensação, deixa claro que tais hipóteses se dirigem a situações ordinárias de comparecer ou não comparecer ao trabalho e de ter ou de não ter amparo para tais ausências, atinentes à atuação cotidiana da mera gestão de pessoas, não se confundindo com a situação específica de interesse público indisponível na instrução processual de um rito de natureza punitiva e, portanto, não se aplicando ao foco específico de incidente de sanidade mental em processo disciplinar

*“Caso o servidor não concorde com a decisão pericial terá o direito de interpor um pedido de reconsideração que será dirigido à autoridade que houver proferido a decisão sendo a avaliação realizada pelo mesmo perito ou junta oficial.*

*Na hipótese de novo indeferimento, o servidor poderá solicitar recurso, que deverá ser encaminhado a outro perito ou junta, distinto do que apreciou o pedido de reconsideração.*

*Em caso de deferimento do pedido de reconsideração ou recurso, os efeitos da decisão retroagirão à data do ato impugnado. Em caso contrário, os dias em que o servidor não comparecer ao trabalho serão considerados como faltas justificadas, podendo ser compensadas de acordo com o previsto no art. 44 da Lei nº 8.112, de 1990, ou seja, a critério da chefia imediata do servidor.*

*Modelos de Laudos, Registros e Pedidos de Reconsideração e Recurso a*

*Perícia Oficial em Saúde: (...) Tenho ciência que, tratando-se de indeferimento deste pleito, os dias em que não comparecer ao trabalho serão considerados como faltas não justificadas.*”, Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - Secretaria Gestão de Pessoas e Relações de Trabalho no Serviço Público, “Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal”, 3ª edição, 2017, pg. 38 de seu Capítulo II e modelos de seu Anexo II

Nesta linha, percebe-se que a CGU, em manifestação doutrinária acerca de prova pericial *lato sensu*, não inclui o pedido de reconsideração e o recurso hierárquico como possibilidades a serem manejadas nem pela comissão e menos ainda pela defesa em face de laudo pericial.

*“Em princípio, a participação do acusado para a formação da prova pericial cinge-se às manifestações já expostas: I) requerer a produção desse meio de prova, II) formular quesitos, após ser intimado para tal fim, III) contestar elementos do laudo pericial, depois de notificado sobre a sua juntada aos autos e, finalmente, IV) requerer a oitiva do perito, e nessa ocasião inquiri-lo.”*, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 141, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13

Na mesma linha, também convém reproduzir os entendimentos externados pela Advocacia-Geral da União, em sua manifestação doutrinária igualmente para qualquer espécie de prova pericial, devendo-se atualizar as remissões para os §§ 1º a 3º do art. 480 do CPC.

*“Outros aspectos a serem observados pela comissão processante quanto à produção da prova pericial são os seguintes:*

- a) se a comissão entender necessário, poderá intimar o perito para prestar esclarecimentos oralmente sobre determinada questão;*
- b) a comissão processante deverá basear suas conclusões no que for posto no laudo pericial, sem prejuízo, no entanto, de formar convicção diversa, desde que amparada em outras provas e que o faça de forma fundamentada;*
- c) a comissão processante poderá solicitar, de ofício ou a requerimento do acusado, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida;*

*Obs. 1) a segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaíram a primeira e se destina a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu (art. 438 do Código de Processo Civil);*

*Obs. 2) ‘a segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira’ (art. 439 do Código de Processo Civil);*

*Obs. 3) a segunda perícia não substitui a primeira, cabendo a comissão processante apreciar livremente o valor de uma e outra.”*, Advocacia-Geral da União, “Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, 1ª edição, 2015, disponível em <http://www.agu.gov.br/unidade/cgau>, acessado em 29/05/17

Fechado aquele parêntese, eis que, havendo mais de um acusado, sendo declarada a insanidade mental de um deles, recomenda-se desmembrar o processo administrativo disciplinar, a fim de que prossiga seu curso para o outro acusado. Na verdade, esta recomendação pode ser ainda mais elástica, aceitando-se a deliberação de desmembramento, a critério da comissão, se operacionalmente se justifica, já desde o momento em que se propõe a instauração dos autos apartados para avaliação da insanidade mental de um dos acusados.

*STF, ‘Habeas Corpus’ nº 74.459: “Ementa: Penal. Processual penal. ‘Habeas corpus’. Exame de insanidade mental. Desmembramento do processo. Inocorrência de nulidade. (...).*

*I - Tendo o paciente alegado, durante o interrogatório, que era portador de doença mental, o Juiz determinou a realização do exame pericial e o desmembramento do processo, com base no art. 80 do C.P.P., em face de*

*existência de co-réus com prisão decretada.”*

Em sentido complementar ao que se empregou ao se apresentarem as primeiras repercussões da instauração do incidente de sanidade mental no processo administrativo disciplinar, necessário se faz perceber que alguns importantes reflexos deste ato devem ser apreciados sob enfoques distintos, associados aos já mencionados dois momentos possíveis sobre os quais pode se voltar a prova pericial, quais sejam, se a perícia médica visa a avaliar a imputabilidade do acusado à época dos fatos ou se visa a avaliar também - ou somente - suas condições de acompanhar o processo.

A primeira aplicação desta percepção, já mencionada acima, reside em que somente se justifica suspender a realização dos atos de instrução probatória, a exemplo do que ocorre no processo penal, no caso de o incidente de sanidade mental ser instaurado para avaliar a capacidade de o acusado acompanhar o processo disciplinar, devendo-se prosseguir com o rito quando visa a avaliar sua imputabilidade. No curso do incidente instaurado para avaliar a capacidade do servidor acompanhar o feito, o andamento do processo administrativo disciplinar propriamente dito fica suspenso, salvo quanto a atos que podem ser prejudicados pelo adiamento ou cuja realização independe do exame (atos referentes a outro acusado, por exemplo). Mas a extensão do período em que a instrução processual deve ficar suspensa varia em razão da origem da instauração do incidente de sanidade mental. Se a realização da perícia decorreu de pedido da própria defesa, a instrução deve ficar suspensa somente até o momento em que a Administração disponibiliza a junta médica ao servidor, podendo ser retomada se este injustificadamente não se sujeita à prova pericial; mas se a realização da perícia médica decorreu de provocação *ex officio* da própria comissão, a instrução processual deve restar suspensa até que a prova se concretize, nem que para isto a autoridade instauradora tenha de lançar mão da já comentada possibilidade de provocar a Advocacia-Geral da União ou o Ministério Público Federal para que solicitem ao Poder Judiciário a determinação para que o faltoso se submeta àquela prova pericial

Em razão desta possibilidade de se ter de suspender o andamento do processo, este exame pericial somente deve ter sua realização deliberada pela comissão se efetivamente houver elementos que justifiquem se cogitar de dúvida acerca do perfeito estado de saúde mental do servidor (como, por exemplo, alegações ou atestados particulares por ele mesmo carreados aos autos). Como uma prova pericial *lato sensu*, sua realização se condiciona à sua imprescindibilidade na formação da convicção, sobretudo se se reporta à capacidade de o servidor acompanhar o feito.

Também se aplica aquela percepção ao se questionar a necessidade de que o servidor já periciado venha novamente a se submeter ao incidente de sanidade mental. Se o objetivo desta segunda perícia for avaliar a imputabilidade do acusado à época dos fatos, não há necessidade de submissão a novo exame, já que aquela realidade pretérita não se alterará no futuro; mas se o objetivo for avaliar sua capacidade de acompanhar o processo, a realização de novo exame condiciona-se à existência de fatos novos acerca de sua alegada insanidade, tais como novos exames, novas ocorrências ou novos tratamentos médicos.

*Orientação Coger nº 6*

*A alegação de necessidade de submissão à nova perícia médica somente se aplica diante de fatos novos para reavaliar a capacidade do servidor acompanhar o processo disciplinar.*

Mas pondere-se que, na hipótese de, após ter sido submetido à perícia em que a junta médica tenha atestado a capacidade de o servidor acompanhar o processo, este venha, no curso do inquérito administrativo, a apresentar apenas atestados particulares cogitando de alteração ou de piora em seu quadro médico, a submissão a nova perícia pode ser postergada. Diante desta situação em que a comissão dispõe de um laudo oficial e apenas de atestados particulares posteriores que, em tese, contradizem aquela peça da junta médica, o colegiado pode, antes de provocar que o servidor se submeta a nova perícia médica, tão somente remeter

estes documentos privados de seara médica aos peritos, a fim que estes, em seu múnus próprio, avaliem se os novos elementos alteram a convicção externada no laudo oficial ou se este pode ser mantido. Em outras palavras, diante apenas de tal divergência alegada pela defesa, com base puramente em atestados desprovidos de fé pública, pode a comissão de imediato deixar a cargo da junta médica, na leitura destes atestados, a decisão se cabe ou não submissão a nova perícia ou se cabe apenas, sem nova perícia, ratificar ou retificar seu laudo oficial.

Ainda neste rumo das repercussões da instauração do incidente sanidade mental, *a priori*, tal fato não possui o condão de, a favor do poder-dever estatal, suspender a contagem do prazo prescricional. Embora, na hipótese de o servidor ter declarada sua incapacidade de acompanhar o processo, a suspensão da instrução probatória não decorra de inércia ou de omissão da Administração mas sim de motivos alheios à sua vontade, na estrita previsão legal, tanto na Lei nº 8.112, de 11/12/90, quanto no CPP, a instauração do incidente de sanidade mental não suspende a contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva estatal. Não obstante, havendo a recuperação por parte do acusado de sua capacidade de acompanhar o processo, com o fim de poder retomar o processamento até a eventual apenação, pode a Administração adotar medida proativa de buscar a judicialização do processo já no seu curso, provocando a Advocacia-Geral da União ou o Ministério Público Federal para que solicitem, junto ao Poder Judiciário, o reconhecimento da suspensão da contagem do prazo prescricional no período em que o servidor teve declarada a sua incapacidade de acompanhar o feito.

*Orientação Coger nº 5*

*A instauração do incidente de sanidade mental somente acarreta a suspensão da instrução probatória se visa a avaliar a capacidade de o acusado acompanhar o processo disciplinar e não suspende o prazo prescricional da pretensão punitiva estatal, não obstante a possibilidade de a administração provocar a Advocacia-Geral da União ou o Ministério Público Federal a fim de solicitarem o reconhecimento judicial da suspensão do prazo prescricional no período em que o servidor teve declarada sua incapacidade de acompanhar o feito.*

Por fim, mencione-se que, no caso de servidor com indícios ou sintomas de insanidade mental mas que não responda a PAD ou sindicância disciplinar ou que não figure de nenhuma forma em qualquer procedimento em curso na Coger ou nos Escor, a análise acerca da realização de perícia médica insere-se exclusivamente no campo de competência gerencial, não devendo ser demandada ao Chefe de Escor ou ao Corregedor, já que, na hipótese, não há poder de coerção do sistema correcional em face do servidor.

*Orientação Coger nº 10*

*Indícios ou sintomas de insanidade mental por parte de servidor não envolvido em nenhuma espécie de procedimento correcional deve merecer tratamento gerencial.*

## **4.4.18 - Encerramento da Busca de Provas**

### **4.4.18.1 - Livre Apreciação do Conjunto de Provas**

Após ter buscado esgotar todos os meios de se elucidar o fato em apuração, a comissão delibera em ata o fim da coleta de provas. Neste rumo, resgata-se o que já foi aduzido em 4.3.1 e 4.4.1.4, relembrando a necessidade de a comissão, desde o início de seus trabalhos, ter identificado delimitadamente o objetivo de sua apuração, ou seja, qual o fato supostamente ilícito que tinha a esclarecer, e ter estabelecido uma estratégia para atingi-lo, por meio de uma sequência de atos instrucionais ao mesmo tempo lógica, enxuta e eficiente.

A conduta padrão que se espera da comissão é de ter envidado máximos esforços para realizar a maior quantidade possível de atos de instrução robustos e convincentes. Não se cogita de, *a priori*, a comissão, imotivadamente, abrir mão da riqueza da instrução probatória. Isto porque, por um lado, provavelmente, não se sustentará no julgamento um trabalho ágil porém insatisfatoriamente instruído, com a consequência de um ônus ainda maior ao se determinar seu refazimento ou sua complementação. Mas, por outro lado, deve a comissão, simultaneamente, também atender tanto para a qualidade de sua apuração quanto para a celeridade, visando à eficiência, ao buscar conciliar segurança jurídica do trabalho com prazo hábil.

Neste sentido, ainda que não tenha conseguido realizar todos os atos de prova de que se poderia cogitar ou nem mesmo aqueles que a princípio considerava relevantes, pode ser necessário a comissão deliberar o fim da instrução probatória. Tendo em mãos um conjunto de provas já suficiente para formar convicção, à vista, por exemplo, da demora em obter uma determinada prova complementar requerida ou da inviabilidade prática de se abarcar todo o universo fático, pode ocorrer de a comissão ter de enfrentar a questão de bem motivar a decisão de abrir mão de tais provas e de dar prosseguimento ao rito, sem com isto impor prejuízo à qualidade de seu trabalho e à robustez de seu convencimento. Há situações em que é mais razoável a comissão dispensar o preciosismo de esgotar ou exaurir a apuração, concluindo ser suficiente para a formação da sua convicção um universo fático mais restrito, porém bem comprovado, ao invés de buscar um universo fático mais extenso e frágil.

Como regra geral, concentrar esforços em configurar, por meio de provas incontestáveis, uma quantidade discreta de atos é mais produtivo do que despender esforços para tentar configurar extensiva ou exaustiva quantidade de atos, incluindo na apuração elementos de frágil ou discutível convicção. É sempre extremamente improdutivo, além de acarretar variadas formas de desgaste, quando a comissão abre demasiadamente o foco apuratório, tentando abarcar seja um longo período pretérito seja um ilimitado contorno fático. Ademais, a comissão não deve perder de vista que a apuração é sobre os fatos constantes dos autos - aceitando-se a extensão para fatos que porventura tenham surgido no decorrer do apuratório e que guardam relação de conexão com o objetivo inicial do processo - e não sobre a vida como um todo do acusado. Ou seja, se após o esgotamento da instrução probatória, já se tem um conjunto de provas suficientes para formar a convicção ou os fatos inicialmente representados ou narrados ou os fatos a eles conexos não se comprovaram, deve a comissão encerrar a apuração, em lugar de gastar esforços em apurar fatos sem nenhuma conexão com o motivo original da instauração, devassando imotivadamente a vida do acusado até encontrar algo criticável.

Ato contínuo à deliberação com que se declara encerrada a instrução probatória, a comissão deve expressar a convicção obtida com a leitura das provas coletadas, na indicição, se for o caso de cogitar de responsabilização, ou diretamente no relatório, no caso de se propor arquivamento. Para isto, a comissão avalia todo o conjunto probatório por ela mesma coletado. Deve-se atentar para o fato de que nenhuma prova deve ser avaliada isoladamente. Melhor dizendo, ao contrário, ao final da instrução, cada prova deve ser analisada no cotejo das demais, avaliando-se sua conformação ou não com o todo probatório. Neste momento, a comissão tem a seu dispor a análise crítica e a livre apreciação das provas que ela própria trouxe aos autos, conforme o *caput* do art. 155 do CPP, sem se confundir com discricionariedade e arbítrio, conforme já aduzido em **3.3.3.1**. Desta forma, tem-se que não há uma escala fixa de valoração da prova. O valor que se atribuirá a cada prova dependerá da sua conformação ou não com o restante das provas. Por exemplo, não obstante se possa esperar, em princípio, de uma oitiva de testemunha (tomada sob compromisso de verdade) maior valor que de uma declaração descompromissada, pode ser que, na análise de um caso concreto, a declaração descompromissada se revele mais coerente com as demais provas que uma oitiva compromissada, conforme já se aduziu em **4.4.5**. O mesmo já se alertou sobre uma possível confissão, em **4.4.16.5**.

*CPP - Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*

*“O princípio da livre convicção da prova norteia, também, os processos disciplinares. Não há hierarquia de provas. Nenhuma é mais importante que a outra, em razão da sua natureza. A autoridade administrativa, como o juiz, fará a apreciação livremente, atribuindo a cada prova o valor que lhe parecer adequado. Evidentemente, fundamentando o seu convencimento.” Léo da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, pg. 485, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

Neste ponto, convém reportar ao já mencionado em **4.4.1.1**, a cuja leitura se remete, com o fim de acrescentar ainda a válida possibilidade de se extrair convencimento mediante provas indiciárias. Diz-se dispor de provas indiciárias acerca de determinado fato quando se têm elementos provados no processo que, ao serem considerados, por presunção dedutiva, levam ao convencimento da ocorrência daquele fato. Destaque-se que as provas indiciárias são aceitas em instância processual, não se confundindo com a inválida situação de se impor determinada conclusão à vista apenas de suspeitas não comprovadas.

*“Além das modalidades probatórias exemplificadamente elencadas na Lei nº 8.112/90, acrescente-se, também, a que resulta de indícios veementes formados pelo conjunto de circunstâncias capazes de gerar convicção da existência do fato e de sua autoria.*

*Segundo o art. 239 do CPP:*

*‘Considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra, ou outras circunstâncias.’*

*A definição legal, constante do CPP, refere-se à indução e não à dedução, o que faz lembrar os métodos filosóficos de investigação da verdade, ou seja, o indutivo e o dedutivo.*

*Pelo método dedutivo, parte-se do geral para o particular e pelo indutivo, que nos interessa, parte-se do particular para o geral.*

*O raciocínio indiciário deverá, assim, ser formado a partir de fato restrito, comprovadamente existente, para se chegar, por lógica, à conclusão de fato mais geral, que se pretenda provar.*

*A prova indiciária é resultante do conjunto de condições, vestígios, indícios ou circunstâncias relacionadas com os fatos investigados. (...)*

*Indícios, portanto, não são meras suspeitas, são circunstâncias cujo exame conjunto e sequencial permitem formar segura convicção, com base no nexo de causalidade.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pgs. 148 e 149, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“O indício é um conceito largamente utilizado no Direito Processual Penal e, mais ainda, há de sê-lo no Direito Administrativo Sancionador. (...) O Direito Administrativo Sancionador é especialmente receptivo à prova indiciária enquanto meios probatórios, até porque essa modalidade de prova é fundamental no estabelecimento de pautas de ‘razoabilidade’ nos julgamentos. No campo das responsabilidades sancionatórias, cabe aduzir que os indícios podem ser suficientes para uma condenação, especialmente no terreno do Direito Administrativo repressor (...).” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pgs. 492 a 494, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Em síntese, neste momento processual, restam à comissão as possibilidades e condutas que se seguem.

Por um lado, se:

- desde o início do processo administrativo disciplinar, a comissão não vislumbrou elementos para notificar qualquer servidor para acompanhar como acusado o processo e assim se manteve até o final da busca de provas (a rigor, trata-se de hipótese pouco comum na processualística disciplinar); ou
- tendo notificado algum servidor para acompanhar como acusado o processo, ao final da busca de provas, restou comprovada a inocência do acusado; ou restou comprovado que o acusado cometeu a irregularidade, mas o fez sob excludente de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, cumprimento de dever legal e exercício regular de direito, conforme se verá em **4.6.2.2**); ou não se obtiveram provas cabais nem da inocência e nem do cometimento da irregularidade por parte do acusado (na insuficiência de prova, prevalecem as máximas da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*):

a comissão delibera em ata o final da instrução e, sem indicição e sem defesa escrita, apresenta o relatório à autoridade instauradora, com propostas de absolvição antecipada e de arquivamento do processo.

*STJ, Recurso Especial nº 1.090.425: “Ementa: (...) 2. A sentença penal absolutória que reconhece a ocorrência de causa excludente de ilicitude (estado de necessidade) faz coisa julgada no âmbito administrativo, sendo incabível a manutenção de pena de demissão baseada exclusivamente em fato que se reconheceu, em decisão transitada em julgado, como lícito. (...)”*

*“No final dos trabalhos apuratórios, chegando a comissão, de modo unânime ou por maioria, ao convencimento de que o fato atribuído ao acusado foi cometido em circunstâncias lícitantes (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito), deverá, em vez de indiciá-lo, suscitar o julgamento antecipado do processo.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 180, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“d) existência reconhecida de excludente de criminalidade (art. 23 do Código Penal): se a sentença reconheceu que o ato foi praticado em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, embora existente o fato, e com autoria determinada, a conduta foi juridicizada e tal sentença faz coisa julgada no cível (art. 65, CPP). Portanto, na esfera administrativa o efeito é o mesmo, a conduta perde o caráter de ilicitude.” Edmir Netto de Araújo, “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, pg. 257, Editora Revista dos Tribunais, 1994, 1ª edição*

Por outro lado, se as provas apontarem para a imputação do acusado, a comissão deve indiciá-lo, como ato final da instrução, citando-o para apresentar defesa escrita, com posterior apresentação do relatório à autoridade instauradora.

Havendo divergência de mérito ou de convicção dentro da comissão acerca da decisão de indiciar ou não o servidor, remete-se ao que já se aduziu em **4.3.10.5**.

Destaque-se que, quando se cogita de imputação contrária ao servidor, tanto pode se cogitar de o servidor ter sido efetivamente o executor do fato em si quanto pode se cogitar de ter sido responsável por sua ocorrência, de ter propiciado com sua conduta que o fato ocorresse ou que terceiro o praticasse, concorrendo para a ocorrência.

## **4.5 - 2ª FASE: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - INDICIAÇÃO**

### **4.5.1 - Manifestação de Convicção Preliminar**

A indicição, como último ato da instrução, é o instrumento de acusação formal do servidor inicialmente notificado para acompanhar o processo administrativo disciplinar, refletindo convicção preliminar da comissão de que ele cometeu irregularidade.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 161. Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.*

Figurativamente, é como se, a partir deste momento, após a instrução contraditória, a comissão deixasse de se referir à “suposta” irregularidade e “possível” autoria (ou concorrência) para afirmar estar convicta do cometimento do fato por parte do indiciado (sem prejuízo de tal convicção poder ser alterada com a defesa). Deve-se sempre atentar que a responsabilização disciplinar pode não atingir apenas quem comete o ato ilícito, mas, em determinados casos, pode recair sobre quem, embora não o tenha cometido, tenha propiciado, com sua ação ou omissão, que outro o cometesse, concorrendo para a ocorrência. Assim, a autoria deve ser lida tanto no sentido estrito referente a “autor do ato” quanto no sentido amplo de “responsável pelo ato, por concorrência”.

Com a indicição, o servidor passa da qualidade de acusado para indiciado. Os termos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, são impróprios: no momento em que se chama o servidor aos autos por haver indícios contra ele, chama-o de “acusado”; no momento em que, após a instrução contraditória, formaliza-se a acusação contra ele, chama-o de “indiciado”.

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.074: “Ementa: (...) 2. Na fase instrutória do inquérito administrativo, o servidor figura como acusado e, nessa situação, terá o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, produzir contraprovas, reinquirir testemunhas, devendo, logo após, ser interrogado (artigos 156 a 159 da Lei 8.112/90).*

*3. Somente depois de concluída a fase instrutória, onde o acusado terá direito à ampla defesa, é que, se for o caso, será tipificada a infração disciplinar, formulando-se a indicição do servidor, com a especificação dos fatos e das respectivas provas, sendo, então, na condição de indiciado, citado para apresentar defesa (artigo 161 da Lei 8.112/90).”*

*Idem: STF, Mandado de Segurança nº 21.721; e STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11.625*

A comissão deve comunicar à autoridade instauradora a indicição do acusado, pois, conforme já aduzido em **2.1.4**, nos termos exigidos pelos arts. 2º e 3º da Portaria Coger-MF nº 17, de 30/01/14, cabe aos Escor (e também à Coger, nas excepcionais hipóteses em que o Corregedor figura como autoridade instauradora) alimentar, com tal informação, a base de dados externa, do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, do Ministério Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU).

Esta convicção é momentânea, antes de se analisarem os argumentos da defesa escrita, em relação aos quais a comissão não deve ser refratária, podendo vir a alterar seu entendimento. A indicição deve ser precedida de ata de deliberação, considerando encerrada a busca de elementos de convicção e decidindo indiciar o acusado.

Havendo mais de um servidor a ser indiciado, pode ser redigida uma indicição para cada quando os servidores têm diferentes situações, enquadramentos, provas (sobretudo se forem provas sob garantia de inviolabilidade, como sigilos fiscal ou bancário). Por outro lado, sendo idênticas as condições, também pode-se redigir apenas uma indicição e, em seu curso, especificar, de forma individualizada, as acusações contra cada um. Decerto é que não se aceita que, na ausência de prova da autoria de irregularidade (ou da concorrência para o fato), a comissão dilua a responsabilidade por todos os servidores arrolados no processo por estarem de alguma forma envolvidos com o fato.

*CF - Art. 5º*

*XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação*

*de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;*

*Formulação Dasp nº 261. Responsabilidade administrativa*

*A responsabilidade administrativa deve ser individualizada no respectivo processo, vedada, na impossibilidade de indicação do culpado, a sua diluição por todos os funcionários que lidaram com os valores extraviados.*

*“(...) não se permite a extensão da responsabilidade, de modo genérico, quando não for possível a individualização da responsabilidade.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 184, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

A indicição delimita a acusação e dentro deste limite o servidor deverá apresentar sua defesa escrita. Portanto, a indicição (além da notificação inicial como acusado e da intimação para interrogar) é peça essencial no processo em que se cogita de responsabilização funcional.

Neste ponto, convém lembrar o já abordado em **2.5.7**, no sentido de que em nenhum momento processual cabe à comissão ofertar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ao servidor e tampouco, neste estágio processual de elaboração de indicição, ainda que se indície por infração *a priori* punível com pena de advertência, pode a autoridade instauradora acatar eventual pedido apresentado a destempo (nos termos do § 1º do art. 6º da Instrução Normativa CGU nº 2, de 30 de maio de 2017, o prazo para se cogitar da celebração do acordo se encerra em cinco dias contados do recebimento da notificação inicial que comunica a condição de acusado).

#### **4.5.2 - Elementos Essenciais, Descrição Fática e Enquadramento Legal**

A indicição deve qualificar o servidor, descrever o fato apurado, apontar todas as provas que sustentam a convicção acerca da ocorrência do fato e esclarecer como estas provas a sustentam, com respectiva paginação nos autos (sem se confundir com o detalhamento que somente no relatório se exige) e, por fim, enquadrar a conduta. A remissão a termos redigidos na instrução deve ser feita com a reprodução apenas da passagem relevante, sendo dispensável reproduzir a íntegra de termos de depoimentos, de diligências ou de interrogatórios, laudos, etc. Sendo um texto em geral de mediana extensão, podendo ter algumas folhas, convém dedicar atenção às convenções formais de grafia de nomes compostos e de suas siglas e de menção a normas, expostos em **4.3.11.4**.

Cabe detalhar a determinação sinteticamente feita acima acerca de menção às provas e convicções acusatórias na indicição. Não basta a comissão listar as provas e apontar as folhas dos autos em que se encontram. Mais que isto, a fim de suprir amplitude defesa, deve a comissão discorrer sobre como cada prova atuou na formação de seu convencimento, indicando a relevância assumida por cada prova e porque cada um destes elementos influenciou sua convicção.

Além de mencionar provas e elementos formadores de convicção acusatória, também é necessário atentar para provas e alegações de defesa, antecipadas até o interrogatório, desdobrando seu tratamento aqui se foram acatadas ou não pela comissão.

Quando cabível, deve também a comissão explicitar porque não acatou determinadas provas e alegações de defesa já antecipadas até o interrogatório, antes da indicição. Do contrário, a defesa não terá elementos para discernir acerca da pertinência de reiterá-las na defesa escrita ou da improdutividade de repeti-las e da necessidade de buscar novas linhas de contra-argumentação. Por exemplo, pode a comissão ter coletado determinada prova relevante contrária ao acusado, a defesa tê-la contestado, apresentando uma contraprova, à qual, no entanto, a comissão não tenha atribuído o valor de afastar aquele primeiro elemento acusatório. Já que a menção à prova acusatória traz associada de forma inexorável também a

menção à contraprova de defesa, é necessário que a comissão, ao incluir o tal elemento acusador na indicição, também mencione a contraprova e os motivos de sua desconsideração (pois, do contrário, constando a análise apenas do relatório, que se volta à autoridade instauradora, a defesa não terá como contraditar o entendimento do colegiado).

Quanto a provas ou alegações de defesa antecipadas até o interrogatório e acatadas pela comissão, pode ou não ser relevante mencioná-las na indicição, de acordo com a percepção de que tais temas ainda podem ou não ser relevantes na defesa escrita. Se as provas ou alegações acatadas excluam da indicição parcela fática que guarda alguma relação com os fatos que sobraram na indicição, é interessante que a comissão manifeste expressamente o acatamento daquelas teses, porque este entendimento do colegiado pode ser explorado pela defesa contra o que ainda lhe restou imputado. De outro lado, se as provas ou alegações acatadas excluam da indicição parcela fática sem qualquer relação com os fatos que sobraram na indicição, pode a comissão silenciar-se, deixando apenas tácito o acatamento, se daí não vislumbra nenhum prejuízo à defesa acerca do que ainda lhe restou imputado.

Não obstante, o ideal é que a comissão cuide de esgotar todos os questionamentos acerca da convicção antes do interrogatório do acusado, o que, conseqüentemente, também antecederá a indicição, de forma que, neste termo, pode a comissão apenas fazer remissão aos elementos dos autos em que a ponderação de uma prova acusatória e de uma contraprova da defesa já tenha sido realizada e dos quais o acusado já tenha tido prévia ciência (como, a título de exemplo, uma ata de deliberação em que o colegiado já tenha exposto as razões de não considerar a tal contraprova).

Sendo em síntese uma descrição fática da comissão voltada exclusivamente ao servidor acusado (diferentemente do relatório, que é dirigido à autoridade instauradora), a indicição deve ter redação simples, compreensível por qualquer pessoa de senso mediano, mesmo leiga em matéria jurídica (pois o próprio servidor pode se defender, não sendo obrigatória defesa técnica), evitando-se latinismos, expressões jurídicas rebuscadas, citações doutrinárias e jurisprudenciais.

E reitere-se que os conteúdos obrigatórios acima expostos não devem fazer confundir o texto direto, sintético e enxuto da indicição com o texto detalhado do relatório. O que acima se expôs em termos de mencionar as provas relevantes na convicção em nada se confunde com enumerar, descrever e muito menos reproduzir todos os atos de instrução na indicição, antecipando o grau de pormenorização cabível apenas no relatório.

Somente ao final da instrução admite-se a indicação precisa da materialidade e da autoria (ou concorrência), daí porque se critica a precipitação de fazê-las na portaria de instauração e de descrever irregularidades na notificação inicial para acompanhar processo, conforme já se abordou em **4.2.2.1.1** e em **4.3.4.1**.

Neste rumo, extrai-se da leitura sistemática da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao amparo de manifestações da Advocacia-Geral da União (seus Pareceres AGU nº GQ-12, GQ-35, GQ-55 e GQ-121) e da jurisprudência, que existe uma coerente linha evolutiva a se seguir em caso de responsabilização. Primeiramente, a portaria instauradora apenas se reporta ao nº do processo, sem indicar fato irregular, enquadramento e autor. Em seguida, a notificação inicial para acompanhar o processo como acusado é o primeiro momento em que se identifica o possível autor ou responsável nos autos, ainda sem descrever a irregularidade e enquadrá-la. Somente após a instrução contraditória, com toda a riqueza de verdade que lhe é inerente, eis então que a comissão, na indicição, pela primeira vez ao longo do processo, tem autorização legal para formalizar acusação do fato apurado. Ademais, neste momento, a rigor, a comissão deve apresentar o enquadramento na Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao qual melhor se ajusta a conduta comprovada (não obstante este mandamento, se reconhece que a ausência de enquadramento não é motivo de nulidade do termo de indicação, mas, decerto, se recomenda enfaticamente que a comissão atente para a literalidade do art. 161 da citada Lei e enquadre a conduta). Por fim, no relatório, seu último ato, é que a comissão além de legalmente obrigada a enquadrar o

fato, também deve propor a pena cabível, se for o caso, conforme se verá em **4.9.2**.

Aqui, merece destaque no *iter* acima descrito o fato de que, na indicição, a rigor, o art. 161 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, menciona que a infração deve ser “tipificada” - ou, para ser mais coerente com a terminologia reinante em instância disciplinar, deve ser enquadrada, já que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não é típica como a lei penal. O comando legal estabelece, já no início de sua redação, que a comissão enquadre a conduta humana e concreta apurada na mais adequada hipótese normativa dentre o rol que os diversos incisos dos arts. 116, 117 e 132 da citada Lei descortinam ao aplicador (não se enquadra no CP ou demais leis definidoras de crime e tampouco apenas na Lei nº 8.429, de 02/06/92, e muito menos em códigos de ética ou de conduta, conforme se verá em **4.7**). Decerto, superada a crítica meramente terminológica, após identificar o autor, descrever os fatos e enumerar as provas, deve a comissão expor sua convicção no sentido de em qual enquadramento (em outras palavras, em qual inciso dos três mencionados artigos estatutários) melhor se amolda a conduta comprovada. É de se mencionar que, a rigor, se, por um lado, o Parecer AGU nº GQ-121, além de ratificar que a exposição de enquadramento na indicição não a anula por pré-julgamento, também afirma, por outro lado, que sua ausência igualmente não configura cerceamento de defesa e, portanto, também não anula o ato de acusação. Assim, ainda que apenas *ad argumentandum*, caso se interprete que o art. 161 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não é claro em seu comando impositivo e que caberia à comissão poder ou não enquadrar a conduta, é extremamente recomendável que seja feito, já antecipando o que será obrigatório fazer no relatório e também porque propicia ao indiciado melhores condições de se defender (esforços proporcionais de defesa), ao saber de forma mais completa o que pensa a comissão.

*Parecer AGU nº GQ-12, vinculante: “16 (...) princípios do contraditório e da ampla defesa (...) indicam a desnecessidade de se consignarem, no ato de designação da c.i, os ilícitos e correspondentes dispositivos legais, bem assim os possíveis autores, o que se não recomenda inclusive para obstar influências no trabalho da comissão de inquérito ou alegação de presunção de culpabilidade. É assegurada à c.i. a prerrogativa de desenvolver seus trabalhos com independência e imparcialidade.*

*17. A notificação dos possíveis autores para acompanharem o desenvolvimento do processo, pessoalmente ou por intermédio de procurador, será feita imediatamente após a instalação da c.i, a fim de garantir o exercício do direito de que cuida o art. 156 da Lei nº 8.112; a enumeração dos fatos se efetua na indicição do servidor, conforme prescrição dessa Lei, art. 161.”*

*Parecer AGU nº GQ-35, vinculante: “15. As opiniões doutrinárias tendentes a reconhecer a necessidade de se indicarem, nos atos de designação das comissões apuradoras, os fatos que possivelmente teriam sido praticados pelos envolvidos, como condição de validade processual pertinente à ampla defesa, não se adequam ao regramento do assunto em vigor, mormente em se considerando os comandos dos arts. 5º, LV, da Carta Magna e 153 da Lei nº 8.112/90, para que se observe o princípio do contraditório na fase processual de inquérito.”*

*Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: “9. Não se coaduna com o regramento do assunto a pretensão de que se efetue a indicação das faltas disciplinares na notificação do acusado para acompanhar a evolução do processo, nem essa medida seria conveniente, eis que seria suscetível de gerar presunção de culpabilidade ou de exercer influências na apuração a cargo da comissão de inquérito.”*

*Parecer AGU nº GQ-121, não vinculante: “10. (...) A omissão ou substituição de dispositivo, com vistas ao enquadramento e punição da falta praticada, não implica dano para a defesa, advindo nulidade processual, em consequência. A este aspecto encontrava-se atento o legislador ao determinar que os preceitos transgredidos devem ser especificados no relatório, sem adstringir esse comando à elaboração da peça instrutória. No entanto, o zelo demonstrado*

*pela c.i, quando indica, na indicição, os preceitos desrespeitados não merece a execução dos seus trabalhos.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.081: “Ementa: (...) IV - Inocorrência de nulidade quanto à portaria de instauração do processo disciplinar, seja porque fora proferida por autoridade no exercício de poder delegado seja porque fez referências genéricas aos fatos imputados ao servidor, deixando de expô-los minuciosamente - exigência esta a ser observada apenas na fase de indiciamento, após a instrução.”*

*Idem: STF, Recursos em Mandados de Segurança nº 2.203, 2.501, 4.174, 4.504 e 6998; e STJ, Mandados de Segurança nº 6.853, 7.066, 8.146, 8.258, 8.858 e 8.877*

*STJ, Mandado de Segurança nº 12.369: “Ementa: II - A descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na qual são efetivamente apurados, e não na portaria de instauração ou na citação inicial.”*

*Idem: STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 900.193*

*STJ, Mandado de Segurança nº 17.053: “Ementa: 8. Não se impõe, na fase inaugural, a minuciosa descrição do suposto ilícito praticado por cada servidor e o enquadramento legal da condutas, o que somente se torna indispensável no final da instrução por ocasião do indiciamento do servidor, a fim de propiciar o exercício das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.”*

*STF, Mandado de Segurança nº 21.321: “Ementa: (...) a defesa do indiciado em processo administrativo, como ocorre no processo penal, se faz com relação aos fatos que lhe são imputados, e não quanto a enquadramento legal.”*

*“Inferindo-se que o servidor imputado deva ser indiciado, promoverá a comissão, nos termos do art. 161 da Lei nº 8.112/90, a lavratura do respectivo despacho de instrução e indicição, o qual (...) deverá conter o dispositivo disciplinar que teria possivelmente sido infringido pelo servidor indiciado e mais um relato sucinto dos fatos irregulares atribuídos ao servidor.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 232, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Especial atenção deve ser dada à descrição do fato apurado, pois não será legítimo alterá-la, acrescentando novos detalhes no relatório, já após a defesa, pois tais detalhes restarão não contraditados. Até pode ocorrer de, após a defesa, no relatório, a comissão alterar o enquadramento legal sem que isto, por si só, provoque nulidade; mas não se pode alterar a descrição fática.

*TRF da 4ª Região, Apelação Civil nº 171.093: “Ementa: 1. No inquérito administrativo, semelhantemente ao que ocorre no processo penal, não pode o servidor ser punido com base em fato não constante da imputação que lhe foi inicialmente feita (‘mutatio libelli’). Se o inquérito foi iniciado para apurar abandono do cargo e inassiduidade habitual, tipificados nos incisos II e III do art. 132 da Lei 8.112/90, não pode o servidor ser demitido por improbidade administrativa, tipificada no inciso IV do mesmo artigo, cujo suporte fático é diverso, sem que lhe seja reaberta oportunidade para defesa.*

*2. No inquérito administrativo é de rigor que se formule o indiciamento do acusado com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas (art. 161 da Lei 8.112/90), para que possa formular sua defesa. A falta dessa formalidade nulifica o processo, ainda mais quando caracterizado o prejuízo à defesa”.*

*“O despacho de indiciamento tem por fim delimitar, processualmente, a acusação, o que significa dizer que a autoridade competente para julgar não poderá levar em conta fatos que não tenham sido articulados em seu contexto, sobre os quais não se estabeleceu contraditório e defesa.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”,*

Assim, por um lado, não se deve indiciar de forma incompleta e depois acrescentar acusações no relatório, já após a defesa, que não tenham sido incluídas na indicição. Neste momento do processo, ainda restando à comissão alguma dúvida acerca do enquadramento, é aceitável que, até o último momento processual em que pode agir motivada pelo princípio do *in dubio pro societate*, ela inclua na indicição mais de um enquadramento possível, desde que coerente com as provas dos autos, provocando a defesa e postergando a conclusão mais delimitada para o relatório. Mas, por outro lado, isto em nada se confunde com leviandade e desapego às provas dos autos ao indiciar. Não se deve indiciar de forma leviana, além da convicção obtida, devendo-se atentar para a conceituação que se apresenta no tópico a seguir. Em suma, recomenda-se que a comissão aja em consonância com as provas coletadas aos autos.

*“Na presente fase do processo, a lei ainda não exige que seja indicada a hipótese legal na qual o acusado incidiu (dentre aquelas dos arts. 116, 117 e 132 da lei nº 8.112/90). Porém, é usual e recomendado que já seja feito esse enquadramento, porque auxilia na defesa pelo indiciado. Este enquadramento, entretanto, poderá ser alterado no Relatório Final, visando uma melhor adequação da conduta às definições legais do Direito Disciplinar, onde afinal também predomina o ensinamento de que o acusado se defende dos fatos e não da capitulação legal. Os critérios a serem seguidos para se estabelecer o adequado enquadramento serão tratado nos próximos tópicos.*

*Nesta fase no processo é relevante registrar que vige o princípio do in dubio pro societate. Este princípio, em tradução livre, significa “a dúvida em favor da sociedade”. Preceitua que, após a instrução probatória, se há indícios ou provas consistentes da ocorrência de infração disciplinar, e bem assim de que o servidor que figurou no processo como acusado seja o autor destes fatos, ainda que exista uma dúvida que não pode ser sanada pela impossibilidade de coleta de outras provas além das que já conste do processo, a Comissão deve concluir pela indicição, e não pela absolvição sumária do(s) acusado(s).”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg 259, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

A indicição é de ser compreendida inserida na subfase de instrução, conforme o inciso II do art. 151 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Se este comando legal diz que o inquérito administrativo, como segunda fase do processo, compreende a instrução, a defesa e a relatório, e sendo óbvio que a indicição faz parte do processo, não tendo sido destacada como uma subfase do inquérito força o entendimento de que o legislador considera a indicição como elemento de instrução. Ou seja, como tal, sendo elemento de instrução, pode ser tido como necessário pela autoridade julgadora para que, ao final, esta possa se sentir satisfatoriamente segura para emitir seu julgamento. Portanto, mais uma vez se reitera a aplicação do princípio do *in dubio pro societate* ainda neste momento processual, forçando a defesa a se manifestar, a fim de instruir os autos da forma mais completa, já que, posteriormente, pode ser que a autoridade julgadora sinta a necessidade de ter a formal acusação e a conseqüente manifestação da defesa como elementos indispensáveis à formação de sua convicção e, neste caso, na hipótese de não ter havido indicação, a autoridade julgadora se verá na obrigação de determinar a reabertura da instrução para que o colegiado indicie, colete defesa e adite seu relatório com estas novas peças, conforme se abordará em **4.10.1.3**. Destaque-se, inclusive, o desacerto de a comissão se arvorar a adentrar na análise prescricional - que é afeta apenas à punibilidade e, portanto, da competência da autoridade julgadora - e, por entender que a aplicação de determinada pena estaria prescrita, deixar, por tal motivo de proceder à indicição, pois não se pode antever qual será a convicção do julgador.

*“Assim, no intuito de se resguardar o interesse público, eventual incerteza a*

*respeito da conduta praticada deve ser esclarecida na defesa escrita, com a posterior consolidação do entendimento da Comissão no Relatório Final. É que, agindo de outro modo, a Comissão acabará levando a mesma dúvida para a autoridade*

*juizadora, que, discordando da absolvição, terá que reabrir o processo para nova instrução. Melhor, nestes casos, que se permita ao acusado apresentar a defesa escrita, que poderá dirimir a dúvida e demonstrar claramente sua inocência.*

*Um erro bastante comum nesta fase ocorre também quando a Comissão deixa de indiciar o acusado porque considera que a conduta praticada enseja a aplicação de uma penalidade que já se encontra prescrita. Se a conclusão da Comissão se basear na opinião de que a infração cometida pelo indiciado está sujeita às penas de advertência ou suspensão, a Comissão deve atentar para o fato de que a autoridade julgadora pode discordar do relatório final, e entender que a penalidade cabível seria a demissão. Ocorre que, tendo a Comissão deixado de indiciar o acusado, a autoridade julgadora terá que reabrir o processo caso discorde da Comissão, porque esta deixou de praticar ato essencial à defesa, que é a indicição dos acusados.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 259 e 260, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

A propósito, convém aqui reforçar o que já foi aduzido desde a fase pré-processual de admissibilidade e também ao longo de todo o trabalho apuratório sob encargo da comissão: a instância disciplinar deve sempre permear sua atuação pela absoluta atenção a princípios caros e informadores do Direito público punitivo, como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. E tal acepção se sedimenta, destacadamente, no momento em que a comissão se depara com o conjunto probatório por ela mesma coletado e se vê diante da dificuldade de enquadrar - ou não - a conduta em algum dispositivo imputador de responsabilidade da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Sendo preceitos soberanos até mesmo sobre a normatização legal ou infralegal positivada, conforme já aduzido em **3.3**, a comissão jamais deve afastar sua forma de conduzir os trabalhos e, ao final, de manifestar uma convicção (ainda que preliminar) da noção de razoabilidade e de proporcionalidade. Ainda que, conforme explicitado acima, a indicição não seja o momento processual adequado para aprofundados temas jurídicos a ponto de se justificar menção a princípios, deve a comissão atingir tal ponto do rito sob estrita observância daqueles preceitos, a despeito da fria positividade de normas legais ou infralegais.

Não é porque a Lei nº 8.112, de 11/12/90, silencia-se quanto à aplicação, destacadamente, dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que aqui vai se cogitar de que a aplicação do processo administrativo disciplinar e do regime disciplinar se dá à margem destes preceitos informadores tão somente porque nesta instância prevalece o comando de que, uma vez enquadrada a conduta, não cabe sopesar condicionantes com o fim de alterar a pena (atenuando-a ou agravando-a). Estes princípios são sim atendidos e o são desde o início dos trabalhos apuratórios e seu reflexo se faz sentir, quando é o caso, na adoção do enquadramento que melhor se amolda à conduta, mas não atuam no sentido de que, uma vez comprovada determinada conduta para a qual melhor se adequa determinado enquadramento, se cogitar de que alguma condicionante ou parâmetro de dosimetria ou de individualização da pena alterem a sanção vinculadamente associada àquele enquadramento. De fato, antecipando aqui um debate que decerto repercute na fase do julgamento, uma vez definido o enquadramento, a pena resta vinculada; mas a definição do enquadramento, que aqui se recomenda que a comissão apresente já desde a indicição, esta sim é plenamente sujeita à percepção dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Em outras palavras, conforme já aduzido anteriormente, na indicição, ainda que não aprofunde a exposição de temas doutrinários, a comissão já deve deixar perceber que os princípios da

razoabilidade e da proporcionalidade refletiram em toda a instrução probatória e sobretudo naquela manifestação preliminar de convicção.

O que aqui se defende, com vênias ao rigor formal, é que a comissão, desde já, no gravoso momento de decidir pela indicição ou não do acusado e, se for o caso, de explicitar qual o enquadramento da conduta, tome para si todos os parâmetros de dosimetria e de individualização da pena que, a rigor, o art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, dispõe ao julgador (natureza e gravidade da infração, dano dela decorrente, atenuantes, agravantes e antecedentes) e antecipe sua aplicação (que, *a priori*, se daria apenas no julgamento). Assim agindo, quando for o caso, a comissão logrará adotar, dentre todos os enquadramentos possíveis para o fato apurado (já que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, contempla degraus de escalonamento de gravidade para fatos similares, conforme se abordará em **4.7.1.1**), aquele que se demonstra mais razoável e que, ao final, repercute em pena vinculada absolutamente proporcional à gravidade da conduta (não obstante a matéria da punição não deva ser sequer mencionada em indicição, mas sim somente no relatório, daí porque o tema retornará em **4.9.1** e em **4.9.2**).

*“Há pareceres vinculantes da AGU (Parecer n. GQ 177/1998; Parecer n. GQ 183/1998) que vedam a aplicação do art. 128 da Lei n. 8.112/90 para atenuar pena de demissão e determinam a inflexível aplicação da pena expulsiva se for tipificada a conduta em uma das hipóteses do art. 132 do RJU.*

*O STJ, todavia, parece discordar desse entendimento, com abundantes precedentes sinalizadores da possibilidade de o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade servir de amparo para afastar a sanção capital e respaldar pena menos grave. (...)*

*No âmbito do STF, encontram-se precedentes a favor da aplicação da proporcionalidade em caso de demissão (RMS 24129, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 30-04-2012), como também caso a favor dos pareceres vinculantes da AGU (STF, MS 26.023/DF, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 17/10/2008). Neste último julgado, foi entendido que o fato de o servidor ter usado litros de combustível da repartição pública caracteriza o tipo de utilização de bens públicos em proveito particular (atrativo da demissão), ainda que tenha sido causado prejuízos financeiros baixos ao ente público. Como anotou o Ministro Relator: ‘O só fato da utilização dos recursos materiais da repartição em questão para fins particulares, especialmente no que se refere ao automóvel, expõe a Administração Pública a danos’.*

*- Opção: tendo em vista a necessidade de observância ao entendimento vinculante no âmbito da Administração Pública, a Comissão poderá servir-se da seguinte técnica: a Comissão enquadra a conduta em outro tipo administrativo que não os do art. 132 da Lei n. 8.112/90, de molde a afastar a pena expulsiva. A propósito dessa opção, diga-se que os tipos disciplinares são, de certa maneira, sobrepostos, ante a sua natureza aberta, de maneira que seria possível, por exemplo, deixar de enquadrar uma ofensa física em serviço no tipo do art. 132, VII, da Lei n. 8.112/90 (que enseja demissão) para encaixá-la no tipo do art. 117, V, da Lei n. 8.112/90 (que atrai advertência ou suspensão), desde que a pena expulsiva releve-se excessiva ante o caso concreto. Acresça-se que tal procedimento é de notória aceitação na comunidade jurídico-disciplinar (...).”, Carlos Eduardo Elias de Oliveira, “Precedentes Judiciais do STF e do STJ sobre Processos Disciplinares: Descrição e Reflexões”, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/22453/precedentes-jurisprudenciais-do-stf-e-do-stj-sobre-processos-disciplinares-descricao-e-reflexoes>, acesso em 21/01/13*

Na mesma linha, também se aceita e até se estimula que a comissão contemple na formação de sua convicção os institutos advindos da instância penal de excludentes de ilicitude (ou excludentes de antijuridicidade) e de excludentes de culpabilidade. No primeiro gênero, estão as espécies legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e cumprimento de dever legal, mencionados em **4.6.2.2**; e, no segundo gênero, estão as espécies

coação irresistível a subordinação hierárquica e a imputabilidade, mencionados em **4.6.2.3**, conforme os arts. 22 a 26 do CP.

### **4.5.3 - Concurso de Infrações ou Conflito Aparente de Normas: Enquadramento Único ou Múltiplo**

Ainda que se guardem diferenciações entre os enquadramentos administrativos e a tipicidade criminal (conforme se abordará em **4.6.3**), refletem no Direito Administrativo Disciplinar os conceitos, advindos da instância penal, de concurso de infrações e de conflito aparente de normas, que já foram apresentados em **2.5.3.4** e a cuja leitura se remete

Tem-se o chamado concurso material (ou real) de infrações quando o agente, por mais de uma conduta, ou seja, por meio de mais de um processo de execução (de ação ou de omissão), incorre em mais de uma infração. E tem-se o chamado concurso formal (ou ideal) de infrações quando o agente, com uma só conduta, ou seja, por meio de um único processo de execução (de ação ou de omissão), incorre em mais de uma infração.

#### *CP - Concurso material*

*Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)*

#### *Concurso formal*

*Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)*

Refletindo estes conceitos na instância disciplinar, em ambos os casos, a indicição apontará múltiplos enquadramentos, uma vez que a(s) conduta(s) configura(m) mais de uma infração.

Por outro lado, tem-se o conflito aparente de normas quando, como o próprio nome já diz, parece, em princípio, que uma conduta ou (mais de uma), de ação ou omissão, encontra(m) mais de um enquadramento e, na verdade, havendo entre os dois ou mais dispositivos legais sob cogitação alguma relação de subordinação, hierarquia ou dependência, apenas um deles é verdadeiramente aplicável, devendo ser descartados os demais.

Diferentemente então dos concursos de infrações, refletindo este conceito na instância disciplinar, a indicição apontará um único enquadramento, uma vez que a(s) conduta(s) configura(m) apenas uma infração.

*“As Prescrições ilícitas, porém, são realizadas uma a uma e para cada fato indesejado, não havendo, dentro de um mesmo sistema jurídico, a exemplo do sistema de direito penal ou do sistema de direito disciplinar, duas ou mais normas que tipifiquem o mesmo fato como ilícitos distintos. Para cada fato indesejado há somente uma previsão ilícita. Há, porém, a possibilidade de sistemas jurídicos distintos preverem como ilícito o mesmo fato (concorrência de normas ou conflito real de normas), mas isso não implica em um conflito antijurídico (contrário ao Direito) de normas, posto que as instâncias, a exemplo da penal, da cível e da administrativa, são independentes, podendo resultar em sanções também independentes, malgrado em razão de um mesmo fato que repercuta nessas esferas do ordenamento. Sem embargo do exposto, por vezes, quando da análise de uma conduta típica e por necessidade de sua*

*capitulação, há a sensação de que mais de uma norma definidora de ilícito incide sobre o mesmo fato. Essa suposta incidência de duas ou mais normas proibitivas ou impositivas definidoras de ilícitos devem ser tidas como meramente aparente e aperfeiçoadas para a incidência de somente uma delas, como o fim de afastar a injusta aplicação do bis in idem.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pg. 147, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

Ocorre que nem sempre é cristalino ao aplicador do Direito fazer uma diferenciação, já que há traços de similaridade entre o conflito aparente de normas e os concursos de infrações, sobretudo o concurso formal (daí porque, a partir daqui, se concentrarão esforços para diferenciar o conflito aparente de normas com o concurso formal de infrações). E a correta solução para esta questão jurídica é importante, visto que redundará em relevante diferença na indicação: enquadramentos múltiplos (em caso de concursos de infrações) ou enquadramento único (em caso de se verificar que o concurso era apenas aparente).

*“Tanto na unicidade de execução, quanto em sua multiplicidade, podem ou não ocorrer os concursos material e formal, ou apenas o conflito aparente de tipos disciplinares. Para caracterizar o concurso, basta que haja multiplicidade de fatos, ainda que derive de uma unicidade executiva. Quando a multiplicidade advém apenas de um processo executivo, diz-se que o concurso é formal (ideal); definindo-se como concurso material (real) se a multiplicidade delitual resulta de mais de ação executiva.*

*Devendo ser acrescentado que tanto no concurso formal quanto no material exige-se a múltipla violação de bem jurídico tutelado.*

*De tudo isso infere-se que há concurso material quando todos os elementos referidos são múltiplos, isto é, quando, por meio de mais de um processo executivo, chega-se a cometer mais de um fato e mais de uma violação a bem jurídico tutelado. No concurso formal, o processo executivo é uno, mas são mais de um os fatos e as violações a bens jurídicos protegidos.*

*Em todas essas hipóteses (concurso ideal ou real), pode o concurso ser apenas aparente, quando haja entre um fato e outro uma certa relação de dependência, em que a prática de um implique a absorção do outro.” José Armando da Costa, “Incidência Aparente de Infrações Disciplinares”, pgs. 84 e 85, Editora Fórum, 1ª edição, 2004*

A doutrina penal ensina que o ordenamento, de forma intrínseca, dispõe de ferramentas jurídicas para elucidar a questão e, se for o caso de se estar diante apenas de conflito aparente de normas, solucionar qual delas deve ser aplicada (ou seja, qual enquadramento prepondera, sendo os demais descartados). Para tal fim, aplicam-se, como regras de abstração, os critérios da alternatividade, da especialidade, da subsidiariedade e da consunção. E, na mesma linha, segue a doutrina administrativista.

*“Dentro do direito disciplinar também se pode falar em conflito aparente de normas tipificadoras de ilícitos à medida que, do mesmo modo, somente deve haver uma capitulação para um determinado fato. Não há que se falar em conduta disciplinar que esteja, pelos seus contornos descritivos, subsumida a mais de um tipo sancionador de direito estatutário, posto que, por um único resultado jurídico (e aqui no sentido de ofensa a bens jurídicos tutelados pelo regime disciplinar), deve-se responder somente uma única vez: princípio do ‘ne bis in idem’. Não obstante, em muitos casos a conduta do agente infrator parece se encaixar em mais de um tipo disciplinar, declinando a existência de um conflito de normas, porém esse conflito é meramente aparente e se soluciona, a exemplo do direito penal, pelo emprego dos critérios da especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade”. Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pg. 148, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

O critério da alternatividade é empregado para se obter a resposta se uma conduta,

para a qual se cogita de dois enquadramentos, realmente poderia ser praticada da forma como ambas descrevem. Se estes enquadramentos, por suas próprias naturezas, descrevem hipóteses excludentes entre si, ou seja, se a conduta é tal que, a se empregar um dos enquadramentos, obrigatoriamente não poderia ter sido cometida da forma como define o outro, tem-se a solução de que não se trata de concurso de infrações mas sim conflito aparente de normas.

Em instância disciplinar, um exemplo de aplicação deste critério é a impossibilidade de uma única conduta ter enquadramentos múltiplos em valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, cuja natureza é dolosa (conforme se abordará em **4.7.3.9**), e em proceder de forma desidiosa, cuja natureza é culposa (conforme se abordará em **4.7.3.15**), previstos, respectivamente, no art. 117, IX e XV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, visto que, em um mesmo ato, o servidor não pode ser apenas descuidado e ao mesmo tempo intencionalmente desonesto.

O critério da especialidade resolve o conflito aparente de normas que guardam entre si uma relação de gênero e espécie, apontando que deve prevalecer apenas a mais específica (especial), em detrimento da geral. Tanto podem os dispositivos em aparente conflito se encontrar na mesma lei quanto também podem estar em leis diferentes. A solução pela lei especial não se associa ao momento de entrada em vigor e à gravidade da sanção prevista, pois a lei especial pode ser anterior ou posterior e prever pena mais ou menos grave que a lei geral.

Este tipo de conflito aparente de normas pode ocorrer em atos de servidores integrantes de carreiras federais detentoras de estatuto próprio mas também vinculadas à Lei nº 8.112, de 11/12/90. Assim, por exemplo, é aplicado aos membros do Serviço Exterior Brasileiro, que têm como estatuto próprio a Lei nº 10.440, de 29/12/06, que prevê o dever específico de atender pronta e solícitamente ao público em geral e em especial quando do desempenho de funções de natureza consular e de assistência a brasileiros no exterior que, devido a seu caráter especial, deve prevalecer sobre o dever geral imposto no art. 116, V, “a” da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (conforme se abordará em **4.7.2.5**), de atender com presteza ao público em geral.

O critério de subsidiariedade esclarece o aparente conflito de normas que guardem entre si relação de continente e conteúdo (ou de maior e menor). Este critério de abstração esclarece que, em tal situação, o aplicador não está diante de dois enquadramentos possíveis mas sim de apenas um (principal), a prevalecer, uma vez que o outro (subsidiário) descreve uma infração que nada mais é que um grau inferior da violação do mesmo bem jurídico tutelado pelo primeiro. Diferentemente do critério da especialidade, aqui sempre se tem o enquadramento principal mais gravoso que o subsidiário e encontram-se, com facilidade, alguns exemplos deste conflito aparente de normas dentro da própria Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Assim, não se agrega o enquadramento em violação ao dever de ser assíduo ao serviço quando a afronta ao mesmo bem tutelado da presença ao serviço é tamanha que se enquadra em abandono cargo ou em inassiduidade habitual (art. 116, X ou art. 132, II e III, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90 - ver **4.7.2.10**, **4.7.4.2** e **4.7.4.3**). Também não se agrega o enquadramento em violação do dever de zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público quando a afronta ao mesmo bem tutelado de respeito com o patrimônio público é tamanha que se enquadra em dilapidação do patrimônio nacional (art. 116, VII e art. 132, X, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90 - ver **4.7.2.7** e **4.7.4.10**). Da mesma forma, não se agrega o enquadramento em violação do dever de guardar sigilo sobre assunto da repartição quando a afronta ao mesmo bem tutelado de preservar sigilo acerca de dados acessíveis em virtude do cargo é tamanha que se enquadra em revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo (art. 116, VIII e art. 132, IX, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90 - ver **4.7.2.8** e **4.7.4.9**).

Por fim, o critério de consunção esclarece o aparente conflito de normas que guardem

entre si relação de meio e fim (ou de parte e de todo). Este critério de abstração esclarece que, em tal situação, o aplicador não está diante de dois enquadramentos possíveis mas sim de apenas um (absorvente), a prevalecer, uma vez que o outro (consumido ou consumpto) descreve uma infração que nada mais é que uma parte, etapa ou estágio inicial ou intermediário da infração final, figurando aquela como mero instrumento ou meio necessário e indispensável para concretização desta. Diferentemente do critério da subsidiariedade, a infração inicial ou intermediária pode afrontar um bem jurídico diferente do bem que é tutelado pela infração final, não havendo necessariamente uma relação de maior e menor entre as duas infrações quando vistas isoladamente, pois elas podem ter naturezas distintas. Neste caso, os dois enquadramentos cogitados em conflito têm uma relação progressiva de imperfeição (no sentido de incompleto, inacabado) até a perfeição (no sentido de completo, acabado), como um *iter criminis* ascendente em gravidade, de forma que o enquadramento final absorve o inicial. Da mesma forma que no critério da subsidiariedade, aqui sempre se tem o enquadramento absorvente mais gravoso que o consumido e encontram-se, com facilidade, alguns exemplos deste conflito aparente de normas dentro da própria Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Assim, quando um servidor dolosamente descumpra uma norma ou uma ordem superior com o objetivo de obter vantagem para si ou para outrem, não se agregam os enquadramentos de violação dos deveres de observar normas legais ou regulamentares ou de cumprir ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais, que, respectivamente tutelam a obediência aos princípios da legalidade e da hierarquia, ao enquadramento que proíbe ao servidor valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, que tutela o uso do cargo apenas para interesse público (art. 116, III e IV e art. 117, IX, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90 - ver **4.7.2.3**, **4.7.2.4** e **4.7.3.9**). Da mesma forma, quando um servidor presta assessoria privada em razão dos conhecimentos obtidos com o cargo que ocupa, não se agregam os enquadramentos de violação dos deveres de ser leal às instituições a que servir ou de manter conduta compatível com a moralidade administrativa, que, respectivamente, tutelam a lealdade e a moralidade no exercício do cargo, ao enquadramento de improbidade administrativa, que tutela a honestidade e a probidade no exercício do cargo (art. 116, II e IX e art. 132, IV, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90 - ver **4.7.2.2**, **4.7.2.9** e **4.7.4.4**).

Como se vê por esta lista exemplificativa, este critério da consunção se demonstra uma ferramenta bastante aplicável para elucidar conflitos aparentes de enquadramentos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, uma vez que há diversos pares de enquadramentos definidores de irregularidades graves que englobam, na base da conduta, o descumprimento de algum dever funcional (tal como não observar norma ou faltar com a moralidade administrativa). Isto porque, sem prejuízo do equilíbrio harmônico principiológico, tem-se que os princípios da legalidade e da moralidade administrativa podem ser considerados princípios informadores dos demais princípios reitores da Administração Pública, o que lhes atribui aplicação quase totalitária na atividade pública. Afinal, o agente público somente pode fazer aquilo que é expresso em norma e dele sempre se espera conduta compatível com a moralidade administrativa. Desta forma, os deveres de atentar para a legalidade e para a moralidade administrativa encontram-se, em determinado grau, diluídos e subentendidos na base da maioria das infrações disciplinares elencadas nos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, sendo, em regra, por elas absorvidos, pois, para a configuração de um ilícito grave, é bastante comum que o agente, no início de sua conduta, como instrumento em seu *iter*, tenha intencionalmente descumprido uma norma ou afrontado o dever de manter conduta compatível com a moralidade administrativa.

Retomando a questão concreta de se enquadrar na indicição, como aduzido acima, é perfeita e juridicamente possível que se configurem, em instância disciplinar, o concurso material ou o concurso formal de infrações ou meramente o conflito aparente de normas. Resta relevante que a comissão solucione de forma adequada a dúvida que pode surgir acerca da configuração de um daqueles três institutos no processo, visto que tal tema redundaria em

diferentes resultados práticos: a indicição conter apenas um ou mais de um enquadramento.

Por um lado, pode-se aceitar, como regra apriorística, que uma conduta única gera apenas um enquadramento. Partindo deste pressuposto, em muitos casos em que se cogita, em leitura precipitada, de listar, para um único ato, uma sequência de enquadramentos na indicição, de distintas gravidades, tem-se que o emprego adequado das regras de abstração acima descritas pode evidenciar que, na verdade, configura-se o conflito aparente de normas e, operando, *lato sensu*, o critério da absorção (seja por alternatividade, especialidade, subsidiariedade ou consunção), cabe apenas um enquadramento, que absorve os demais.

Pela descrição das regras de abstração acima, o enxugamento dos enquadramentos na indicição, além de, como regra, ser juridicamente a solução mais correta, gera efeitos benéficos e justos de não influenciar pejorativamente a avaliação que a própria comissão e a autoridade julgadora possam fazer do servidor e de sua conduta; de permitir à defesa concentrar de forma mais adequada seus esforços e contra-argumentações; e, por fim, de não permitir inadequado agravamento da pena - nas poucas possibilidades que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, permite dosimetria da pena, conforme se abordará em **4.10.2.4.3**.

Por outro lado, o regime disciplinar da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não é refratário - de forma alguma - a, em situações específicas, aplicar mais de um enquadramento para uma única conduta, acatando a possibilidade de configuração do concurso formal de infrações, ou seja, de incidir infrações cumulativamente ao ato único. O melhor exemplo desta possibilidade é um único ato funcional configurar o ilícito de valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem e de improbidade administrativa, de forma a se poder, com absoluto amparo jurídico, agregar, na indicição, os enquadramentos no art. 117, IX e 132, IV, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

*“(...) Já no campo do direito disciplinar, dada a relativa flexibilidade conceitual de suas hipóteses punitivas - que não exige, como no direito penal, tipicidade rigorosa -, é bem mais palatável que certa conduta funcional anômala incida, pelo menos aparentemente, sob dois ou mais tipos.” José Armando da Costa, “Incidência Aparente de Infrações Disciplinares”, pg. 88, Editora Fórum, 1ª edição, 2004*

E ainda mais extreme de dúvida que quando o fato engloba mais de um ilícito, sendo um independente do outro, a indicição deve destacar cada um deles, com enquadramento múltiplo. Por exemplo, se, além de agir com inobservância do dever de tratar com urbanidade as pessoas, o servidor em seguida afronta também a proibição de ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato, tem-se que, embora um ilícito tenha precedido o outro, pode-se cometer o segundo independentemente do primeiro, de forma que a indicição terá conjuntamente o art. 116, XI e o art. 117, I, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Na instância disciplinar, independentemente de o múltiplo enquadramento advir de concurso formal ou material de infrações, diante do caráter discreto das penas estatutárias (apenas se listam a advertência, a suspensão de um a noventa dias e as penas expulsivas), diferentemente da instância penal, não se cogita de se cumular penas para um servidor em um mesmo processo. Em outras palavras, em caso de mais de uma infração que cominem penas distintas, aplica-se somente a mais grave; e, caso cominem a mesma pena, aplica-se somente uma delas. Os efeitos negativos para o indiciado, no caso de múltiplo enquadramento em um determinado processo, são: no caso de isoladamente cada enquadramento ter pena básica de advertência, o concurso de infrações pode levar ao agravamento para suspensão (conforme se aduzirá em **4.10.2.4.3**); no caso de o enquadramento mais gravoso ter pena básica de suspensão, o concurso de infrações pode levar a um agravamento na quantidade de dias a suspender o servidor; e, quaisquer que sejam as penas de cada enquadramento, o concurso de infrações permite a possibilidade de manutenção de um dos enquadramentos caso, no relatório ou no julgamento, se decida pela inadequação do outro (o que pode ser

bastante relevante em caso de penas expulsivas).

*Parecer AGU nº GQ-140, não vinculante: “Ementa: (...) O ato punitivo é fundamentado num só dispositivo legal nos casos de infração singular e de as plurais possuírem as mesmas características. Impõe-se a fundamentação múltipla na hipótese em que os fatos ilícitos apresentem diferenciação em suas conotações intrínsecas.”*

Enfim, embora se tenha como regra *a priori* que uma única conduta gera um único enquadramento, podem incidir infrações cumulativamente ao ato único - e também a mais de um ato - desde que se observem os critérios que afastam o conflito aparente de normas, quais sejam, de que não cabem enquadramentos cumulativos quando se aplicam os seguintes critérios, advindos da instância penal:

- critério da alternatividade: não se cumulam enquadramentos contraditórios e excludentes de natureza culposa e dolosa;
- critério da especialidade: não se cumulam enquadramentos que guardem relação de espécie e gênero, prevalecendo o especial;
- critério da subsidiariedade: não se cumulam enquadramentos que guardem relação de continente e conteúdo, prevalecendo o principal;
- critério da consunção: não se cumulam enquadramentos que guardem relação de meio e fim, prevalecendo o final (absorvente).

Por óbvio, em todo este tema, também atua como princípio básico a impedir o múltiplo enquadramento e a dupla apenação a inequívoca vedação de se sancionar um ato já punido, sob pena de caracterizar o inaceitável *bis in idem*. Não obstante, destaque-se que tal afirmação em nada afasta a possibilidade de a Administração anular, total ou parcialmente, um processo disciplinar, em que se inclui o ato de julgamento, e determinar seu refazimento, conforme se aduzirá em **4.12**.

## **4.6 - CONCEITOS PENAIS QUE PODEM SER RELEVANTES PARA A INDICIAÇÃO**

### **4.6.1 - Introdução**

Em que pese a consagrada independência das instâncias, vislumbra-se conveniente, neste ponto do processo administrativo disciplinar, abordar, de forma bastante resumida e introdutória, apenas alguns conceitos penais referentes à conduta do agente, por serem relevantes para a indicação. Alerta-se para que o principiante na matéria não se confunda: a apresentação destes conceitos básicos da esfera penal visa a tão somente melhor instrumentalizar o aplicador do Direito Administrativo Disciplinar no momento crucial de decidir pela indicação ou não nos arts. 116, 117 ou 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90; não há indicação com base em artigo do CP ou de qualquer outra lei especial definidora de crime, pois esta matéria compete exclusivamente ao juízo criminal e não à autoridade administrativa.

Elege-se este ponto do texto pois, à vista da metodologia inicialmente descrita, de inserir as fontes de Direito exatamente na fase do processo administrativo disciplinar em que elas efetivamente são levadas em conta, é no momento de decidir pela indicação que a comissão deve ter em mente conceitos básicos de Direito Penal. Destaque-se que aqui se busca mera introdução a estes conceitos, tão somente para auxiliar o entendimento dos enquadramentos administrativos, não sendo intenção esgotar a discussão, devendo-se remeter aos autores da doutrina penal para maior aprofundamento.

Preservadas as peculiaridades de cada esfera, na deliberação de indiciar ou não, a

comissão deve levar em consideração os conceitos de dolo, culpa, excludentes de antijuridicidade e imputabilidade, a seguir resumidos.

Em síntese, o Direito Penal é a instância de Direito interessada na proteção de bens jurídicos tutelados, relevantes para a sociedade, que o legislador, como representante, protegeu, impondo a quem os agride, dentre outras, a mais severa das penas que o nosso ordenamento permite (penas sobre o mais sagrado dos direitos, a liberdade).

#### **4.6.1.1 - A Efetiva Operação dos Princípios da Intervenção Mínima e da Insignificância**

Em **3.3.3.3** e em **3.3.3.4**, foram apresentados, conceitualmente, os princípios da intervenção mínima e da insignificância, ambos de instância material penal. Aqui, aproveita-se para demonstrar em que ponto e de que forma estes princípios podem ser concretamente válidos no curso do processo administrativo disciplinar.

Conforme já exposto em **3.3.3.3**, na seara judicial, diz-se que o Direito Penal apenas deve ser suscitado quando os meios menos incisivos (cíveis) não bastam para proteger o bem jurídico. Assim, somente se justifica provocar a instância penal não só se o bem tutelado foi atingido, mas também se o foi em grau relevante. Isto porque o Direito público punitivo sempre deve ser visto como área de aplicação residual, subsidiária e sem excessos. A este posicionamento, a doutrina chama de princípio da intervenção mínima.

E também conforme já se expôs em **3.3.3.4**, destaca-se, na esfera penal, o princípio da insignificância, quando, mesmo para uma ofensa mínima ao bem tutelado, até a menor pena prevista em lei pode ser exagerada e desproporcional. Neste caso, entende-se que o comportamento, apesar de enquadrável na norma criminal, não atingiu efetivamente os valores protegidos pelo Direito Penal. Por este princípio, exclui-se a tipicidade dos ilícitos de bagatela (no que tange ao seu aspecto material), assim chamados aqueles fatos inexpressivos, de valor lesivo não significativo.

Reafirme-se o entendimento já apresentado em **3.3** de que, no ordenamento jurídico como um todo, os princípios se intercomunicam, se amoldam, se delimitam, por vezes se contrapõem e por vezes se reforçam mutuamente. A eleição do princípio da insignificância requer, ato contínuo, que simultaneamente se traga à tona a contraposição entre princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público com os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da eficiência.

Destaque-se que tais conceituações são extraídas da doutrina penal. Em que pese a analogia que se pode traçar entre a natureza punitiva e a aplicação residual do Direito Administrativo Disciplinar na instância administrativa com a aplicação do Direito Penal na instância judicial, deve-se destacar que tais conceituações não estão contempladas no ordenamento

A extensão de conceitos de intervenção mínima e, sobretudo, de insignificância para a instância disciplinar deve ser vista com cautela, pois aqui vigora a vinculação administrativa, não cabendo ao administrador valoração volitiva e discricionária antes de aplicar as normas disciplinares.

#### **4.6.1.2 - Definição Analítica e Classificação em Função do Resultado**

Voltando aos conceitos penais, tem-se, sob ponto de vista analítico, que crime é toda conduta humana (que pode ser de ação ou de omissão) típica, antijurídica e culpável. Adota-se esta definição didaticamente mais compreensível, sem deixar de registrar que a doutrina criminal comporta discussões teóricas se a culpabilidade integra o crime, como seu terceiro elemento, conforme acima descrito, ou se ela é tão somente a reprovabilidade da conduta criminosa, que então seria composta apenas da tipicidade e da antijuridicidade. Assim, por

este enfoque pragmático (mas suficiente para os objetivos do presente texto), uma conduta, para ser reprovável e punida como crime, deve atender a três requisitos cumulativos. Este enfoque analítico, mais completo que o enfoque material apresentado quando se descreveu de forma genérica o termo “ilícito”, em 3.2.1, permite que se decomponha a conduta, de modo que, faltando algum dos três elementos, ainda que presentes os outros dois, não se aplica a punição por crime.

Dentre as diversas classificações que a doutrina formula para o crime, aqui interessa apresentar a classificação com relação ao resultado naturalístico, de que resulta a seguinte classificação: crime material, crime formal e crime de mera conduta. O crime material, que é a regra geral, se configura quando a conduta recriminável do agente acarreta um concreto resultado naturalístico. O crime formal, ou de consumação antecipada, se configura apenas com a conduta recriminável do agente, prescindindo-se da concretização do resultado naturalístico (exemplo: concussão, em que basta exigir vantagem indevida, independentemente do efetivo pagamento, que seria mero exaurimento do crime). Por fim, o crime de mera conduta se configura apenas com determinada conduta recriminável do agente, sem se exigir a ocorrência de nenhum resultado naturalístico (exemplo: condescendência criminosa, em que a atitude do subordinado é mero ilícito disciplinar). Convém ressaltar que o crime formal prevê resultado naturalístico, embora ele não seja exigido para fins de consumação do crime, ao passo que o crime de mera conduta não admite em hipótese alguma resultado naturalístico.

## 4.6.2 - Requisitos da Conduta Criminosa

### 4.6.2.1 - Primeiro Requisito: Tipicidade

Para uma conduta humana (comissiva ou omissiva) ser típica, em decorrência do princípio da reserva legal, deve ter absoluta correlação com o que a lei descreve como crime. Ou seja, o fato concreto deve se enquadrar no tipo hipoteticamente construído no texto legal. O tipo, por sua vez, em sintética análise, compõe-se minimamente de dois elementos:

- elemento objetivo, que é a descrição literal e formal da conduta reprovável na lei;
- elemento subjetivo, que é o ânimo interno - *a priori* genérico - do agente ao cometer aquela conduta objetivamente descrita como reprovável.

A ressalva acima de que o tipo embute dois elementos se justifica porque há tipos que embutem em sua literalidade, além daqueles elementos, termos ou expressões que exigem, do aplicador, algum juízo de valor, inclusive sobre conceitos do mundo real extrajurídico (elementos normativos do tipo) ou interpretação de conceitos extraídos de fontes legais ou jurídicas (elementos jurídicos do tipo) ou que exigem uma determinada intenção específico do agente em atingir determinado fim com sua conduta (elementos subjetivos do tipo).

#### 4.6.2.1.1 - Dolo e Culpa; Crime Doloso e Crime Culposo

A regra geral da tipicidade subjetiva penal é de se considerar crime apenas quando o agente quer o resultado da conduta reprovável ou assume risco de produzi-lo. Em outras palavras, em princípio, o Direito Penal considera crime somente a conduta dolosa.

Importa destacar que a conduta dolosa pode se configurar de duas formas diferentes. Por um lado, é verdade que o senso mais comum reporta-se ao conceito do chamado dolo direto em que, diante de conduta cujo resultado delituoso é previsível, o agente não só prevê, mas também tem consciência e vontade de ver concretizado aquele resultado. Por outro lado, é relevante destacar que também se configuram atuações dolosas, chamadas de dolo indireto,

em duas situações liminarmente diferentes, mas ambas caracterizadas pelo fato de o agente não desejar diretamente o resultado delituoso: a primeira, denominada de dolo indireto eventual quando, diante de conduta cujo resultado é delituoso, o agente o prevê e aceita a possibilidade de ele ocorrer e prossegue na conduta; e a segunda, denominada de dolo indireto alternativo quando, diante de conduta cujo resultado é delituoso, o agente o prevê mas não se importa com o risco de ele ocorrer ou não e prossegue na conduta.

Cabe ainda um outro desdobramento conceitual acerca do dolo. Conforme já mencionado introdutoriamente em 4.6.2.1, de forma geral, a configuração da tipicidade requer apenas uma vontade genérica por parte do autor para realizar a conduta objetivamente descrita no núcleo do tipo, movendo-se então este agente pelo ânimo que a doutrina classifica de dolo genérico. Mas, por outro lado, o tipo pode conter elementos subjetivos que requeiram, para sua configuração, que o autor deseje, com sua conduta, alcançar uma finalidade específica, movendo-se então este agente pelo ânimo que a doutrina classifica de dolo específico. Tem-se o dolo específico como requisito anímico de uma conduta criminosa quando há uma finalidade especial inscrita expressamente no tipo. Enquanto a regra geral é se ter a tipicidade condicionada tão somente à vontade de o agente praticar a ação verbal nuclear do tipo (o chamado dolo genérico), em especial, há tipicidades que requerem a vontade de realizar a conduta para atingir um fim específico (o chamado dolo específico). Na verdade, mais do que se ter aqui uma outra forma de classificação do dolo, a doutrina compreende que o dolo genérico é a regra geral da tipicidade, enquanto o dolo específico é a peculiaridade que alguns tipos possuem de embutir em sua construção o que se denomina elemento subjetivo do tipo.

Sem ser do interesse presente texto aprofundar questões controversas da doutrina penal, pode-se esboçar que os tipos caracterizados pela presença de elemento subjetivo da espécie dolo específico não se coadunam com a modalidade do dolo indireto. Ora, se para o primeiro, é essencial que o autor se mova com a intenção de alcançar uma finalidade específica, não cabe admitir que esta mesma conduta possa ser demarcada com uma certa indiferença por parte do agente em relação ao resultado da sua ação, visto que, no dolo indireto, o resultado delituoso é previsível mas o risco ou possibilidade de sua ocorrência não é relevante para delimitar o modo de agir do autor.

*STJ, Ação Penal nº 214: “Ementa: 7. O tipo previsto no artigo 89 [da Lei nº 8.666, de 21/06/93 - Lei das Licitações]e seu parágrafo único reclama dolo específico, inadmitindo culpa ou dolo eventual, uma vez que tem como destinatário o administrador e adjudicatários desonestos e não aos supostamente inábeis. É que a intenção de ignorar os pressupostos para a contratação direta ou simular a presença dos mesmos são elementos do tipo, consoante a jurisprudência da Corte (...). 15. A dúvida sobre se o agente atuou com dolo eventual ou culpa, restando o delito punível tão somente a título de dolo específico, na forma de jurisprudência da Corte e da doutrina do tema, impõem a aplicação da máxima in dubio pro reo posto decorrente dos princípios da reserva legal e da presunção de inocência.”*

Encerrando a apresentação dos elementos subjetivos, apenas quando expresso na lei, diante de afronta a bens muito relevantes, considera-se crime se o agente, sem dolo, causa o resultado mesmo que apenas por culpa (negligência, imprudência ou imperícia), havendo nexos causal entre conduta voluntária e resultado involuntário. Ou seja, diante de conduta cujo resultado criminoso é previsível, o agente não o prevê (culpa inconsciente) ou o prevê mas não acredita na sua ocorrência (culpa consciente ou culpa com previsão).

*CP - Art. 18. Diz-se o crime:*

*Crime doloso*

*I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;*

*Crime culposo*

*II - culposo, quando a agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.*

*Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por*

*fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.*

Sendo o elemento subjetivo indispensável à configuração da tipicidade, tem-se que, não havendo dolo (ou sequer culpa) na conduta, não se cogita de fato típico. Assim, podendo-se dizer que o dolo (ou a culpa), como elemento subjetivo, integra o primeiro requisito da conduta criminosa, antecipa-se a conclusão de que não se cogita de responsabilização penal objetiva, ou seja, decorrente apenas do mero resultado da conduta, dispensando a comprovação do ânimo subjetivo do agente. A responsabilização penal é subjetiva, no sentido de que, inafastavelmente, requer a comprovação de que o agente atuou com dolo ou pelo menos com culpa na configuração daquele resultado delituoso.

#### **4.6.2.2 - Segundo Requisito: Antijuridicidade**

##### ***4.6.2.2.1 - Estado de Necessidade, Legítima Defesa, Cumprimento de Dever Legal e Exercício Regular de Direito***

Para ser crime, a conduta humana, além de ser típica, deve ser antijurídica, ou seja, deve ser contrária ao Direito. Uma conduta pode ser típica (literalmente descrita como crime e cometida com intenção pelo agente) mas não ser antijurídica, se cometida sob excludente de ilicitude. O CP lista quatro hipóteses de excludentes de ilicitude, de forma que, uma vez presente alguma delas, afasta-se a antijuridicidade da conduta típica e, portanto, não se configura o crime.

Uma vez que há uma comunicabilidade entre alguns ilícitos penais e administrativos, seria inadmissível a aceitação da excludente naquela instância mais elaborada e a manutenção da responsabilização funcional, mesmo quando se trata de ilícito disciplinar puro.

*CP - Exclusão de ilicitude*

*Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:*

*I - em estado de necessidade;*

*II - em legítima defesa;*

*III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.*

*STJ, Recurso Especial nº 1.090.425: “Ementa: (...) 2. A sentença penal absolutória que reconhece a ocorrência de causa excludente de ilicitude (estado de necessidade) faz coisa julgada no âmbito administrativo, sendo incabível a manutenção de pena de demissão baseada exclusivamente em fato que se reconheceu, em decisão transitada em julgado, como lícito. (...)”*

*“No final dos trabalhos apuratórios, chegando a comissão, de modo unânime ou por maioria, ao convencimento de que o fato atribuído ao acusado foi cometido em circunstâncias licitizantes (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito), deverá, em vez de indiciá-lo, suscitar o julgamento antecipado do processo.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 180, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“d) existência reconhecida de excludente de criminalidade (art. 23 do Código Penal): se a sentença reconheceu que o ato foi praticado em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, embora existente o fato, e com autoria determinada, a conduta foi juridicizada e tal sentença faz coisa julgada no cível (art. 65, CPP). Portanto, na esfera administrativa o efeito é o mesmo, a conduta perde o caráter de ilicitude.” Edmir Netto de Araújo, “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, pg. 257, Editora Revista dos Tribunais, 1994, 1ª edição*

As excludentes de ilicitude, para poderem ser alegadas em favor do agente, requerem

atitude proporcional e sem excesso.

No estado de necessidade, tem-se um fato típico, praticado sob ameaça a direito valioso, em função de perigo atual, inevitável e involuntário (decorrente de ação da natureza ou de outro homem). Há conflito de direitos. É inaplicável a favor do agente se houver outra forma de evitar o perigo ou se o agente tem como dever legal enfrentar o perigo.

*CP - Estado de necessidade*

*Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir.*

*§ 1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.*

Na legítima defesa, tem-se um fato típico praticado, sem excesso, para afastar ameaça humana, atual ou iminente, e injusta, a direito. É inaplicável em favor do agente se a ameaça é justa, pretérita, futura, remota ou evitável ou se a reação é desproporcional à agressão.

*CP - Legítima defesa*

*Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.*

No cumprimento de dever legal, seria contradição no ordenamento uma norma exigir determinada conduta e outra norma considerá-la crime. Somente é aplicável a favor do agente se sua conduta típica decorrer de mandamento de lei, não se aproveitando para conduta tomada em virtude de ordem cultural, religiosa ou moral.

No exercício regular de direito tem-se um direito exercido sem excesso, abuso de poder ou constrangimento ilegal.

#### **4.6.2.3 - Terceiro Requisito: Culpabilidade**

Conforme aventado em 4.6, existem discussões teóricas acerca da culpabilidade. Segundo a chamada teoria finalista, mais moderna e que é a adotada no vigente CP pátrio, primeiramente, para a conduta ser considerada criminosa, basta que seja típica e antijurídica; e, para a conseqüente aplicação da punição penal, exige-se a culpabilidade (reprovabilidade daquela conduta). Ou seja, no ordenamento atual, tem-se que a culpabilidade não faz parte da definição do crime, sendo apenas uma condição para imposição de pena.

A requerida culpabilidade significa que o agente deve ser capaz de saber à época que a conduta era ilícita e ainda assim agir, sem ter a seu favor a inexigibilidade de conduta diversa. Uma conduta pode ser típica (literalmente descrita como crime e cometida com intenção pelo agente) e antijurídica (contrária ao Direito e sem excludente de ilicitude), mas não haver culpabilidade, ou seja, não satisfazer condição de aplicação de pena, se comprovado que o agente não tinha consciência da ilicitude.

*CP - Inimputáveis*

*Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.*

É o caso dos doentes mentais, dos silvícolas não aculturados, dos surdos-mudos com inteligência prejudicada, dos menores de dezoito anos de idade e dos vitimados por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior. Ressalve-se que a emoção e a paixão (perturbação dos sentidos) e a embriaguez eventual, voluntária ou culposa, não afastam a responsabilização.

São ainda excludentes da culpabilidade a coação irresistível, física ou moral, e a obediência hierárquica. Tendo sido a conduta típica praticada pelo agente por decorrência de força física ou de grave ameaça do coator, não lhe sendo exigível conduta diversa, aquele tem afastada sua punibilidade, sendo apenas este punível. Não há a excludente se a coação é de alguma forma resistível ou superável. Na segunda hipótese, o agente pratica conduta típica em obediência à ordem não manifestamente ilegal recebida de superior hierárquico. Desta forma, cumprindo a ordem, em função de sua subordinação hierárquica (pelo dever do art. 116, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90) e sem sabê-la ilegal, o agente tem afastada sua culpabilidade, que recai apenas sobre o mandante. Mas se a ordem é sabidamente ilícita, por não recair sobre o agente o dever funcional de cumpri-la, ele não tem amparo na excludente da culpabilidade.

*CP - Coação irresistível e obediência hierárquica*

*Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.*

Diferentemente de quando se exclui a tipicidade ou a antijuridicidade, a exclusão da culpabilidade por qualquer dos motivos acima não afasta a configuração da conduta criminosa. Neste caso, persevera-se afirmando que o crime houve; apenas o agente não sofrerá a penalização.

No que mais interessa ao processo administrativo disciplinar, o acusado que tem a sanidade mental questionada por meio de perícia médica oficial pode ser declarado inimputável, caso reste dúvida acerca do entendimento da ilicitude da conduta, conforme já aduzido em **4.4.17**.

#### **4.6.2.4 - Erro de Tipo e Erro de Proibição**

O Direito Penal contempla ainda, em seus arts. 20 e 21, duas figuras que, a despeito de teoricamente conterem diferenças entre si, acarretam um resultado similar, de afastamento da punição que recairia sobre o agente que cometeu conduta que se amolda à definição legal de um crime.

Primeiramente, conforme o *caput* e o § 2º do art. 20 do CP, menciona-se o erro de tipo, que ocorre quando o agente comete uma conduta que a princípio é típica mas o faz com equívoco acerca de algum elemento objetivo do tipo ou de algum componente da descrição legal do crime. Ausente total ou parcialmente a consciência do caráter típico da conduta, este tipo de erro afasta a tipicidade dolosa, já que o agente comete um fato que até é típico mas o faz sem sabê-lo, sem ter tal consciência e vontade. Ademais, se o erro for inevitável (ou invencível), ou seja, se o agente o comete ainda que se cerque de todos os cuidados, são afastadas tanto a condenação dolosa quanto a condenação culposa, caso prevista em lei. Mas se o erro é evitável (ou vencível), ou seja, se é evitado caso o agente cerque-se de todos os cuidados, é afastada apenas a condenação dolosa, restando cabível a condenação culposa, caso prevista em lei. Ainda sobre este tema, caso o erro de tipo tenha sido cometido por ordem de terceiro, este responde pelo crime.

Por fim, conforme o art. 21 do CP, menciona-se o erro de proibição, que ocorre quando o agente comete uma conduta que a princípio é típica e antijurídica mas o faz com equívoco acerca da antijuridicidade ou sobre a ilicitude da conduta. Ausente total ou parcialmente a consciência da ilicitude da conduta, este tipo de erro não afasta a tipicidade dolosa mas sim a culpabilidade decorrente da antijuridicidade, já que o agente comete um fato típico e que até é antijurídico mas o faz sem sabê-lo, presumindo-se amparado em alguma excludente de ilicitude. Embora o desconhecimento da lei penal não seja uma válida arguição a favor da defesa, se o agente comete o fato típico supondo, por erro inevitável (ou invencível) a que tenha sido levado pelas circunstâncias, que a conduta não é contrária à lei por estar amparada em excludente de ilicitude, afasta-se a culpabilidade. Mas se o erro é

evitável (ou vencível), a apenação é atenuada ou mantém-se a condenação culposa, caso prevista em lei.

*CP - Erro sobre elementos do tipo*

*Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.*

*Discriminantes putativas*

*§ 1º É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.*

*Erro determinado por terceiro*

*§ 2º Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.*

*Erro sobre a ilicitude do fato*

*Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.*

*Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.*

*“Sem adentrar nas inúmeras discussões que existem no Direito Penal acerca da disciplina das consequências do erro de tipo e do erro de proibição, o que importa na seara administrativa é que tendo o servidor praticado conduta que aparentemente se adegue a uma infração disciplinar (típica, antijurídica e culpável), verificado que o acusado assim agiu porque incorreu em erro relevante, seja porque não tinha consciência, no caso concreto, da existência de um elemento caracterizador da conduta típica (erro de tipo), ou porque acreditava agir de forma lícita (erro de proibição), cumpre investigar se este erro era evitável, isto é, se um servidor diligente não teria incorrido no mesmo erro.*

*Se o erro era evitável, cabe a responsabilização se existir uma modalidade culposa da conduta praticada. Se, por outro lado, mesmo o servidor diligente teria incorrido no mesmo erro, exclui-se a possibilidade de responsabilização, seja por ausência de dolo ou culpa (erro de tipo), seja por exclusão da culpabilidade (erro de proibição).”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 268, 2013, disponível em [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual_PAD.pdf), acesso em 07/08/13*

### **4.6.3 - Diferenças entre o Enquadramento Administrativo e a Tipificação Penal e Hipóteses que em Princípio o Afastam**

No Direito Penal, as condutas da vida concreta, para as quais se quer dar a notícia à sociedade de que são consideradas como crime, em regra, são descritas de forma individualizada e precisa, tanto no aspecto objetivo (a descrição fática em si da conduta), quanto no aspecto subjetivo (em que o dolo é sempre subentendido como requisito essencial e a culpa, quando é o caso, é expressa na lei penal, conforme o art. 18 do CP). Assim, em abordagem muitíssimo sintética e superficial do tema, a lei penal busca descrever as situações hipotéticas de forma que a elas se associem ou que nelas sejam cabíveis, em regra, apenas uma conduta concreta (ou no máximo, um conjunto discreto de condutas). Esta definição em lei é um dos pré-requisitos para se considerar a conduta como crime e é chamada de tipicidade. Em consequência, de imediato, afirma-se que a responsabilização penal decorre, além de outros elementos, da tipificação, sendo portanto típica.

Em outras palavras, bastante resumidas, no Direito Penal, em função de sua natureza

punitiva, o conceito de tipicidade, além de genericamente reportar à definição da conduta em lei, mais que isto, sempre traz associada a ideia de adequação da conduta a uma descrição restritiva, como regra geral, pormenorizada e detalhada, tanto em termos de fato objetivo quanto de ânimo subjetivo do agente.

Já no Direito Administrativo Disciplinar, ainda que também seja uma instância de Direito público punitivo, resta impossível ao legislador elencar, em lista exaustiva, todas as condutas, desde as de ínfima lesividade até as mais repugnantes, que, em diversos graus, podem macular a ordem interna da Administração. Por este motivo, fez-se necessário lançar mão, na Lei nº 8.112, de 11/12/90, em grau e frequência maiores do que ocorre na tipicidade penal, de diversas definições genéricas e amplas, em que cabem ou adequam-se inúmeras condutas concretas. Desta constatação, advém o conceito de enquadramento administrativo (em contraposição à tipicidade penal).

*“Assim é que o regime disciplinar prevê um elenco de hipóteses configuradoras de faltas administrativas de conceituação genérica concebidas, propositalmente, em termos amplos para abranger a um maior número de casos. (...)” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 42, Editora Forense, 2ª edição, 2006*  
*“O Direito Administrativo Disciplinar (...) não é casuístico como o Direito substantivo penal, porém, tampouco ele é atípico (...) porque ele envolve os mais heterogêneos, os mais genéricos e os mais objetivos ou subjetivos interesses do Estado. (...)”*

*Na falta de um elenco infracional, que seria atípico para a absoluta identidade com o Direito Penal, o Direito Administrativo Disciplinar repousa a sua parte substantiva em dispositivos estatutários que, ora referindo-se aos deveres, ora reportando-se às proibições, dizem bem alto que o desrespeito a qualquer deles acarreta punições que tenham a variação especificada em lei.” Egberto Maia Luz, “Direito Administrativo Disciplinar”, pgs. 66, 74 e 76, Edições Profissionais, 4ª edição, 2002*

*“(...) não há que se falar em tipificação de faltas disciplinares. Isso porque o rol de condutas marginais no serviço público é de tal ordem amplo que nenhum exercício de criatividade esgotaria o campo da previsão. (...). Por isso, os servidores públicos estão vinculados a regras gerais de conduta, exemplificativas, suscetíveis de enquadramento a partir do confronto com princípios gerais do direito, com os princípios inerentes ao processo disciplinar e, especialmente, os princípios traçados como fundamentais ao exercício da função pública, postos com relevo no art. 37, ‘captu’, da Carta Política. Basta observar a diferença de redação entre tipos penais e as normas disciplinares. Enquanto na lei penal o tipo vem descrito de forma detalhada, fechada, terminativa, nos estatutos disciplinares a referência é aberta, abrangente. (...)” Léo da Silva Alves, “Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas”, pgs. 48 e 49, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005*

Não obstante, destaque-se que tal diferença conceitual entre as duas instâncias punitivas não afasta que, da mesma forma como na instância penal, também em instância administrativa, não se cogita de discricionariedade a favor do Estado para aplicar sanção a seus servidores, igualmente sendo exigida definição no Estatuto daquela conduta como ilícito disciplinar.

Em analogia ao que se expôs em **4.6.2.1.1** (quando se mencionou a possibilidade de tipos criminais conterem elementos normativos, jurídicos e subjetivos), verifica-se, não raro, que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao listar as irregularidades estatutárias (sobretudo as mais brandas), emprega não só termos que encontram definições jurídicas em outros diplomas legais, sobretudo civis, extensivamente denomináveis de elementos normativos jurídicos do enquadramento (por exemplo, cônjuge, companheiro, parentes até o segundo grau civil, gerência e administração de sociedade privada, nos incisos VIII, X e XI do art. 117 daquela

Lei, cujas definições se encontram na lei civil; e legítima defesa, no inciso VII do art. 132 da mesma Lei, cuja definição se encontra na lei penal), mas também emprega até termos que não foram legal ou sequer formalmente definidos e que, por este motivo, extensivamente denomináveis de elementos normativos subjetivos (ou valorativos ou extrajurídicos) do enquadramento, requerem avaliação subjetiva em um trabalho de valoração ou de juízo de valor a cargo do aplicador (por exemplo, zelo, lealdade, presteza, moralidade, urbanidade, apreço, desapeço e dignidade, nos incisos I, II, V, IX e XI do art. 116 e nos incisos V e IX do art. 117 da citada Lei).

Vale aqui trazer a conceituação extraída da doutrina penal, que, de um lado, denomina de norma completa ou perfeita aquela norma que define o delito de forma precisa e determinada, com todas as características de sua estrutura normativa, e dispensa qualquer complemento para sua correta compreensão e, em contraponto a isto, denomina de norma incompleta ou imperfeita aquela norma que possui elementos que requerem um complemento normativo ou valorativo para sua integral compreensão, introduzindo os conceitos de norma “em branco” e de norma “aberta”. Neste rumo, no primeiro grupo de enquadramentos acima, têm-se exemplos de normas “em branco” (uma norma é denominada “em branco” quando sua correta compreensão requer complementação normativa, ou seja, obtida em outra regra jurídica, podendo ser homogênea se o complemento normativo se encontra em norma de mesma instância legislativa - o complemento de uma lei se encontra em uma outra lei, por exemplo -, ou heterogênea, se o complemento normativo se encontra em norma de maior ou menor *status* legislativo - o complemento de uma lei se encontra em um decreto, por exemplo). E, no segundo grupo de enquadramentos acima, têm-se exemplos de normas “abertas” (na sequência da conceituação penal acima, uma norma é denominada “aberta” quando sua integral compreensão requer complementação valorativa, ou seja, baseada em jurisprudência ou doutrina ou até mesmo em vida concreta). Ainda nesta linha, se acrescenta, a título de informação, que, muito próximo do conceito de normas abertas, por também não terem o alcance e a extensão do seu conteúdo precisamente positivados, têm-se os conceitos jurídicos indeterminados, cuja perfeita compreensão de seus contornos depende da conjugação de diversos fatores dinamicamente incidentes a cada caso concreto, tais como a época, o local, e sobretudo as percepções pessoais e de cognição do aplicador da norma.

Sobretudo no que diz respeito a estes elementos normativos do enquadramento, não por acaso e sem que se confunda com arbítrio, insegurança jurídica ou ausência de previsão legal, para que de fato se pudesse abarcar em um único diploma legal todas as ações tidas como infracionais - desde as de menor gravidade até as de maior grau de repulsa -, teve o legislador de lançar mão de enquadramentos caracterizados pelo emprego de expressões abrangentes. E esta elasticidade é maior nas imputações para penas mais brandas (advertência e suspensão) do que nas imputações de penas capitais (demissão, destituição de cargo em comissão e cassação de aposentadoria e de disponibilidade).

*“Como se vê, a garantia da tipicidade não pode ser interpretada em dissonância com o princípio da segurança jurídica, tendo em conta, sempre, a dinâmica interna do Direito Administrativo Sancionador, que é diferente do Direito Penal, mas guarda raízes comuns com a normativa que preside o Direito Público Punitivo. Essas peculiaridades do terreno administrativo admitem uma tipicidade proibitiva mais ampla, genérica, tendo por referência o comando legislativo, mas também exigem coberturas normativas que induzam à previsibilidade dos comportamentos proibidos.*

*Resulta clara a possibilidade de uso de normas em branco, cujos preceitos primários são incompletos, carentes de uma integração normativa, em matéria de Direito Administrativo Sancionador, até porque tal técnica não constitui novidade nos sistemas punitivos comparados e nacional. Porém, os limites e as fronteiras entre o permitido e o vedado, nesse terreno, são flexíveis, dependendo dos valores ou bens jurídicos em perspectiva, além da natureza das relações submetidas ao império estatal. (...)*

*Conceitos ou termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais serão instrumentos comumente utilizados no Direito Administrativo Sancionador, especialmente nos casos em que há relações de sujeição especial envolvendo agentes públicos, visto que nesses casos há peculiaridades ligadas à necessária tipicidade permissiva da conduta dos agentes públicos. Assim, uma norma proibitiva de comportamento de agente público resulta indissoluvelmente ligada à norma permissiva, vale dizer, ao princípio da legalidade positiva, visto que o agente público somente pode atuar com suporte em comandos legais. Não é raro, portanto, que, em casos como esses, o legislador utilize tipos proibitivos bastante amplos, genéricos, sem vulnerar a garantia da tipicidade, da lex certa, porque o Direito Administrativo Sancionador pode apanhar relações de sujeição especial em que se encontrar envolvido um agente público. No terreno disciplinar, tais relações assomam em importância e intensidade, diante dos valores protegidos pelo Estado e da especialidade intensa das relações.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pgs. 281, 282, 284 e 285, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Com isto, um determinado caso concreto, com peculiares e específicas condições de contorno, ao ser submetido ao regramento disciplinar, pode se inserir - com maior frequência com que isto também ocorreria na instância penal - naquilo que se considera a “zona cinzenta da norma”.

*“Nesse passo, a legalidade das infrações e das sanções é composta, no mais das vezes, por conceitos ou termos jurídicos altamente indeterminados, cláusulas gerais, princípios e descrição de valores superiores que outorgam amplos espaços à autoridade julgadora, seja ela administrativa ou judicial. (...) Não há dúvidas de que conceitos ou termos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e elementos normativos semanticamente vagos ou ambíguos podem ser utilizados na tipificação de condutas proibidas, seja no Direito Penal, seja no Direito Administrativo Sancionador, neste com maior frequência. Trata-se, inclusive, de um problema de linguagem, de inevitável abertura da linguagem normativa, com todas suas potencialidades. (...)*

*A vagueza semântica, traço comum a inúmeras normas jurídicas, e especialmente pertinente às cláusulas gerais, traduz a existência de ‘zonas de penumbra’, indicando um preciso fenômeno semântico e pragmático, qual seja, a imprecisão do significado. Um termo ou enunciado é vago quando o seu uso apresenta, além de hipóteses centrais e não controversas, alguns casos-limite. A ordem jurídica, em certa medida, necessita da vagueza semântica, pois esta é que possibilita o ‘amoldamento da fattispecie normativa às situações novas, sequer possíveis de serem previstas, quando posto o texto pelo legislador’.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pgs. 260, 269 e 271, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Voltando à comparação, diferentemente da tipicidade penal, em que, em regra, existe uma relação restritiva e excludente entre fato concreto e descrição hipotética na lei, na instância disciplinar, não se trata de buscar a única definição legal em que o ato se amolda, mas sim de identificar, dentre algumas definições legais porventura cabíveis, aquela em que melhor a conduta se adequa. Um determinado ato irregular em instância administrativa, à vista de diferentes enquadramentos em que *a priori* ele se encaixa, deve ser enquadrado naquele que melhor o comporta, tendo em vista o fato objetivo e, sobretudo, o ânimo subjetivo do servidor.

Quanto ao ânimo subjetivo do agente, primeiramente, se afirma que, do mesmo modo como se aduziu em **4.6.2.1**, a responsabilidade administrativa não se satisfaz apenas com a mera comprovação de um resultado infracional. Em outras palavras, não se cogita de responsabilização administrativa objetiva. A responsabilização funcional é subjetiva, requerendo, de forma inafastável, que se comprove não só a mera ocorrência de fato enquadrável mas também que tal fato decorreu de atuação pessoal do servidor, atuação esta associada ao exercício do seu cargo e movida por determinado ânimo subjetivo (de culpa ou

de dolo).

*“(...) o primeiro corolário da exigência de culpabilidade, no Direito Administrativo Sancionador, é a exclusão da responsabilidade objetiva. (...), de fato, é exigível uma conduta pessoal do autor (...).*

*Ao vedar responsabilidade objetiva para mero ressarcimento dos cofres públicos, a Carta Política também veda, implicitamente, responsabilidade objetiva no Direito Punitivo. Ao consagrar necessária responsabilidade subjetiva para o Direito das responsabilidades derivadas de ações ou omissões de agentes públicos, o constituinte sinaliza tendência à responsabilidade por culpabilidade no Direito Sancionador.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pgs. 440 e 442, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

*“(...) a responsabilidade objetiva do suposto infrator, presumidamente inocente até final decisão na esfera administrativa (art. 5º, LVII, da CF), não pode mais ser admitida. (...)*

*É necessário enfatizar que o direito, dentro da nova ordem constitucional, (...) não se compraz com a responsabilização e punição sem culpa, aferida objetivamente. (...)*

*Assim, diante do atual quadro normativo vigente, entendemos imprescindível a culpa, ‘lato sensu’, como elemento necessário para a caracterização da infração administrativa.” Regis Fernandes de Oliveira, “Infrações e Sanções Administrativas”, pgs. 26 e 28, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Não obstante, ainda acerca deste ânimo subjetivo do servidor, é de se dizer que, enquanto a tipicidade penal já define ao aplicador da norma se a conduta a merecer sanção é dolosa (como regra) ou mesmo culposa (em exceção expressa), diferentemente, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não tem, como regra, o dolo ou a culpa definidos de forma expressa em cada enquadramento. Todavia, isto não significa que se prescindia da caracterização da culpa ou do dolo na conduta para se cogitar de enquadramento administrativo. Em outras palavras, embora, formalmente, os enquadramentos administrativos não tenham como elemento obrigatório constitutivo a culpa ou o dolo em sua descrição, uma vez que não se admite em instância disciplinar a responsabilidade meramente objetiva, incumbe ao aplicador extrair o ânimo subjetivo, seja pela direta literalidade, seja por outras formas de interpretação dos incisos dos arts. 116, 117 ou 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

E tal identificação é relevante, pois, em regra, diante de uma situação concreta que a princípio se amolda objetivamente em mais de um enquadramento, será basicamente em função do ânimo subjetivo com que a conduta foi cometida que se obterá o melhor e mais adequado enquadramento.

Aqueles dois conceitos, de dolo e de culpa, em sua essência penal, pressupõem, em sentido lato, a existência de um dever que resta desatendido ou de uma proibição que foi infringida, com o diferenciador de que no dolo o afastamento da regularidade se dá não por mera negligência, imperícia ou imprudência (espécies de culpa), mas sim com vontade consciente de praticar a conduta e de atingir o resultado delituoso dela decorrente (no ânimo de dolo direto) ou, ainda que sem esta vontade direta, assumindo o risco de produzir aquele resultado delituoso (no ânimo do dolo indireto).

Neste rumo, na analogia do que já se aduziu em **4.6.2.1.1**, advirta-se que, em instância de responsabilização disciplinar, não se deve confundir a necessidade de caracterização do ânimo subjetivo para determinados enquadramentos gravosos com obrigatoriedade de se atingir a comprovada identificação do chamado dolo específico. Assim como na instância penal, a regra geral é de o elemento subjetivo se satisfazer com a vontade genérica de o agente cometer a conduta infracional objetivamente descrita na literalidade do enquadramento sem ter uma finalidade específica em sua ação, movendo-se então este autor pelo ânimo que a doutrina classifica de dolo genérico. Excepcionalmente, a Lei nº 8.112, de 11/12/90,

estabeleceu enquadramentos em que a sua própria literalidade impõe a configuração de elementos subjetivos específicos, de o agente ter uma intenção específica ao cometer determinada conduta infracional (por exemplo, de coagir ou aliciar subordinados com o fim específico de se filiarem a entidades classistas ou políticas ou valer do cargo com o fim específico de lograr proveito pessoal ou de outrem, nos incisos VII e IX do art. 117 da citada Lei). Enquanto a regra geral é se ter a possível responsabilização disciplinar associada tão somente à vontade de o agente praticar a ação verbal do enquadramento (o chamado dolo genérico), em especial, há possibilidade de repercussão disciplinar mais restrita que requer a vontade de realizar a conduta para atingir um fim específico (o chamado dolo específico). Em outras palavras, a menos de alguns poucos enquadramentos isolados, a regra geral para os enquadramentos administrativos de índole dolosa é de que basta comprovar que o servidor deixou de cumprir uma obrigação ou que violou uma proibição com consciência e intenção de incorrer no ilícito, não sendo necessário esclarecer com que motivação o fez, o que buscava alcançar com a conduta.

*“O dolo, para efeitos de ser reconhecido no Direito Administrativo Sancionador, é genérico, o mais amplo possível, raramente específico. Até mesmo no Direito Penal se rejeita, hoje, como regra geral, o dolo específico. Mais ainda se rejeita tal hipótese no Direito Administrativo Sancionador. O dolo merece uma ampla conexão com os tipos sancionadores, que, por seu turno, são compostos por conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, fatores que resultam incompatíveis com a tese do ‘dolo específico’.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pg. 447, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

*“A Administração deve provar o dolo do agente, quando exigido (...), não sendo necessário demonstrar o motivo que o levou a praticar a infração. (...) dispensa (...) a averiguação do fim almejado pelo agente, o chamado ‘dolo específico’.” Regis Fernandes de Oliveira, “Infrações e Sanções Administrativas”, pg. 27, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Além da desnecessidade da comprovação do dolo específico, mesmo com todo conservadorismo e atenção aos princípios da presunção da inocência e do *in dubio pro reo* com que o aplicador do Direito deve atuar na matéria pública punitiva, cabe ainda uma segunda ressalva acerca da configuração do dolo no processo, quando necessário para o enquadramento. Se, por um lado, conforme se aduzirá em **4.7.1.1**, como regra geral no regime disciplinar, para se cogitar de enquadramento expulsivo, se faz necessário comprovar o dolo na conduta do agente, por outro lado, não é de se exigir a integral transposição, para o contexto jurídico das provas materializadas no processo, da verdade concreta que somente o mundo real explicita. Em outras palavras, que em nada se confundem com arbitrariedade e muito menos com leviandade e precipitação ao promover a indicição do servidor e o enquadramento da conduta sobretudo em enquadramento expulsivo, embora teórica e conceitualmente se busque a verdade material processual que explique de forma absoluta os fatos do mundo real, é de se reconhecer que, frequentemente, a formação da convicção de existência ou não de dolo passa por algum grau de construção intelectual por parte do aplicador do Direito, sendo-lhe permitido uma pequena e residual parcela de interpretação e inferência - ou, nos termos já expostos em **4.4.1.1**, de presunção e dedução, ao amparo da percepção do mundo real, percepção esta que se inunda do conhecimento das praxes, das condutas habitualmente perpetradas e das soluções adotadas pelo mesmo agente e por outros agentes nos demais casos semelhantes à fatispécie sob análise..

*“Como já noticiado, os ilícitos supracitados [art. 132, I a XII e art. 117, IX a XVI da Lei nº 8.112, de 11/12/90] pressupõem, em regra, a responsabilidade subjetiva dolosa, quer dizer, o agente transgressor deve ter agido com intenção ou, ao menos, ter assumido os riscos do resultado, excepcionando-se o ilícito previsto no inciso XV do art. 117 da Lei nº 8.112/90 (“proceder de forma desidiosa”), que pressupõe responsabilidade subjetiva culposa.”, Ministério da*

*Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 363, 2013, disponível em [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual\\_PAD.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual_PAD.pdf), acesso em 07/08/13*

*“b) Vastíssimo é o campo de aplicação das presunções de homem. Basta, para se ter uma idéia da extensão da sua aplicabilidade, considerar que, em princípio, são elas admissíveis nos mesmos casos em que o é a prova testemunhal. Por meio delas se provam fatos das mais variadas espécies, não só como prova subsidiária ou complementar mas também como prova principal e única.*

*Mas, onde se manifesta, em toda a sua plenitude, a importância das presunções simples, é quando se cura de provar estados do espírito - a ciência ou ignorância de certo fato, a boa-fé, a má-fé etc. - e, especialmente, de provar as intenções, nem sempre claras e não raramente suspeitas, ocultas nos negócios jurídicos. Tratando-se de intenções suspeitas, ou melhor, nos casos de dolo, fraude, simulação e atos de má-fé em geral, as presunções assumem papel de prova privilegiada, ou, sem que nisso vá qualquer exagero, de prova específica. Saliendo a significação das presunções nesse terreno, dispunha o Código de Processo Civil de 1939, art. 252: ‘O dolo, a fraude, a simulação e, em geral, os atos de má-fé poderão ser provados por indícios e circunstâncias’.”, Moacyr Amaral Santos, “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, vol. 2, pg. 513, Editora Saraiva, 24ª edição, 2008*

À vista das provas regularmente coletadas, é lícito - e até se pode dizer que é mesmo inerente à crítica e à analítica condição humana de qualquer aplicador do Direito - que pequenas e minoritárias lacunas na formação integral da convicção acerca da existência ou não do dolo seja integrada por percepções, inteligências, experiências, culturas e até mesmo mero bom senso por parte do integrante da comissão ou da autoridade julgadora. Por vezes, diante da cabal comprovação de que determinado fato antijurídico ocorreu, torna-se necessário ao agente condutor dos trabalhos laborar com suas próprias visões, compreensões e entendimentos acerca da inteligência pessoal e da experiência e da capacitação funcionais do acusado em contrapartida à complexidade e a outros condicionantes concretos ou normativos para a conduta infracional sob análise (como, por exemplo, admitir que determinada conduta poderia ser efetivada culposamente mesmo por um servidor experiente ou, ao contrário, inadmitir que determinada conduta poderia ser realizada por um servidor experiente com ânimo subjetivo diferente do doloso). A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional também já se manifestou reconhecendo tal possibilidade.

*Parecer PGFN/CJU/CED nº 978/2009: “127. Diante de tais observações, contendo fatos indiciários logicamente concatenados que apontam para a caracterização de gravíssima infração funcional, não há como afastar a intencionalidade da conduta do servidor (...) consistente em valimento do cargo para lograr interesse pessoal ou de outrem em detrimento da dignidade da função pública.*

*Atenta às nuances que caracterizam os fatos dessa natureza, dispõe a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (no âmbito do Direito interno, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006), em seu art. 28: ‘O conhecimento, a intenção ou o propósito que se requerem como elementos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas.’*

*128. Assente-se, ainda, que, somando-se aos fatos circunstanciais robustamente demonstrados pelas provas carreadas aos autos e ante o panorama constatado, temos a impossibilidade de se cogitar a ausência de dolo do indiciado (...) em praticar os atos irregulares por se tratar de servidor experiente e qualificado para a função que exercia, conhecedor das normas regentes do procedimento usualmente adotado na Receita Federal. (...). E, dessarte, irreal a mera possibilidade de ocorrência de mero erro, o que vem reforçar a caracterização infração prevista no art. 117, inciso IX, e no art. 132, inciso IV, ambos da Lei*

*nº 8.112, de 1990.”*

Com extremada cautela, pode-se reconhecer a limitação de qualquer ente ou órgão persecutório, por melhores que sejam as ferramentas jurídicas, para adentrar, com integral e absoluto grau de certeza, nas intenções do agente, sobretudo quando se trata de fatispécies cujas peculiaridades não contemplam materialização explícita do ânimo subjetivo de quem as comete, visto residirem tão somente na indevassável construção intelectual do pensamento humano, sendo aceitável, até jurisprudencialmente, certa parcela de inferência ao se buscar identificar se a infração foi cometida ou não com dolo. Em outras palavras, não há como se esperar pela materialização em prova aquilo que é intrinsecamente abstrato e que sequer pode ser materializável.

*STJ, Recurso Especial nº 1.245.765: “Ementa: 13. Pontue-se, antes de finalizar, que a prova do móvel do agente pode se tornar impossível se se impuser que o dolo seja demonstrado de forma inafastável, extreme de dúvidas. Pelas limitações de tempo e de procedimento mesmo, inerentes ao Direito Processual, não é factível exigir do Ministério Público e da Magistratura uma demonstração cabal, definitiva, mais-que-contundente de dolo, porque isto seria impor ao Processo Civil algo que ele não pode alcançar: a verdade real.”*

De toda sorte, importa destacar que não se vislumbra equiparar uma irregularidade cometida por servidor decorrente da intenção deste em auferir o resultado com outra ocasionada por imprudência, imperícia ou negligência, ainda que o resultado tenha sido idêntico.

Como rápida e despreziosa figuração, longe de ater-se a detalhes que somente a análise individualizada comporta, não pode, por exemplo, um servidor que emitiu diversos CPFs em duplicidade, cujos acessos aos sistemas informatizados detectados pela comissão permitem concluir que utilizou artifícios ardilosos - alteração de uma letra no nome da mãe, alteração da data de nascimento, etc -, ser apenado da mesma forma que outro servidor que também emitiu diversos CPFs em duplicidade, mas em decorrência de não ter conhecimento da norma de vedação. Supondo que nos dois casos em tela os respectivos contribuintes possuíssem restrições nos órgãos de proteção ao crédito, em ambas as situações, a emissão do segundo CPF os beneficiaria. Entretanto, em princípio, enquanto na primeira situação resta nítido o valimento do cargo ocupado pelo servidor para lograr proveito de terceiros (inciso IX do art. 117), ensejando a penalidade de demissão (inciso XIII do art. 132), a segunda, em princípio, poderá caracterizar, no máximo, descumprimento de normas (inciso III do art. 116) ou falta de zelo nas atribuições legais do cargo (inciso I do art. 116), não podendo a correspondente penalidade exceder a advertência ou a suspensão (arts. 129 e 130 combinados com o art. 128). Todos os enquadramentos citados referem-se à Lei nº 8.112, de 11/12/90, e seguem descritos em **4.7.2** a **4.7.4**.

Acrescente-se que, conforme já exposto em **4.6.2.1**, convém ainda relevar que o dano ou prejuízo porventura causados pela conduta não integram a definição do dolo e, salvo exceções, não são elementos dos enquadramentos, não sendo então fator decisivo ao se enquadrar. Em outras palavras, não é a existência de dano ou prejuízo que configura e autoriza o enquadramento em condutas, por exemplo, como valimento do cargo e improbidade administrativa; a *contrario sensu*, a inexistência de dano ou prejuízo não impede que se cogite de conduta dolosa.

*STF, Mandado de Segurança nº 26.023: “Ementa: Restou evidenciado no processo administrativo disciplinar que o impetrante utilizou recursos materiais da repartição para atividades particulares. Não houve, no curso do processo, negativa de autoria dos fatos que estavam sendo apurados; ao contrário, o impetrante confirmou a transgressão, justificando que ‘... se valeu de alguns litros de combustível da Procuradoria, causando prejuízos de valor ínfimo e irrisório...’. (...). O fato de o próprio impetrante ter alegado que a utilização dos recursos materiais da repartição em atividades particulares*

*causaram prejuízos ínfimos à Administração, não tem o condão de afastar a transgressão ao inciso XVI do artigo 117 da Lei n. 8.112 de 1990, aliás só ratifica a prática da conduta vedada. Além disso, o artigo 132, inciso XIII, dessa mesma lei, penaliza a transgressão, independentemente da averiguação da extensão do prejuízo causado à Administração Pública. Vale ressaltar que no caso específico, o só fato da utilização dos recursos materiais da repartição em questão para fins particulares, especialmente no que se refere ao automóvel, expõe a Administração Pública a danos. No mais, entende-se que a demissão é compulsória quando apurada infração disciplinar elencada no art. 132 da Lei n. 8.112 de 1990, tal como entendeu a Advocacia-Geral da União no Parecer n.º GQ-167 (...).”*

*“Prescindindo do resultado maléfico que possa produzir contra a administração pública, consuma-se a falta disciplinar com a mera conduta exteriorizada pelo funcionário transgressor, ainda que não seja concretizado o seu resultado danoso. Daí dizer-se que o ilícito disciplinar é formal. Basta apenas que haja o risco de que tal dano possa ser produzido.*

*São chamados, também, de ilícitos de risco ou de perigo.*

*Não obstante, pode o regulamento exigir eventualmente que o dano, ou seja, o resultado, deva integrar a infração disciplinar. Nesse caso, perde a natureza de ilícito formal e passa para a categoria de ilícito de dano. (...)*

*Por outro lado, ressalte-se que a efetiva produção do resultado danoso, desde que não esteja incluído na definição da falta, é sempre considerado circunstância agravante.” José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pg. 210, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/7.

*Nota Técnica Coger nº 2005/7: “A diferenciação, em síntese, entre tais condutas extremadas reside basicamente na configuração do elemento subjetivo do infrator: se agiu com culpa (com negligência, imperícia ou imprudência) ou se agiu com dolo (com intenção e consciência do resultado ou assumindo o risco do resultado). E, também em apertadas palavras, sintetiza-se que, a menos da desídia (art. 117, inciso XV, da Lei nº 8.112, de 1990), o regime administrativo disciplinar exige a existência de elementos indicadores do dolo para a aplicação das penas expulsivas, enquanto que, em regra, as atitudes culposas ensejam penas brandas.*

*11. Convém ainda relevar que o dano ou prejuízo porventura causados pela conduta não integram a definição do dolo. Em outras palavras, não é a existência de dano ou prejuízo que configura e autoriza o enquadramento em condutas como valimento do cargo e improbidade administrativa; a contrario sensu, a inexistência de dano ou prejuízo não impede que se cogite de conduta dolosa.”*

Ao final, as condicionantes da conduta (que apontam natureza e gravidade da infração, atenuantes ou agravantes) podem refletir apenas na indicação da pena mais adequada (gradação da pena), mas não na configuração ou não da irregularidade.

Além das diferenças conceituais entre enquadramento administrativo e tipo penal, há uma outra séria distinção neste tema a ser apontada entre as duas instâncias públicas punitivas.

É de se lembrar que o regime disciplinar não é casuístico como o Direito Penal, de forma que não há, na Lei nº 8.112, de 11/12/90, a relação estreita entre cada enquadramento e uma diferente pena, como reflexo legal de um diferente grau de gravidade e de ofensividade da conduta enquadrável, conforme é a regra do Código Penal.

Conforme se exporá em **4.10.2**, diferentemente da lei penal, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, agrupa significativa quantidade de enquadramentos, em princípio todos com mesmo grau de gravidade e de ofensividade, puníveis com apenas três discretas e pontualmente distantes penas. Melhor explicando, todos os doze incisos do art. 116 e os incisos de I a VIII e

o inciso XIX do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, sem diferença em princípio teórica entre eles, podem ser igualmente punidos com desde advertência até suspensão de um a noventa dias; os incisos XVII e XVIII do art. 117 da mesma Lei podem ser punidos com suspensão de um a noventa dias; e os incisos de IX a XVI do art. 117 e todos os treze incisos do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, podem ser punidos com pena expulsiva. De certa forma, pode-se admitir, que, grosso modo, dentro da inteligência não casuística e apenas previsional e atípica como se constrói sistematicamente, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabelece uma pontual e discreta subdivisão das condutas infracionais e das consequentes penas cabíveis em três níveis apenas: de branda gravidade (ou de menor grau de ofensividade, puníveis com advertência), de média gravidade (ou de médio grau de ofensividade, puníveis com suspensão) e grave (ou de forte grau de ofensividade, a ponto de merecer pena expulsiva).

Em outras palavras, a ausência de natureza casuística nos enquadramentos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, permite dizer que, à luz tão somente de suas respectivas literalidades, sem que antes o aplicador a elas agregue condicionantes da conduta real sob análise, é como se não houvesse diferença em gravidade e ofensividade e, consequência, em reação punitiva do Estado, para uma conduta tida como exercício das atribuições legais do cargo sem o devido zelo e dedicação (enquadrável no art. 116, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90) e para uma outra conduta tida como recusar fé a documentos públicos (enquadrável no art. 117, III da mesma Lei), ambas puníveis em princípio com advertência. Da mesma forma, é como se, para o legislador, merecessem mesmo grau de repulsa uma conduta tida como receber propina em razão das atribuições legais do cargo (enquadrável no art. 117, XII da Lei nº 8.112, de 11/12/90) e uma outra conduta tida como incontinência pública (enquadrável no art. 132, V da mesma Lei), ambas puníveis com demissão.

*“É aqui que, mais uma vez, emerge a adesão do Direito Penal, pois, se este prevê a intenção do dolo e o grau na culpa e, ainda, a penalogia aplicável às contravenções e às leis especiais para determinados crimes, tipicamente considerados, torna-se perfeitamente lícito a divisão das penas administrativamente aplicáveis, segundo a natureza e de acordo com a configuração da ação ou da omissão do servidor público quando na perfeita caracterização de seu desvio de conduta, que deveria ser boa e normal. Então, vê-se que, excluída totalmente, por impertinente, reafirma-se, a pena corporal, tem-se, para as legalmente aplicáveis, três graus: o mínimo; o médio; o máximo, respectivamente.” Egberto Maia Luz, “Direito Administrativo Disciplinar”, pg. 292, Edições Profissionais, 4ª edição, 2002*

Os enquadramentos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, dentro de cada um dos três grupos acima descritos, de forma radicalmente diferente dos individualizados tipos da lei penal, enquanto meras construções hipotéticas do legislador, e dissociados das condicionantes de qualquer caso concreto neles enquadráveis, apresentam, *a priori* e sistematicamente, o mesmo grau de gravidade e de ofensividade, uma vez que podem indistintamente receber a mesma pena. Não há, na fria literalidade hipotética da Lei, nenhuma diferença entre um servidor ser imputado em um ou em outro enquadramento associado a uma mesma pena.

O que difere a gravidade e a ofensividade e, consequentemente, o grau de repulsa social e, em último estágio, a adequada pena a ser aplicada não é a estrita literalidade da norma (no sentido aqui das diferenças entre os elementos de cada enquadramento), conforme acontece na tipicidade da lei penal (em que cada tipo possui a ele associado uma pena específica, já devidamente graduada pela ofensividade da conduta ali capitulável), mas sim as condicionantes da conduta prática enquadrável, que não se encontram inseridas no enquadramento. Sob ótica disciplinar, de um lado, pode um servidor cometer determinado ato enquadrável como ilícito em determinado inciso do art. 116 ou do inciso I a VIII ou XIX do art. 117 e receber uma pena de advertência, sem nenhum prejuízo de um segundo servidor poder cometer outro ato, de natureza completamente distinta, mas também enquadrável como ilícito em outro inciso diferente do primeiro e receber a mesma pena de advertência. Por outro

lado, pode um terceiro servidor cometer o mesmo ato ilícito enquadrável no mesmo enquadramento do primeiro e receber pena de suspensão de trinta ou até de noventa dias. Isto porque, no regime disciplinar, a diferença da gravidade e da ofensividade não é primeiramente medida pelo enquadramento, já que este não é típico e nem casuístico, mas é medida pelas condicionantes da conduta, que indicarão a aplicação dosimétrica de uma pena ou de outra.

*“Embora não sendo casuística, como ficou acentuado, a lei trata dos ilícitos e das penas, descrevendo aqueles de forma sumária, até com referência aos mais notórios (...). Não é casuística, mas é previsional, nos capítulos dos deveres e das proibições. (...)*

*O Direito Administrativo Disciplinar não é casuístico, porém, mesmo não o sendo, ele não pode deixar de consagrar determinados ilícitos cuja tipicidade emerge com uma flagrância notória e necessária.*

*Enquanto o Direito Penal substantivo consagra o princípio consubstanciado no velho brocado de que nullum crime nula poena sine lege, o Direito Administrativo Disciplinar nele não vê similitude para capitulação dos ilícitos, pois isto importaria no verdadeiro reconhecimento desta corporificação, ou melhor, desta disjunção só cabível no Direito Penal.*

*Como a relação entre servidor e o Estado dimana do vínculo jurídico estatutário, neste elemento residem alguns ilícitos, já enumerados, sem embargo da preservação fortemente acentuada da moral administrativa e, em última análise, do interesse público, que deve ser mantido através da mais rigorosa observação da conduta do servidor.” Egberto Maia Luz, “Direito Administrativo Disciplinar”, pgs. 72 e 82, Edipro, 4ª edição, 2002*

Assim, mais especificamente naquele grupo de enquadramentos puníveis com penas de advertência ou de suspensão de um até noventa dias e, conseqüentemente, de maior grau de discricionariedade a favor da autoridade julgadora, não há, pela vontade da Lei, nenhuma diferença conceitual de gravidade e de ofensividade entre eles. O que faz variar, dentro deste grupo de enquadramentos, desde advertência até suspensão de noventa dias não é a literalidade do enquadramento (visto que ele não é típico), mas sim a existência ou não, ponderada, dos parâmetros de dosimetria elencados no art. 128 da Lei (a natureza e a gravidade da infração, o dano dela decorrente, os atenuantes e os agravantes da conduta e os antecedentes funcionais do infrator). E, de certa forma, o mesmo se aplica também para aquele grupo de enquadramentos puníveis com penas expulsivas, apenas com a ressalva das repercussões associadas a vedação de retorno do ex-servidor ao serviço público e medidas extra-administrativas (como indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário), estabelecidas nos arts. 136 e 137 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

#### **4.6.3.1 - Voluntariedade**

Conforme já dito em linhas acima, na instância administrativa, em que pese o dolo e à culpa não integrem expressamente os enquadramentos, não estando neles definidos nos moldes da lei penal, deles não se pode prescindir para se cogitar de enquadramento na Lei nº 8.112, de 11/12/90, e, por conseguinte, de responsabilização administrativa. Ainda que a lei estatutária, por sua própria natureza abrangente *interna corporis*, necessite abarcar em seu regime disciplinar diversas condutas de pequena gravidade e de menor poder ofensivo, nem mesmo para tais condutas se afasta da regra básica de que a responsabilidade administrativa requer a comprovação de ato cometido no exercício do cargo, ou pelo menos a ele associado, com dolo ou, no mínimo, com culpa (em suas formas de imprudência, imperícia ou negligência).

Investir em tese contrária significaria o mesmo que admitir responsabilização objetiva na instância administrativa punitiva. Em outras palavras, não basta a Administração comprovar a ocorrência de um fato enquadrável e a relação causal entre a conduta do servidor e tal fato para poder de imediato buscar responsabilizá-lo administrativamente. Para isto, é

necessário que, além de comprovar a ocorrência do fato enquadrável e a relação causal entre a conduta do servidor e tal fato, se comprove ainda que tal conduta decorreu de ânimo no mínimo culposos por parte do servidor. A responsabilização administrativa é dita subjetiva; ou seja, requer a comprovação do ânimo subjetivo do agente no momento da conduta, seja intencional e consciente, seja culposos, não se satisfazendo apenas com a comprovação objetiva do fato.

Com isto, não se aceita responsabilização disciplinar decorrente de conduta tão somente voluntária por parte do servidor. Em outras palavras, não basta a mera voluntariedade da conduta para que o servidor, em geral sob erro, sem intencionalidade ou sequer culpa, possa ser responsabilizado administrativamente.

Entenda-se aqui, sob ótica jurídica, a voluntariedade como a atitude tomada por iniciativa própria do agente, espontaneamente, refletindo a livre manifestação de sua vontade, sem ter sido compelido, constrangido ou coagido a fazer ou a deixar de fazer, promovendo, com nexos causal, um resultado delituoso previsível, porém sem intenção, finalidade ou direção. O ato volitivo é realizado mediante a possibilidade de o agente escolher opções, refletir sobre os motivos e enfim decidir o que fazer, com espontaneidade. Por esta definição, portanto, não há que se confundir a conduta voluntária, no sentido apenas de que ela é livre de vício de vontade, com intenção dolosa de agir de má-fé e nem mesmo com a conduta culposa de precipitação, impetuosidade ou falta de cuidado. A voluntariedade, que não está expressa ou sequer presumida nos enquadramentos administrativos, deve ser entendida apenas como “fazer livremente” em contrário à obrigatoriedade, não guardando, portanto, nenhuma relação, nem de sinônimo, nem de antônimo e nem mesmo de gradação, com “fazer com má intenção” (dolo) ou “fazer de forma imprecisa, sem o devido cuidado” (culpa).

A voluntariedade pode figurar como o patamar nulo e sem repercussão, além do qual, aí sim, se estabelece, de forma crescente, a escala de gravidade de conduta, desde a culpa até o dolo, assim encadeada: voluntariedade, culpa inconsciente, culpa consciente, dolo indireto, dolo direto e, no extremo, como espécie ainda mais qualificada, o dolo específico.

#### **4.6.3.2 - Erro Escusável**

Sendo a atividade pública vinculada, o servidor somente pode fazer aquilo que o ordenamento expressamente lhe permite, de forma que, em tese, pode-se aduzir que qualquer conduta supostamente irregular, em regra, passa, em sua base, por uma inobservância da legalidade. Assim, *a priori*, sem prejuízo do equilíbrio harmônico principiológico, o princípio da legalidade (ao lado do princípio da moralidade administrativa) é considerado um princípio informador dos demais princípios constitucionais reitores da Administração Pública.

Não obstante, conforme aduzido em **3.3.2**, ao se abordar o enfoque mais complexo com que deve ser compreendido o princípio da legalidade, a atuação da Administração deve atender à lei, mas sem se afastar do bom Direito. Sem perder de vista o bom senso, o senso de justiça e de equilíbrio, a noção concreta dos fatos e das vinculadas repercussões e, sobretudo, a razoabilidade, os agentes públicos investidos da função correcional (as autoridades competentes para instaurar ou julgar e os integrantes das comissões), como aplicadores do Direito, não podem se abster da percepção da falibilidade humana, seja por erro de fato (na apreciação da matéria substancial por parte do servidor), seja por erro de direito (na apreciação da normatização de regência).

O princípio da razoabilidade (implicitamente extraído do aspecto substancial do princípio constitucional do devido processo legal e expresso no art. 2º da Lei nº 9.784, de 29/01/99) impõe que o aplicador analise de forma qualificada o caso concreto, em todas as suas peculiaridades e condicionantes reais, antes de enquadrá-lo nas hipóteses generalistas dos textos legais. Na matéria de que aqui se cuida, tal entendimento se manifesta na aceção de que seria desarrazoado pressupor infalível o servidor e desconsiderar a predisposição ao erro.

Diversas podem ser as fontes de falhas humanas: queda de atenção ou percepção, opinião precipitada, preconcebida ou apressada sobre o assunto, distúrbios sensoriais, cansaço, perda de concentração em atividades repetitivas, etc. Aqueles agentes públicos investidos da função correcional, além de reconhecerem a falibilidade humana, devem ter em mente a noção de que, em regra, se impõe ao servidor o exercício diuturno e continuado de um conjunto de atribuições legais, de natureza por vezes complexa, em geral enfrentando a dificuldade da tarefa de aplicar o Direito. Em outras palavras, a atividade administrativa, não raro, exige daquele ser, falível por natureza: a correta identificação fática do caso concreto que se opõe à sua frente; o conhecimento e a interpretação das normas que regem a matéria; a precisa averiguação se aquele caso concreto se enquadra nas hipóteses previstas em norma pelo legislador; e a tomada da decisão julgada por ele como correta para o caso concreto. Nesta construção encadeada, o mero e simples exercício de suas atribuições legais (o que exclui da análise aquele que nunca erra por nada fazer) naturalmente expõe a equívocos o servidor atuante e que tem iniciativa, seja em função da leitura equivocada do fato concreto, seja por imperícia na interpretação da norma, seja até mesmo por defeitos na redação da norma.

*“(...) Não é porque se trate [a Administração] de um ambiente profissional, onde haja deveres de informação, mais acentuados, que se desprezará o espaço aos erros razoáveis, dentro dos parâmetros técnicos reconhecidamente aplicáveis ao setor especializado. Afinal, os profissionais também erram, e de modo escusável, mesmo os maiores especialistas.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pg. 460, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Não se perde de vista que a instância administrativa disciplinar e mais especificamente a eventual punição estatutária têm seu fundamento de validade para corrigir conduta irregular e para inibir novas irregularidades. Desta forma, em caso de erro decorrente da mera falibilidade humana, a penalidade administrativa não cumprirá seu efetivo papel e não se sustentará, não se justificando sua aplicação, pois aquela falha escusável, ainda que indevidamente punida uma vez, possivelmente ocorrerá de novo, por ser intrínseca à natureza do homem.

Em atenção a tais aspectos de ordem prática, é possível, então, elencar os pressupostos essenciais para que, à vista das condicionantes e peculiaridades de cada caso especificamente (não se visa aqui, em tema tão conceitual e de delimitação controversa, a traçar regras gerais, de aplicação indistinta a qualquer situação), se possa considerar a presença do chamado erro escusável, com o condão de exculpar o servidor.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2006/1, em que se definiu o erro escusável como a conduta equivocada por parte do servidor (isto é, em desconformidade com as normas legais e regulamentares) cuja apenação se evidencie ser irrazoável diante das circunstâncias defrontadas no caso concreto.

*Nota Técnica Coger nº 2006/1: “Ementa: Descabe a aplicação de penalidade disciplinar a servidor público que tenha cometido equívoco, no desempenho de suas atribuições, caracterizado como “erro escusável”, bem como a instauração de processo disciplinar voltado à apuração do fato. Considera-se escusável a conduta funcional consubstanciadora de equívoco caracterizado pela ausência de dolo, eventualidade do erro e ofensa ínfima aos bens jurídicos tutelados.”*

Esta definição é plausível de ser evocada quando, à luz da falibilidade humana, associada ao conjunto de atribuições legais e responsabilidades que recaem sobre o servidor para o exercício diuturno de complexas tarefas, se tem configurado o inadequado cumprimento de suas atribuições, cumulativamente:

- em atitudes culposas (em que há nexos causal entre conduta voluntária e resultado

involuntário; por óbvio, as condutas intencionais e conscientes não se coadunam com o conceito do erro escusável) ou em que não se pode afastar a culpabilidade do agente (o que seria possível na ausência de um dos seus três pressupostos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude ou exigibilidade de conduta diversa);

- caracterizadas como equívocos eventuais (de pouca representatividade dentro do universo de atividades desempenhadas pelo servidor), não caracterizadores de ilícitos de natureza continuada ou de natureza habitual, e em situações que não despertam nenhuma atenção especial (sem que fossem exigíveis, para o caso em concreto, cautelas maiores que as normais e medianas, pois, em um caso assim, não será escusável o erro); e
- de ínfimo poder ofensivo (as ofensas às normas de regência ou aos bens jurídicos tutelados devem ser mitigadas por condicionantes atenuadoras, que não demonstram atos de insubordinação, quebra de hierarquia, deslealdade ou outras máculas de conduta ou de caráter).

Embora não se trate como um requisito necessário para a configuração do erro escusável, pode se ter ainda, para determinado caso específico, a ausência de prejuízo ou a configuração de prejuízo irrelevante ou contornável como mais um elemento a reforçar o emprego do conceito. Advirta-se que isto não elide a possibilidade de aplicação do erro escusável em casos em que há prejuízo relevante, uma vez que a presente construção doutrinária requer apenas aqueles três requisitos cumulativos.

Por outro lado, ressalte-se que se o servidor tiver posterior percepção do erro e não adotar qualquer providência para repará-lo, invalida o pressuposto de ausência de dolo.

A tese aqui exposta não contradiz o que se antecipou em **4.6**. Ao contrário, a leitura atenta destes dois tópicos permite compreender que, na instância disciplinar, em função da forte vinculação da atividade administrativa, faz-se necessário mais do que invocar o princípio da insignificância (no sentido de ofensa mínima, excludente da tipicidade) para se cogitar de considerar uma conduta classificável como erro escusável (excludente da culpabilidade). Enquanto a doutrina penal pode se satisfazer apenas com aquele princípio para defender a imediata atipicidade da conduta e a consequente exclusão da ilicitude, a instância disciplinar requer, para considerar como um erro escusável e, conseqüentemente, afastar a culpabilidade pelo ato inegavelmente irregular, além da ofensa ínfima, que a conduta seja culposa e eventual.

Na instância penal, em que o pressuposto já se inicia na conduta dolosa, à vista das gravíssimas repercussões punitivas ao infrator, pode o juiz julgar pela exclusão da tipicidade material, por insignificância, até mesmo em uma ação consciente e intencional. O mesmo não se aplica na instância administrativa para se aplicar o conceito de erro escusável, visto que os três componentes são necessariamente cumulativos, sendo a insignificância apenas um dos elementos essenciais, ao lado da culpa e da eventualidade.

Uma determinada conduta dolosa, ainda que de pequena ofensividade, cometida uma única vez e causadora de prejuízo de pequena monta, pode configurar irregularidade disciplinar inescusável, pois pode ser o caso de também ter de se atentar, como delimitador do conceito de insignificância, para o princípio da moralidade administrativa. Muitas vezes, a tutela que se quer em determinadas situações é de ordem moral, não patrimonial, daí porque, em instância administrativa, tão somente pelo pequeno valor material da afronta não se pode invocar o princípio da insignificância. Pode até uma única conduta, desde que comprovadamente dolosa, e causadora de pequeno prejuízo, caracterizar infração grave, se eivada de grande ofensividade. O fato é que não há autorização na lei para uma simples análise quantitativa (legalmente, não há “parâmetro de corte”). Daí porque, uma vez que subsiste a infração disciplinar se cometida com dolo e ainda que de mínima lesividade, conceitualmente é mais acertado se defender que o erro escusável, quando é aplicável tal

definição, não afasta a ilicitude do ato, mas tão somente exclui a culpabilidade (excludente de qualquer grau de reprovação para a conduta).

Por fim, conclui-se que a presente construção doutrinária visa a tratar com razoabilidade, senso de justiça e equilíbrio o bom servidor que, como qualquer pessoa mediana, sujeita-se a erro quando se expõe a produzir. Daí, o conceito não se aplica a condutas dolosas, ainda que de pequena afronta. Para tais casos, estando o aplicador do Direito convicto da inaplicabilidade da instância disciplinar, o remédio deve ser outro, amparado na aferição da materialidade da conduta ilícita e em bases principiológicas, conforme se discorre a seguir.

#### **4.6.3.3 - Ausência de Ilicitude Material**

É sabido que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao estabelecer, dentre toda a relação estatutária que vincula o servidor público federal e a Administração, o regime disciplinar, estatuiu, nos arts. 116, 117 e 132, as respectivas listas de deveres, proibições e condutas graves em instância administrativa. Não obstante a natureza correcional da matéria, o que, em primeiro momento induz a uma maior afinidade com a instância penal, é de se destacar aspectos peculiares e diferenciadores na aplicação.

Por um lado, tem-se que a instância penal impõe sérias sanções especificamente para condutas que afrontam os bens merecedores de firme tutela a favor de toda a sociedade. Daí porque a aplicação da instância penal, embora volte-se à vida social como um todo, tem um caráter restrito, excepcional, de mínima interferência e marcado pela anterioridade e pela tipicidade, já que se aplica a um rol bem delimitado de condutas eivadas de forte caráter infracional.

Por outro lado, a despeito de a instância disciplinar tratar da tutela de um conjunto menor de bens ou de um contorno mais restrito do interesse público, quais sejam apenas os bens e os interesses da Administração *interna corporis*, neste caso, diferentemente da lei penal, o legislador, ao elaborar o regime disciplinar na Lei nº 8.112, de 11/12/90, regulando todas as condutas cometidas na instância administrativa, viu-se obrigado a impor repercussão disciplinar desde a condutas de pequeno grau infracional até as de gravidade simultaneamente criminal.

A busca desta ferramenta hermenêutica interpretativa auxilia o aplicador a entender o porquê de estarem listadas naquela Lei, concentradamente nos arts. 116 e 117, condutas ligadas a urbanidade, não manifestação de apreço ou desapreço, presteza, pontualidade, aqui citadas como exemplos de tutelas cuja afronta configura menor poder ofensivo. De outra forma não poderia ser: uma Lei que se propõe a disciplinar toda a relação estatutária entre Administração e seu servidor não pode se ater apenas a condutas de relevante caráter ofensivo, como valimento de cargo, improbidade administrativa, corrupção, etc, para as quais o art. 132 prevê demissão. Para abarcar, num único diploma legal, todo o universo de condutas que, em diferentes graus, afrontam a normalidade interna da Administração, teve o legislador de não só trazer à tona o conceito de enquadramento (em que diversas condutas de ordem prática cabem em cada hipótese legal, em contrapartida à tipicidade penal), mas também incluir no regime disciplinar condutas de pequena monta, em que, para algumas delas, a fronteira com atitudes releváveis é bastante tênue. Destaque-se que isto não quer dizer que os bens tutelados na instância administrativa sejam menos significativos que os da instância penal (apenas para citar um exemplo, não se poderia considerar um ato de improbidade administrativa menos nefasto que um peculato culposo).

Feita esta indispensável introdução, é preciso avaliar a forma com que se deve aplicar este ferramental que o ordenamento dispôs à Administração, como instrumento reparador da ordem interna afetada e como elemento inibidor de novas condutas irregulares. Em outras palavras, deve-se entender como se aplicam aquelas inúmeras e abrangentes hipóteses legais

(os enquadramentos dos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, abarcando um grande leque de gravidade) aos casos concretos do dia a dia da Administração. Mais especificamente para o tema em tela, aqui se busca esclarecer, para o aplicador da Lei, a diferenciação, que se faz necessária, entre condutas de menor gravidade mas ainda assim merecedoras da sanção disciplinar e condutas de ínfima afronta para as quais se pode defender o afastamento da repercussão disciplinar, por se cogitar de não se ter configurado o aspecto material da ilicitude, conforme se abordará adiante.

Para isto, antes, deve-se ter em mente (preservado o entendimento de que o espectro de atuação é menor) a proximidade que esta matéria guarda com a instância penal. A índole correccional impõe, desde o nascedouro de qualquer discussão a este respeito, a conduta cautelosa de intervenção mínima, como que se emprestasse à instância administrativa disciplinar uma postura excepcional e residual, a ser provocada tão somente quando os demais remédios e instrumentos gerenciais não punitivos não surtem efeito restabelecedor da ordem ou inibidor da desordem. Afinal, não se pode conceber a vulgarização do uso do mais amargo dos remédios jurídicos que o ordenamento disponibiliza à Administração para a manutenção da necessária ordem interna. Acrescente-se ser por demais cedo todo o ônus inerente à ação disciplinar, independentemente de seu resultado final e mesmo quando proporcionalmente manejada; e este ônus se enfatiza - tanto em aspectos materiais (custo financeiro, prejuízo da produtividade na matéria-fim, etc), quanto em aspectos imateriais (fragilização da segurança jurídica interna, prejuízos à honra do corpo funcional, etc) - quando a atuação se dá de forma desarrazoada, precipitada e infrutífera.

Na esteira, reiterando o já aduzido em **3.3**, não se pode deixar à margem da análise princípios caros à instância administrativa, tais como da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade. É sabido que os princípios não são meras diretivas morais ou declarações de intenção; ao contrário, informam, interpretam e, sobretudo, integram o Direito, mesmo aqueles não normatizados. Embora possam advir de origens sociais e éticas, os princípios jurídicos são elementos componentes do Direito e até podem, inclusive, alcançar o patamar de fontes quando são consagrados na normatização ou na jurisprudência (o que, todavia, jamais lhes retira a essência de serem princípios). Eles fornecem ao aplicador uma visão sistêmica do ordenamento, interpretando seu sentido ou integrando suas lacunas.

A correta aplicação dos princípios requer a percepção de que independentemente de advirem do texto constitucional, de lei, da construção doutrinária ou mesmo do Direito natural, formam um conjunto de ferramentas que refletem a excelência do salutar jogo de pesos e contrapesos em que deve se apoiar o Direito. Os princípios são mandamentos que dinamicamente se intercomunicam, seja por vezes para se reforçarem mutuamente, seja por vezes para que um atue como delimitador de outro. Nenhum princípio pode ser compreendido de forma isolada e muito menos empregado de forma estanque e dissociada, em detrimento de toda a base principiológica da instância de Direito em questão, como se prevalecesse de forma absoluta sobre os demais, não comportando freios em seu emprego. Devido ao alto grau de abstração que os caracteriza, é possível que haja colisões entre os princípios aplicáveis a uma mesma situação fática, ou seja, que dois ou mais princípios, passíveis de subsidiar determinada decisão, conduzam o caso a soluções diametralmente opostas.

Ao contrário, o aplicador do Direito deve ter inequívoca percepção de que princípios formam um conjunto dinâmico de forças que se amoldam e se delimitam. Os princípios mutuamente se tocam, se tangenciam e se delimitam por meio de fronteiras dinâmicas e flexíveis, que, por vezes, levam à extensão de um princípio em detrimento da compressão de outro ou vice e versa. A desapaixonada apropriação da rica ferramenta jurídica que são os princípios demonstra que nada impede que, por um lado, o aplicador entenda que dois ou mais princípios que se tangenciam, em um determinado caso concreto, atuem dinamicamente em mesmo sentido, se reforçando e se realimentando mutuamente; e que, por outro lado, não incorre em nenhuma contradição este mesmo aplicador que, diante de outro conjunto fático, julgue que aqueles mesmos princípios outrora tidos como consentâneos reforçadores de

determinada tese agora se repelem, devendo, neste caso, optar pelo princípio de maior relevância para as peculiaridades do caso concreto.

Sendo assim, deve o aplicador do Direito, diante tão somente do caso concreto, ponderar os enunciados principiológicos de modo a eleger, em detrimento de outros, aqueles que proporcionem a decisão que mais coaduna com a finalidade e o interesse públicos, com eficácia, justiça e aplicabilidade, preservando, porém, a validade e a vigência de todos os princípios suscitados.

Pode-se, por exemplo, em determinada situação, tomar como inadmissível a afronta a uma norma, elegendo os princípios da legalidade, da moralidade administrativa, da verdade material, da oficialidade e da indisponibilidade do interesse público como vinculantes da instauração do rito disciplinar. Sem prejuízo de, em outra situação, à vista dos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, poder se ter o amparo necessário para não instaurar a instância disciplinar, a despeito de aqueles cinco primeiros princípios *a priori* apontarem o contrário. E, nesse segundo caso, não se está cogitando de mera manifestação de vontade doutrinária, visto que o princípio da eficiência tem repouso constitucional (art. 37 da CF) e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estão formalmente positivados no *caput* do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29/01/99.

Ou seja, percebe-se que, quando a situação concreta parece aceitar mais de uma solução (quando se conseguem argumentos a favor tanto da instauração ou da indicição ou da apenação quanto do arquivamento), atento a esta abordagem, lançando mão dos princípios, o aplicador do Direito identifica qual opção melhor se amolda ao interesse público.

Na busca deste objetivo, tem-se a princípio que a atuação da Administração deve atender à lei; mas, resgatando que o princípio da legalidade requer uma compreensão mais complexa em sua aplicação, sem dúvida, ao mesmo tempo, tem de se cuidar de fazê-lo sem se afastar do bom Direito, conforme aduzido em 3.3.2. O agente público investido da função correcional (seja autoridade instauradora, comissão ou julgador), como aplicador do Direito, não pode se abster do bom senso, do senso de justiça e de equilíbrio, da noção concreta dos fatos e das vinculadas repercussões, por força da visão conglobante dos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade.

*“Numa visão mais coerente e equânime do constitucionalismo atual, (...) a garantia individual do princípio da legalidade não restará satisfeita apenas com a circunstância de que as restrições impostas ao cidadão estejam previstas em lei, mas sim que elas sejam proporcionais (...) o princípio constitucional da legalidade deve-se associar ao princípio virtual e inorgânico da proporcionalidade, cuja existência, ainda que não decorra de disposição expressa, encontra-se implícita na concepção material do Direito Constitucional moderno.” José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pg. 59, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

Com isto, pode ocorrer de este aplicador da norma estar diante de fatos e circunstâncias em que, não obstante os princípios da legalidade, da moralidade administrativa, da verdade material, da oficialidade e da indisponibilidade do interesse público, a imediata instauração da instância disciplinar lhe pareça desarrazoada e antieeficiente, ou a indicição bem como a penalidade vinculada lhe pareça excessivamente gravosa e desproporcional.

Em tais casos, não deve a autoridade competente, em que pese a vinculação do poder-dever de apurar, ser cegamente submissa à literalidade da Lei, atendo-se apenas a parâmetros formais de possível cometimento de irregularidade (materialidade) por suposto servidor público (autoria) como suficientes para determinar a instauração de PAD, sob pena de atentar, principalmente, contra o interesse público. Cabe ponderar os elementos levantados acerca das supostas irregularidades à vista da necessidade, vinculação, pertinência, viabilidade e utilidade de se provocar a instância disciplinar, tendo em vista o caráter restrito e reservado com que ela deve ser empregada, já que importa severos ônus, em especial para a Secretaria

da Receita Federal do Brasil, cuja atividade-fim é fiscal-tributária, e não correcional. Ou seja, a decisão de instaurar PAD deve também apreciar elementos objetivos, tais como o efeito prático de uma possível aplicação de penalidade, assim como subjetivos, como, por exemplo, os bens tutelados, a atividade desenvolvida, as peculiaridades pessoais e do corpo funcional, em respeito aos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade. Estes parâmetros, possuindo ou não expressa previsão legal, devem informar toda a atividade correcional, em qualquer momento processual que seja (investigativo ou contraditório), de modo a refletir corretamente os valores que o PAD visa a tutelar e a assegurar a satisfação das finalidades das leis e do interesse público, conferindo não só legalidade, mas também legitimidade ao ato administrativo.

Para avançar no enfrentamento desta questão, antes se faz necessário diferenciar enquadramento de ilicitude e decompor este último conceito em suas concepções formal e material.

*“O problema a ser enfrentado, agora, diz respeito à tipicidade formal de determinados atos ilícitos (formalmente proibidos pelo Direito Administrativo Sancionador) que, todavia, não se mostram materialmente lesivos a valores e princípios regentes da administração pública ‘lato sensu’ ou mesmo da ordem social, não se justificando, nessas hipóteses, o desencadear de investigação, processo, ação criminal ou ação civil pública, permitindo-se acordos e enfatizando-se a importância, se for o caso, do ressarcimento ao erário ou às partes lesadas.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pgs. 240 e 241, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

O enquadramento é simplesmente a descrição em abstrato, por parte do legislador, de condutas hipotéticas que, uma vez ocorridas em concreto, merecerão sanção administrativa disciplinar. Tendo como razão de existência a proteção de algum bem jurídico merecedor de tutela *interna corporis*, o enquadramento funciona como um modelo meramente hipotético de conduta criticável sob ótica disciplinar.

A ilicitude, por sua vez, como um ato da vida real, para obter sua configuração, requer dois passos consecutivos. De imediato, a ilicitude é formalmente delineada pela prévia cominação da conduta em algum enquadramento da lei. Assim, para que se cogite de ilicitude *in concreto*, faz-se absolutamente indispensável a prévia definição, *in abstracto*, da conduta na lei sancionadora. Neste ponto, havendo a tal definição prévia em lei, afirma-se, como primeiro passo, a ilicitude formal da conduta.

Todavia, ainda que caracterizada a ilicitude formal da conduta, com seu enquadramento na hipótese em abstrato prevista na lei, como segundo passo antes de se deflagrar ou aplicar a instância disciplinar, cabe ainda avaliar a existência ou não da ilicitude material. Isto porque se pode estar diante de fatos e circunstâncias tais que, embora formalmente enquadrável a conduta, não se configura relevante afronta ao bem jurídico tutelado pelo enquadramento, por não se mostrar substancial e materialmente lesiva a valores e princípios da instância administrativa.

*“Uma vez afirmada a ilicitude formal da conduta proibida, com seu enquadramento no tipo repressivo, cabe averiguar a ilicitude material, ou seja, se o comportamento efetivamente agride o bem jurídico protegido pela norma ou mesmo o ‘status’ de vigência formal e material dessa norma.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pg. 326, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

É cediço que a atividade legislativa trabalha com hipóteses, de forma que a norma punitiva elenca situações em abstrato que, ao ver generalista da norma, tomado por juízo hipotético e por médias comportamentais básicas, merecem sanção. Todavia, o aplicador do Direito deve sempre atentar para as ferramentas de interpretação, inerentes à matéria jurídica, uma vez que norma hipotética não contempla (e nem poderia mesmo fazê-lo) todos os múltiplos e complexos fatores que podem ocorrer nos casos concretos. A ocorrência real de

fato que, formalmente, se amolda à hipótese criticada na lei ainda requer a apreciação das particularidades do caso concreto, à vista de ter ou não afrontado o bem jurídico tutelado.

Diante da ciência jurídica, inexata por natureza, a situação se torna de difícil delimitação, de forma que não se pode abstrair de qualquer ferramenta que se apresenta ao aplicador do Direito. Assim, especificamente para a instância administrativa disciplinar, de esparsas e lacunosas normatização, jurisprudência e doutrina, é relevante a contribuição que se extrai da instância penal, instância punitiva do Direito público bem mais sedimentada em seus princípios, institutos e conceitos. Conforme já abordado em **4.6.2.1**, o Direito Penal emprega, como requisito primeiro na configuração da conduta criminosa, o conceito de tipicidade. E, mesmo protegendo os bens mais relevantes para o todo social, aquela instância de Direito não rejeita o entendimento de que a tipicidade não requer apenas a mera adequação formal da conduta real à hipótese definida na lei como crime. Ao contrário, requer também que a conduta, materialmente, afronte o bem jurídico tutelado.

*“Para que a conduta humana seja considerada crime, é necessário que dela se possa, inicialmente, afirmar a tipicidade, isto é, que tal conduta se ajusta a um tipo legal de crime (...). Temos, pois, de um lado, uma conduta da vida real; de outro, o tipo legal de crime, constante da lei penal. A tipicidade formal consiste na correspondência que possa existir entre a primeira e a segunda. (...). (...) se considerarmos o tipo não como simples modelo orientador ou diretivo, mas como portador de sentido, ou seja, como expressão de danosidade social e de periculosidade social da conduta descrita, ampliar-se-á consideravelmente esse poder de decisão a nível de juízo de atipicidade. (...) se o fenômeno da subsunção (= sotaposição de uma conduta real a um tipo legal) estiver subordinado a uma concepção material do tipo, não bastará, para afirmação da tipicidade, a mera possibilidade de justaposição, ou de coincidência formal, entre o comportamento da vida real e o tipo legal. Será preciso algo mais (...). Modernamente, porém, procura-se atribuir ao tipo, além desse sentido formal, um sentido material. Assim, a conduta, para ser crime, precisa ser típica, precisa ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito (‘nullum crimen sine lege’). Não obstante, não se pode falar ainda em tipicidade, sem que a conduta seja, a um só tempo, materialmente lesiva aos bens jurídicos, ou ética ou socialmente reprovável.” Francisco de Assis Toledo, “Princípios Básicos de Direito Penal”, pgs. 125, 130 e 131, Editora Saraiva, 5ª edição, 1994*

Ora, se o Direito Penal, tutelando bens teoricamente muito mais relevantes, aceita tal construção inibidora de sua atuação, requerendo mais do que a configuração meramente formal da tipicidade, ponderando o *quantum* de lesividade apresenta a conduta, não há porque duvidar de a instância administrativa disciplinar também não o fazê-lo.

*Parecer PGFN/CDI nº 687/2006: “22. Vê-se, pois, que até no âmbito penal, que empresta tutela aos bens jurídicos mais caros e relevantes de uma dada sociedade, foi necessário obter um juízo meramente formal de transgressão, ponderando sobretudo acerca da existência de lesividade e danosidade da conduta em relação ao objeto jurídico penalmente protegido. 23. Essa racional distinção não merece rechaço do direito administrativo disciplinar, mormente se se considerar que a tipicidade do ilícito disciplinar não guarda os estritos contornos verificáveis no Direito Penal. (...)”*

Retornando à análise da situação em tela em instância administrativa disciplinar, por óbvio que a verificação da adequação material da conduta formalmente ilícita ao dispositivo estatutário exige profundas e complexas valorações. Tal apreciação requer análise individualizada de cada caso em concreto, à vista de diversos fatores, tais como peculiaridades e condicionantes, não só do fato como do autor.

*“(...) A tipificação do ato ilícito, na esfera do Direito Administrativo Sancionatório, passa por um duplice estágio: formal e material. (...)”*

*A tipificação formal é apenas um primeiro passo no enquadramento da conduta do agente, fruto, via de regra, de uma leitura preliminar do texto legal, na perspectiva de incidência da norma. Necessário, ainda, verificar a adequação material de sua conduta à norma proibitiva, o que pressupõe valorações mais profundas, exame de particularidades comportamentais, circunstâncias concretas, causas e motivações específicas e relevantes do agir humano, fatores sociais complexos e influentes no resultado, enfim, um conjunto interminável de circunstâncias. Logo, a tipicidade formal é uma espécie de estágio preliminar no raciocínio jurídico da decisão, não o estágio definitivo.*

*O efetivo impacto da conduta formalmente típica no bem jurídico tutelado pela norma repressiva é pressuposto da adequação típica material. Trata-se de um processo que exige complexas valorações, notadamente do julgador, mas também da autoridade administrativa. (...). Descreve-se a conduta proibida com suporte em um juízo abstrato, valorativo de pautas comportamentais básicas, levando em conta padrões de conduta abstratos. Sem embargo, a ocorrência efetiva da conduta no mundo real torna imperioso o exame das particularidades do caso concreto, daí emergindo a possibilidade de uma real conduta que não ofenda, de fato, o bem juridicamente protegido.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador, pgs. 246 e 247, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Decerto, por um lado, a título de exemplo, não se autoriza o afastamento da concepção material à vista tão somente de pequena monta, já que há enquadramentos em que, claramente, a tutela que se quer é de ordem moral e não patrimonial. Em condutas dolosas de grave afronta (por exemplo, condutas que, além da instância disciplinar, também podem provocar a instância penal, em razão de crimes contra Administração Pública), não há que se cogitar de ausência de ilicitude material.

*STJ, Habeas Corpus nº 109.639: “Ementa - (...) Princípio da insignificância. Este Sodalício assentou o entendimento de ser inaplicável tal princípio aos delitos praticados contra a administração pública, haja vista, nesses casos, além da proteção patrimonial, o resguardo da moral administrativa. In casu, não obstante o valor irrisório da coisa, é impossível a aplicação do princípio da insignificância, uma vez que o delito fora praticado contra a Administração Militar.”*

Mas, por outro lado, a presente teoria pode elucidar pelo não sancionamento disciplinar em condutas, por exemplo, embora formalmente ilícitas, mas que na prática são toleradas pela praxe administrativa, conforme se aduziu em **4.3.10.3.1**. E, sobretudo, com as devidas cautelas, pode ser aplicada em condutas que, embora cometidas com intenção (o que, por si só, já impede o apoio na construção doutrinária a que chamou linhas acima de erro escusável, pelo fato de a conduta não ser meramente culposa), não atinjam o patamar de afrontar o bem jurídico protegido.

*“As praxes administrativas configuram a cristalinização da atividade reiterada e uniforme da Administração no tratamento e na solução de determinados casos.*

*Embora haja divergências entre os doutrinadores sobre a validade das praxes administrativas como fonte do direito, desposamos o entendimento de que elas, nos casos em que forem silentes as leis, podem prestar valioso auxílio ao Direito Processual Disciplinar.*

*As praxes, conquanto não se confundam, em sentido rigorosamente científico, com os costumes, devem, no nosso entender, ter a mesma receptividade conferida a estes.*

*De conformidade com a Lei de Introdução ao Código Civil, os costumes são fontes secundárias do direito (art. 4º).”, José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 47, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Em tais situações, havendo desconforto por parte do aplicador do Direito sancionador

(sejam autoridades instauradora ou julgadora, seja comissão), pode-se motivar o arquivamento do processo por meio de outro caminho, com base em argumentação principiológica. Ora, se o fato em concreto, ainda que formalmente enquadrável, não afronta, sob aspecto material, a regularidade interna da Administração, pode-se questionar se a persecução disciplinar não afrontará o princípio da razoabilidade. Mais que isto, pode ser o caso de a afronta ínfima ter associada na Lei nº 8.112, de 11/12/90, pena tal que soe desproporcional. Por fim, superando as alegações principiológicas baseadas no art. 2º da Lei nº 9.784, de 29/01/99, pode-se ainda trazer à tona o princípio constitucional da eficiência (art. 37 da CF), como contraponto à legalidade e à indisponibilidade do interesse público em apurar e em punir, se for o caso.

Analisada as condicionantes da conduta em concreto em cada caso, mesmo que o juízo que dele se faça não se prenda à mera análise formal da representação ou da denúncia ou pela inferência preliminar de impossibilidade de se buscar o esclarecimento do fato (ou seja, mesmo que a notícia de irregularidade seja formalmente perfeita e apresente caminhos investigativos ou apuratórios válidos e viáveis), pode-se decidir aplicar o conceito em tela em razão da ausência de elementos materiais de ilicitude no fato que justifiquem a instauração da instância disciplinar.

À luz da base principiológica apresentada linhas acima, pode-se defender a não instauração da instância administrativa disciplinar em razão de não se vislumbrar no caso em concreto o componente material da ilicitude. Tal instância não tem sua instauração justificada e devidamente motivada para um caso em que não se pode dizer que tenham sido afrontados os bens jurídicos tutelados pelo Estatuto, a ponto de fazer nascer a pretensão punitiva estatal, com todos os seus ônus. Mesmo que tenha configurada a ilicitude formal decorrente de ato intencional e reconhecidamente desapropriado para o que se requer e se espera de um agente público, pode não soar razoável instaurar uma instância processual intrinsecamente onerosa em razão de uma infeliz conduta do denunciado, não tendo esta atingido o patamar de afronta à regularidade interna da Administração - este, sim, um dos pilares que justificariam a persecução disciplinar.

Ademais, pode a instauração em determinado caso desatender ao princípio da proporcionalidade ao fazer mover a pesada estrutura correcional do Estado-Administração para, ao fim, se for o caso, aplicar quiçá a pena de advertência, apenas para mencionar a mais branda das penas previstas, diante de uma atitude de limitado caráter infracional e ofensivo ao Estatuto.

Por fim, em tais condições especialíssimas de contorno, pode a instauração da instância punitiva, com todos os ônus materiais e imateriais que lhes são inerentes, desatender ao princípio constitucional da eficiência, expresso no art. 37 da CF. Ainda que voluntária ou até mesmo dolosa a conduta, não caracterizável como mero erro escusável, pode não se justificar a instauração, se for o caso de reduzida afronta aos deveres e proibições estabelecidas exaustivamente na Lei nº 8.112, de 11/12/90.

É de se mencionar o Despacho do Consultor-Geral da União Substituto nº 129/2005, também aprovado pelo Advogado-Geral da União, por meio do qual foi aprovada a Nota AGU nº WM 6/2005, esposando o seguinte entendimento acerca de não aplicação de penalidade em razão de infrações disciplinares consideradas de potencial ofensivo insignificante.

*Despacho do Consultor-Geral da União Substituto nº 129/2005: “Observo, inicialmente, que a reafirmação do entendimento contido em diversas manifestações desta Advocacia-Geral da União, no sentido da obrigatoriedade da aplicação da pena de expulsão quando configurada infração disciplinar prevista no art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, vale como regra geral.*

*Ocorre, entretanto, que, na linha do despacho do Consultor-Geral da União, na*

*apreciação da Nota nº AGU/WM-24/2003, de 16 de junho de 2003, relativa ao processo nº (...), já aprovado por Vossa Excelência, não se exclui a possibilidade de, 'quando for o caso, em face de infrações menores, de potencial insignificante, afasta-se a aplicação da penalidade em razão de atipia, como a concebem os tribunais no campo penal'. Em resumo, faltando objetiva relevância jurídico-administrativa, a conduta, mesmo irregular, pode ser considerada insuficiente para aplicar-se a penalidade."*

A título de mero exemplo, com todo o risco inerente de fazê-lo distanciado de um caso concreto, pode-se ter um fato de pequeno insulto verbal proferido por servidor que, em princípio, poderia encontrar enquadramento na Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seu art. 116, XI (quebra do dever de tratar com urbanidade as pessoas). Sendo ato intencional, de imediato, se afasta a possibilidade de se aplicar o chamado erro escusável. Não obstante, à vista de exemplificativas condicionantes de ter havido retratação do agressor e desconsideração da ofensa por parte do agredido e de não ter ocorrido outras repercussões para o ato, em tese, se poderia cogitar de a conduta formalmente ilícita não obter adequação material, por ausência de afronta ao bem jurídico internamente tutelado, obtendo-se amparo nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência para excluir o enquadramento e afastar a instância disciplinar.

Por fim, ainda acerca do tema em comento, não obstante todas as ponderações de economia de intervenção acima expostas, nada impede que a conduta sob exame possa configurar transgressão à norma ou a princípio ético, conforme já se abordou em 2.2.2.2.1. Pode-se até inferir uma razoável plausibilidade que determinado contexto fático, de um lado, tenha incidido formalmente em afronta à norma estatutária mas não o tenha feito ao condão de configurar a materialidade delitativa suscitadora da relevante reprimenda disciplinar possa, de outro lado, ser suficiente para provocar a instância ética, vez que esta pode, em sintética análise, ser compreendida como um *minus* em comparação à instância disciplinar. Desta forma, deparando-se o sistema correcional com uma conduta que enseje a atribuição benéfica da ausência de ilicitude material, é de se ponderar se não é o caso de se encaminhar à competente Comissão de Ética Pública Seccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (CEPS-RFB).

## **4.7 - LISTA DE TODOS OS ENQUADRAMENTOS PREVISTOS NA LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990: UNIVERSO DAS IRREGULARIDADES QUE PODEM CONSTAR DA INDICIAÇÃO**

### **4.7.1 - O Escalonamento de Gravidade Previsto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**

#### **4.7.1.1 - Repercussões Dísparas para Situações Fáticas Aproximadas**

A lista de irregularidades que se pode imputar ao servidor encontra-se nos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. O art. 116 elenca deveres do servidor, o art. 117 elenca proibições do servidor; e o art. 132 elenca as graves infrações estatutárias.

A leitura atenta destes três artigos demonstra, em diversas passagens, que o legislador previu ser possível que determinadas condutas, dependendo de condicionantes (tais como o *animus* do servidor, a intensidade, a frequência, etc), em rápida análise, tanto pode, em um extremo, nem sequer configurar infração disciplinar (por vezes, apenas mera crítica de índole ética ou moral); quanto pode ser enquadrada administrativamente como infração disciplinar leve (punível com advertência ou, no máximo, suspensão, em regra, em atitudes culposas); como pode também ser enquadrada administrativamente como infração grave (punível com

pena capital, em regra, em atitude dolosa); e, no outro extremo, no limite máximo, pode ser enquadrada como improbidade administrativa, que é infração gravíssima (punível administrativamente com pena capital e judicialmente com outras penas severas).

A aplicação de qualquer dos incisos dos três artigos requer a leitura atenta e restritiva do art. 148 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Conforme já aduzido em **3.1**, este dispositivo restringe a análise às condutas associadas direta ou indiretamente ao exercício do cargo, com o que se afastam condutas de vida privada do servidor enquanto cidadão comum (a menos que o ato da vida privada tenha correlação com a Administração Pública, com a instituição ou com o cargo), totalmente dissociadas de seu cargo, criticáveis tão somente à luz de códigos de ética.

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

A propósito, conforme já aduzido em **3.1**, nunca será demais relembrar a importância que o aplicador deve prestar àquele artigo, em geral mitigada talvez pelo fato de o legislador tê-lo inserido no meio do Título V, que trata da matéria processual, quando, por sua imediata relevância, deveria ter sido destacado como uma disposição geral, como um preâmbulo de toda a matéria disciplinar do Estatuto, restringindo a abrangência objetiva do processo administrativo disciplinar. Na matéria que aqui interessa, tal mandamento, acerca da delimitada abrangência subjetiva do processo, se volta tanto à autoridade instauradora, em seu juízo de admissibilidade antes de instaurar o processo; quanto à comissão processante, ao conduzir o apuratório e concluir pelo cometimento ou não de irregularidade; quanto, por fim, à autoridade julgadora, ao decidir pelo arquivamento ou pela punição do servidor.

São diversos os exemplos que se podem listar de irregularidades encadeadas como que em degraus de crescente gravidade, apesar de a princípio parecerem ter uma mesma conformação fática.

Ilustrativamente, citam-se alguns exemplos do que se afirmou acima. A comprovação fática de má execução de determinada tarefa tanto pode configurar uma atitude de ínfimo poder ofensivo à normalidade administrativa que nem provoque a instauração da esfera disciplinar; quanto pode ser considerada falta de zelo (art. 116, I); quanto pode, no limite, vir a configurar desídia (art. 117, XV). Ausências ao serviço tanto podem ter apenas repercussão pecuniária, quanto podem configurar falta ao dever de ser assíduo e pontual (art. 116, X), como podem, no limite, configurar abandono de cargo ou inassiduidade habitual (art. 132, II e III). Um ato contrário à norma tanto pode ser inobservância de norma (art. 116, III), como pode ser apenas rito de passagem para valer-se do cargo para lograr proveito irregular (art. 117, IX). Um ato de quebra de relação de confiança tanto pode ser apenas quebra do dever de lealdade (art. 116, II), como pode configurar cometimento de atividade incompatível (art. 117, XVIII), quanto pode ser ato de improbidade (art. 132, IV). Ao destruir um bem público, pode-se estar diante tanto de falta de zelo (art. 116, VII) quanto de dilapidação do patrimônio (art. 132, X). A lista de exemplos acima não é exaustiva e menciona artigos da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

A diferenciação, em síntese, entre tais condutas extremadas reside basicamente na configuração do elemento subjetivo do infrator: se agiu com culpa (com negligência, imperícia ou imprudência) ou se agiu com dolo (com intenção e consciência do resultado ou assumindo o risco do resultado). Conforme melhor já se aduziu em **4.5.3**, a solução destes conflitos aparentes de normas passa por critérios de alternatividade, especialidade, subsidiariedade e consunção. E, também em apertadas palavras, sintetiza-se que, a menos da desídia (inciso XV do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90), o regime administrativo disciplinar exige a existência de elementos indicadores do dolo para a aplicação das penas expulsivas, enquanto, em regra, as atitudes culposas ensejam penas brandas.

*“Pode-se afirmar, em síntese, que infrações de natureza culposa são, em regra, enquadradas nos ilícitos disciplinares previstos nos arts. 116 ou 117, incisos I a VIII, XVII a XIX, da Lei n.º 8.112/90; enquanto infrações de natureza dolosa são enquadradas nos ilícitos previstos nos arts. 117, IX a XVI, ou 132 da Lei n.º 8.112/90. Excepciona-se da regra citada o ilícito administrativo “proceder de forma desidiosa”, previsto no inciso XV do art. 117 da Lei n.º 8.112/90, que pressupõe, nos termos já expostos em capítulo precedente, responsabilidade na modalidade culposa.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 352, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Quanto à necessária configuração de elementos indicadores do dolo para determinados enquadramentos gravosos, remete-se a **4.6.3**, onde se aduziu a desnecessidade de se identificar o dolo específico, ou seja, o motivo que levou o servidor a realizar tal conduta conscientemente infracional, bem como também se cogitou da possibilidade de a completa convicção acerca da existência do dolo na conduta advir, em pequena parcela minimamente integradora, de conhecimentos, experiências, conjecturas ou inferências do próprio aplicador do Direito, vez que jamais se terá concretizado processualmente a ideal cabal comprovação, na íntegra, do ânimo subjetivo que moveu o agente da conduta infracional.

*Parecer PGFN/CJU/CED nº 978/2009: “127. Diante de tais observações, contendo fatos indiciários logicamente concatenados que apontam para a caracterização de gravíssima infração funcional, não há como afastar a intencionalidade da conduta do servidor (...) consistente em valimento do cargo para lograr interesse pessoal ou de outrem em detrimento da dignidade da função pública.*

*Atenta às nuances que caracterizam os fatos dessa natureza, dispõe a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (no âmbito do Direito interno, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006), em seu art. 28: ‘O conhecimento, a intenção ou o propósito que se requerem como elementos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas.’*

*128. Assente-se, ainda, que, somando-se aos fatos circunstanciais robustamente demonstrados pelas provas carreadas aos autos e ante o panorama constatado, temos a impossibilidade de se cogitar a ausência de dolo do indiciado (...) em praticar os atos irregulares por se tratar de servidor experiente e qualificado para a função que exercia, conhecedor das normas regentes do procedimento usualmente adotado na Receita Federal. (...). E, dessarte, irreal a mera possibilidade de ocorrência de mero erro, o que vem reforçar a caracterização infração prevista no art. 117, inciso IX, e no art. 132, inciso IV, ambos da Lei nº 8.112, de 1990.”*

*STJ, Recurso Especial nº 1.245.765: “Ementa: 13. Pontue-se, antes de finalizar, que a prova do móvel do agente pode se tornar impossível se se impuser que o dolo seja demonstrado de forma inafastável, extreme de dúvidas. Pelas limitações de tempo e de procedimento mesmo, inerentes ao Direito Processual, não é factível exigir do Ministério Público e da Magistratura uma demonstração cabal, definitiva, mais-que-contundente de dolo, porque isto seria impor ao Processo Civil algo que ele não pode alcançar: a verdade real.”*

Uma vez que a configuração do elemento subjetivo importa relevantemente na configuração do ilícito e, mediante a vinculação prevista na Lei nº 8.112, de 11/12/90, na penalidade cabível, tem-se que a comissão deve ter sob atenção a grande responsabilidade do ato de enquadrar na Lei o fato irregular comprovado com a instrução probatória. E, para isto, deve dedicar especial atenção à configuração do ânimo subjetivo com que o servidor cometeu a conduta comprovada. Daí, para citar os enquadramentos gravosos mais comuns, não cabe à comissão enquadrar no art. 117, IX (valimento de cargo) e/ou no art. 132, IV (improbidade

administrativa), ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e conseqüentemente, propor aplicação de pena expulsiva, se não coletou nos autos elementos minimamente indicadores da conduta dolosa do servidor.

É necessário atentar que o Estatuto tem (sobretudo para as infrações que importem em penas de advertência e de suspensão) enquadramentos atípicos de forma que, na situação hipotética prevista pelo legislador em um determinado inciso dos seus arts. 116, 117 ou 132, cabem inúmeras condutas práticas da vida concreta. Daí, enquadrar o fato apurado em algum destes incisos abrangentes (o que, em visão precipitada, parece ser fácil) revela-se tarefa difícil e de grande responsabilidade, devido às diferentes repercussões.

A comissão precisa levar em conta todas as condicionantes daquela conduta e do agente, à luz da razoabilidade, da proporcionalidade, do bom senso, da equidade, do equilíbrio, do senso de justiça e da impessoalidade, para enquadrar no inciso mais adequado e justo. Até é verdade, como se verá em **4.10.4.1**, que, diante de uma conclusão dissociada das provas dos autos, pode a autoridade julgadora corrigir o enquadramento proposto pela comissão. Mas há situações em que a proposta da comissão pode não ser a mais adequada mas não chega a ser flagrantemente contrária à prova dos autos, de forma que fica mais difícil a motivação para a autoridade julgadora alterar e aplicar o enquadramento ótimo.

A Advocacia-Geral da União também já abordou esta questão do escalonamento da gravidade da infração:

*Parecer AGU nº GM-17, não vinculante: “13. A avaliação da gravidade de transgressões percebe-se e difere até no âmbito da legislação. Tanto que há preceituações na Lei nº 8.429, de 1992, que, em sua literalidade, consideram como improbidade administrativa a falta de lealdade às instituições, podendo decorrer a penalidade expulsiva com as conseqüências drásticas supra referenciadas, ao passo que a Lei nº 8.112, de 1990, impõe esse dever de o servidor ser leal, todavia prevê o castigo de advertência, desde que o ilícito ‘não justifique imposição de penalidade mais grave’ (arts. 116, II, e 129). 14. Na mesma forma de graduar a penalidade em razão da gravidade do ilícito, exemplificativamente, a Lei nº 8.112 veda que o servidor oponha ‘resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço’ (art. 117, IV) e viabiliza a apenação com advertência (arts. 117, IV, e 130), conduta que importa omissão em praticar ato de ofício que a Lei nº 8.429 considera ato de improbidade administrativa, no sentido literal de sua concepção.”*

E, na mesma linha acima aduzida, o tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/7.

#### **4.7.2 - Descumprimento dos Deveres do Art. 116**

O art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, elenca os deveres funcionais, cuja inobservância acarreta pena de advertência ou de suspensão (a parte final do art. 129 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, possibilita a aplicação de suspensão mesmo não havendo reincidência, conforme se abordará em **4.10.2.4.3**).

A leitura conjunta do art. 129 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, na passagem em que menciona “dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna” com o artigo em tela dá a clara notícia de que a lista de deveres funcionais não se encerra no art. 116 da citada Lei, pois, além de outras leis que porventura existam impondo deveres a servidor, pode haver, em cada órgão da Administração, deveres funcionais internamente regulados na normatização infralegal.

*“Por fim, convém ressaltar que o rol dos deveres dos servidores públicos constante no citado artigo 116 é exemplificativo, e não taxativo, pelo que*

*outros deveres para os servidores podem ser previstos em regulamentação ou norma interna. A inobservância desses deveres também constitui ilícito administrativo sujeito à penalidade de advertência, a teor da segunda parte do art. 128 da Lei nº 8.112/90, ou de suspensão, a teor da segunda e terceira parte do art. 129 da Lei nº 8.112/90, conforme o caso”. Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, “Processo Administrativo Disciplinar - Manual”, pg. 164, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

Em princípio, o descumprimento da maioria dos deveres elencados no art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, quando se encerra em si mesmo e não é mero instrumento de infração mais grave, tem natureza apenas culposa (cometido por negligência, imprudência ou imperícia); mas também há deveres naquela lista que podem ser dolosamente descumpridos. Destaque-se que, ainda assim, nenhum deles, por si só, mesmo em reincidência, implica em proposta de pena capital (demissão, destituição de cargo em comissão ou cassação de aposentadoria ou de disponibilidade).

*STF, Mandado de Segurança nº 26.361: “Ementa: (...) As práticas previstas nos incisos do artigo 116 da Lei nº 8.112/90 pressupõem a culpa, apanhada a espécie negligência.”*

Acrescente-se que muitos dos deveres funcionais estatuídos no art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, tangenciam aspectos comportamentais de conduta (zelo, lealdade, obediência, urbanidade). Cabe dizer que, em regra, os enquadramentos na maioria dos incisos deste artigo podem se justificar mediante conduta única ou delimitada em curto período de tempo, não sendo necessário se reportar ao pretérito da vida funcional do servidor.

É de se ressaltar que, à luz do atual ordenamento constitucional (leia-se art. 5º, LV da CF), não se admite nenhuma hipótese de configuração de qualquer destes ilícitos e a consequente apenação sem a instauração do devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, por mais imediato, notório ou faticamente simplório que possa parecer algum enquadramento. Neste sentido, para qualquer inciso deste artigo, aproveitam-se os argumentos expostos em **4.10.2.4.5**, em que se defende o rito legal para hipótese do art. 130, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (recusar-se a se submeter à perícia médica).

Seguem abaixo os enquadramentos do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com algumas observações cabíveis mais relevantes.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 116. São deveres do servidor:*

*I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;*

*II - ser leal às instituições a que servir;*

*III - observar as normas legais e regulamentares;*

*IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;*

*V - atender com presteza:*

*a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;*

*b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;*

*c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública;*

*VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração; (Redação dada pela Lei nº 12.527, de 18/11/11)*

*VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;*

*VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;*

*IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;*

*X - ser assíduo e pontual ao serviço;*

*XI - tratar com urbanidade as pessoas;*

*XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.*

*Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada*

*pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.*

*(Nota: Na forma como oficialmente publicado, o parágrafo único do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, impropriamente assegura a ampla defesa ao “representando”; subentende-se que o correto seria ao “representado”).*

#### **4.7.2.1 - Inciso I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo**

Em princípio, não se vislumbra diferença entre zelo e dedicação, pois equivalem a realizar as tarefas com cuidado e qualidade e em tempo razoável, ou seja, com bom rendimento, sem desleixo ou descompromisso com a qualidade, estando aqui superpostos talvez por uma questão de ênfase redacional. À vista da noção de que a Administração e o Estatuto não requerem do servidor desempenho extraordinário de excelência ou atos de bravura e heroísmo, mas tão somente conduta normal e mediana, não se crê que o termo “dedicação” seja um *plus* em relação ao termo “zelo”, em que o primeiro teria o significado mais qualificado de exclusividade, abnegação, devoção e entrega total.

Este enquadramento, de subjetiva avaliação, não se reporta a toda a vida funcional do servidor, mas sim a um ato específico (ou a alguns atos ou a um período específico). Ou seja, não há impedimento de se enquadrar um servidor neste inciso, por um determinado ato em que agiu de forma negligente, embora esteja provado nos autos que o acusado sempre foi um bom servidor e constarem de seus assentamentos elogios, menções honrosas, etc. Tais antecedentes poderiam valer, em princípio, para impedir que a autoridade agravasse a pena para suspensão, conforme lhe autorizariam os arts. 128 e 129 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Se fosse o caso de se poder criticar como negligente toda a vida funcional pretérita do servidor, e não por um caso isolado (ou alguns), talvez se cogitasse, em tese, de enquadramento bem mais gravoso, de desídia, no art. 117, XV do Estatuto.

*“Uma única ação ou omissão desabalizada com o que requer o cargo apresenta o condão de configurar o ilícito em questão, podendo, todavia, a depender da quantidade e qualidade das condutas, configurar também, em concurso formal ou material, o não atendimento das disposições legais ou regulamentares. Assim, o dever de zelo e dedicação ao exercício das funções do cargo não se caracteriza como ilícito habitual, ao passo que a infração de desídia, conduta mais grave, sim, requerendo esta a reiteração de ações ou omissões desleixosas, desinteressadas, despreocupadas, para a sua subsunção”. Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pg. 181, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

#### **4.7.2.2 - Inciso II - ser leal às instituições a que servir**

Este é mais um enquadramento de avaliação fortemente subjetiva, para o qual também se aplica a observação feita no inciso acima, acerca da desnecessidade de configuração habitual, nos termos já dispostos em **2.5.3.4**, podendo se ter sua caracterização em um ato único.

Como primeira tentativa de balizar este enquadramento bastante genérico, pode-se afirmar que, em síntese, a lealdade que se exige do servidor é em relação à instituição e ao serviço público como um todo e, de forma intrínseca a este foco orgânico, também aos princípios reitores, símbolos e valores da Administração, não sendo objeto de exigência legal a lealdade do servidor em relação às pessoas dos administradores e superiores hierárquicos.

Este dever, refletindo inicialmente respeito a princípios e valores, se manifesta primeiramente por meio do respeito às normas (desde as mais internas e específicas até as mais gerais do ordenamento jurídico como um todo), que, em qualquer grau, regem e disciplinam a instituição em que o servidor exerce seu cargo, impondo-lhe não só cumpri-las,

mas também lhes ser fiel, com postura colaboradora. Aqui se enquadra o dever de comunicar falhas na normatização - podendo se estender esta obrigação diante de falhas nos sistemas informatizados oficiais (em ambos os casos, a conduta mais grave de explorar as falhas não se confunde com o inciso, merecendo enquadramento mais gravoso).

Ainda nesta linha principiológica, além de se exigir do servidor respeito ao regramento interno do órgão e ao ordenamento jurídico vigente como um todo, exige-se também respeito aos princípios da hierarquia e da subordinação (destaque-se o apego ao princípio, de forma dissociada da figura personificada do administrador), como forma de ato de lealdade.

E, de forma mais concreta, este enquadramento proíbe o uso da imagem e dos símbolos institucionais de forma indevida e dissociada do interesse do trabalho. Nesta linha, aplicação concreta provavelmente mais plausível deste enquadramento visa a vedar a manifestação pública do agente, na condição específica de servidor (obviamente, a Lei estatutária não mitigaria a constitucional garantia de liberdade de expressão do cidadão comum), em detrimento e em ofensa à imagem e à credibilidade externas da instituição.

#### **4.7.2.3 - Inciso III - observar as normas legais e regulamentares**

Diante do princípio da legalidade, que norteia toda a conduta do agente público, conforme abordado em **3.3.1.4**, tem-se que o dever de observar as normas vigentes, no sentido amplo da expressão, é basilar e figura como implícito da atividade pública. O ilícito se configura com a inobservância não só da CF e de uma lei ou de princípios positivados em esferas constitucional ou legal, mas sim de qualquer norma infralegal, conforme pode se considerar de imediato, a título de exemplos não controversos, decretos, regulamentos, regimentos, instruções normativas, pareceres normativos, portarias normativas, orientações normativas, normas de execução, ordens de serviço, editais, dentre os mais comuns.

Na esteira, a estas espécies de atos cuja natureza é indubitável e intrinsecamente normativa, podem ser somados determinados atos administrativos que, embora *a priori* se cogitem, por suas denominações, de possuírem natureza ordenadora do funcionamento interno (atos ordinatórios) ou de manifestarem decisões administrativas (atos decisórios) ou de proporem ou exporem interpretações e entendimentos (atos interpretativos ou enunciativos) ou de apenas conterem comunicados (atos de comunicação) ou ainda outros atos cujas denominações não esclarecem a natureza de seus comandos, mas que, na sua leitura concreta, demonstram possuir conteúdo essencialmente normativo. Assim, esta consideração residual e caso a caso como atos normativos pode ocorrer com alguns atos que a princípio mereceriam classificação como atos ordinatórios, decisórios, interpretativos, enunciativos ou até de comunicação.

Esclareça-se que aqui, ao se mencionar a natureza do comando encartado no ato administrativo, se o faz sob ótica do servidor subordinado ou vinculado e não sob ótica de particular porventura interessado por ter sido quem provocou a Administração. No presente, importa avaliar se, para o servidor a quem se dirige o cumprimento ou acatamento do ato administrativo, este se revela como norma, ordem ou comando de qualquer outra natureza, não importando como o ato se manifesta para eventual particular que tenha peticionado a Administração a se manifestar por decisão, interpretação, enunciado ou comunicação.

Em outras palavras, ao lado das normas administrativas, há, dentre as diversas formas de a Administração unilateralmente emitir sua vontade, algumas outras espécies de atos cuja menção aqui interessa, em razão de, apesar de suas distintas naturezas apriorísticas, em determinados casos concretos, poderem suscitar dúvida se consubstanciam um comando normativo. E, em tais casos de dúvida, destaca-se a possibilidade de não restar claro se determinados atos administrativos, a despeito de suas possíveis teóricas classificações (como ordinatórios, decisórios, enunciativos, interpretativos ou de comunicação), na essência de seus comandos ou dispositivos, manifestam norma ou ordem dirigida a seu corpo funcional no

âmbito da Administração. A elucidação de tal fronteira, que por vezes se demonstra tênue e imprecisa, pode se fazer relevante para determinado ato administrativo em especial, com vista a esclarecer se sua inobservância ou se seu descumprimento, por servidor vinculado ou subordinado, configura a infração enquadrada no presente inciso III ou no inciso IV, ambos do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, uma vez que, conforme se abordará em **4.7.2.4**, em contraposição à inflexível aplicação do princípio da legalidade em termos de submissão funcional às normas, é possível uma ponderação por parte do(s) servidor(es) destinatário(s) em caso de ordem emitida por autoridade superior. E esta necessária identificação, a grosso modo, passa pela identificação da natureza geral ou individual do comando encartado no ato específico.

Assim, já sob a restrita ótica da possível repercussão disciplinar, pertinente esclarecer que atos administrativos gerais, de comando abstrato e impessoal e expedidos sem destinatário específico dentro do corpo funcional vinculado ou subordinado, como regra, têm natureza normativa, pois regulam indistintamente todos os que se encontram sob as mesmas condições alcançadas por seus preceitos. Avançando-se na conceituação, além dos atos inicialmente mencionados como inquestionavelmente normativos (decretos, regulamentos, regimentos, instruções normativas, pareceres normativos, portarias normativas, orientações normativas, normas de execução e editais), a eles também podem se somar determinadas resoluções, deliberações, notas e notas técnicas, desde que de alcance geral.

Já os atos administrativos individuais, reguladores de situações jurídicas concretas e dirigidos a destinatário(s) específico(s) dentro do corpo funcional vinculado ou subordinado, ainda que aprioristicamente possam se classificar como decisórios ou de comunicação, quando impõem encargos ao(s) servidor(es), como regra, podem assumir a natureza de ordem (citam-se algumas específicas instruções, circulares, cartas, avisos e até mesmo determinados ofícios ou memorandos, podendo todas estas espécies de atos dirigirem-se a um único destinatário individualizado ou serem circularizados para vários destinatários identificados, além de algumas ordens de serviço, decisões, despachos decisórios, súmulas, acórdãos, atos declaratórios executivos, soluções de consulta ou de divergência vinculantes de órgãos ou unidades legal ou regimentalmente competentes para emitirem manifestações de cumprimento obrigatório). Acrescente-se que atos declaratórios interpretativos, notas executivas, orientações consultivas, exposições de motivos, pareceres, informações e atos interpretativos em geral, embora por si sós tenham natureza meramente opinativa e enunciativa, sem estabelecer norma ou ordem sobre as situações abstratas ou específicas de que tratam, assumem alguma destas duas naturezas quando se fazem acompanhar de aprovação da autoridade.

Enfim, é de se verificar que os diferentes exemplos de espécies de atos administrativos acima mencionados, dentro do presente foco de interesse de possível repercussão disciplinar em decorrência de sua inobservância ou de seu descumprimento por servidor, embora tenham sido considerados alguns a princípio como normativos e outros a princípio como ordens, podem, de acordo com a natureza do seu comando (geral ou específico) ter exemplares concretamente considerados no grupo oposto. Nada impede que uma resolução, uma deliberação ou uma portaria, por exemplo, se volte, como ordem, a apenas um servidor destinatário ou a servidores destinatários coletivamente definidos ou que uma instrução, uma circular, um aviso, uma ordem de serviço ou um despacho ou um ato declaratório voltem-se abstratamente a servidores destinatários em geral, na forma de norma. Desta forma, diante de notícia de desatendimento, por parte de servidor, de determinado comando encartado em ato administrativo cuja natureza se encerra na fronteira imprecisa entre norma ou ordem, cabe ao aplicador do Direito uma cautelosa análise, visto que há diferença relevante na possibilidade de repercussão disciplinar ou não.

Auxilia ainda nesta importante diferenciação entre atos gerais e individuais - já que aos primeiros não se contemplará espaço de discricionariedade por parte dos destinatários para inobservá-los, enquanto há possibilidade para descumprimento de ordens ilegais -

destacar que os atos normativos possuem precedência hierárquica sobre os atos individuais (não podendo estes contrariar aqueles). Ademais, os atos normativos são revogáveis a qualquer tempo pela própria Administração e não podem ser impugnados por meio de recursos administrativos, ao contrário dos atos individuais, que somente permitem revogação *ex officio* sob condicionantes mais severas e podem ser impugnados diretamente pelo destinatário por razões de legalidade, tanto em via administrativa quanto judicial.

Feita esta introdução sobre a espécie de atos administrativos, detalha-se que, sem prejuízo do equilíbrio harmônico principiológico, o princípio da legalidade, ao lado do princípio da moralidade administrativa, é considerado um princípio informador dos demais princípios constitucionais reitores da Administração Pública. E isto lhe atribui aplicação quase totalitária na atividade pública, de forma que a vinculação ao ordenamento esteja, em determinado grau, diluída e subentendida em todos os mandamentos estatutários. De fato, a leitura atenta dos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, leva a perceber que a legalidade paira, manifesta-se e, por fim, repercute na grande maioria das infrações disciplinares neles elencadas (enquanto as máximas da impessoalidade, da publicidade e da eficiência têm suas repercussões mais pontuais e restritas). Em outras palavras, sendo este um dos dois principais princípios norteadores da atividade pública, a grande maioria dos enquadramentos disciplinares tem em sua base o descumprimento do dever de observar normas legais e regulamentares, de forma que o dispositivo especificamente insculpido no art. 116, III valha quase que como regra geral e difusa dos deveres estatutários.

Sendo a atividade pública vinculada de forma que o agente público somente pode fazer aquilo que o ordenamento expressamente lhe permite e uma vez que nenhuma norma autoriza o cometimento de irregularidade, todo ato ilícito, em regra, passa, em sua base, por uma inobservância de norma. Todavia, esta infração disciplinar pode ser absorvida por irregularidades mais graves. Daí, o enquadramento neste inciso somente se justifica se o ato não configura irregularidade mais grave.

Além da questão da gravidade, a diferenciação entre o enquadramento de uma conduta no inciso III do art. 116 ou nos demais incisos deste artigo ou nos arts. 117 e 132, todos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, também pode advir da análise se o ato infracional comporta ou não enquadramento mais específico, a prevalecer sobre aquele mais geral e difuso, de forma que se pode cogitar de lhe atribuir valor quase residual. E, neste aspecto, além da busca do esclarecimento do ânimo subjetivo com que o ato foi cometido (se com culpa ou se com dolo), também pode ainda se fazer necessário identificar a ocorrência ou não dos parâmetros elencados no art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para diferenciar se o ato, por exemplo, justifica ser enquadrado em afronta do dever de observar normas legais ou regulamentares (art. 116, III da citada Lei) ou se merece enquadramento na proibição de valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem (art. 117, IX da mesma Lei).

Neste enquadramento, deve a comissão especificar na indicição qual norma (tipo da norma, se lei, decreto, instrução normativa, portaria, etc, número, artigo, inciso) foi descumprida pelo acusado, sob pena de possibilitar alegação de cerceamento de defesa.

Destaque-se que a mera divergência de entendimentos ou de interpretação de normas envolvendo dois ou mais servidores, desde que não caracterizada má-fé de qualquer um dos dois lados, não configura, em princípio, ilícito disciplinar. É inerente da atividade administrativa, fortemente hierarquizada, o poder de rever seus próprios atos, em decorrência do princípio da autotutela, inclusive com a atuação hierárquica. E, muitas vezes, isto se dá em função tão somente de diferentes interpretações ou entendimentos sem que isto se confunda em afirmar que a postura a ser reformada decorreu de ato ilícito, passível de responsabilização.

A leitura atenta do art. 116, III da Lei nº 8.112, de 11/12/90, indica que o Estatuto não conferiu ao servidor nenhum poder discricionário para apreciar a legalidade de norma ou para avaliar, por seus critérios pessoais, a conveniência de cumpri-la ou não. Opera-se a presunção

de que as normas são legais. A norma, desde que devidamente editada por quem é competente e publicada, a partir de sua data de entrada em vigor, deve ser plenamente cumprida pelo servidor, ainda que este, em sua própria convicção, a considere ilegal. A convicção por parte do servidor de que a norma apresenta defeitos de forma ou de mérito deve fazê-lo provocar a unidade ou a autoridade competente para declarar a ilegalidade da norma e para excluí-la do ordenamento ou alterá-la; além disto, se ele tem elementos de convicção de irregularidade na feitura da norma, ele deve até representar contra quem a editou. Mas jamais o servidor deve deixar de cumprir a criticada norma, uma vez que, enquanto não revogada na forma legal, o servidor tem o dever funcional de cumpri-la, por força do dispositivo inquestionável do art. 116, III da Lei nº 8.112, de 11/12/90 e também por força do princípio da legalidade, sob pena de ver configurado o ilícito em tela.

Eventuais atos irregulares decorrentes do descumprimento de uma norma ilegal não acarretarão repercussão disciplinar para quem os cometeu cumprindo estritamente a norma, pois assim terá agido com atenção não só à legalidade mas também à hierarquia. Em princípio, o agente administrativo subordina-se de forma mais irrecusável aos mandamentos internos emanados por autoridades que lhes são proximamente superiores, como, por exemplo, instruções normativas, pareceres normativos, portarias normativas, orientações normativas, normas de execução, normas de serviço, dentre outras, conforme acima mencionado. Tais atos irregulares em obediência a uma norma superior, no máximo, se for o caso, poderão acarretar repercussão disciplinar para quem a editou. Com mais ênfase ainda se reforçam estes argumentos inibidores para o servidor descumprir lei por entender que ela é inconstitucional (visto, em essência, esta ser uma competência do Supremo Tribunal Federal).

*“Cumpra destacar que não cabe ao servidor avaliar a legalidade da norma ou a conveniência de a cumprir ou não; caso se depare com norma evidentemente ilegal ou inconstitucional, deve provocar a autoridade competente para que a mesma seja alterada ou excluída do ordenamento jurídico ou, em casos graves, para representar contra a autoridade que a editou. Dessa forma, mesmo que em cumprimento a norma ilegal ou inconstitucional, ao servidor não será aplicada penalidade disciplinar por essa conduta. Tampouco poderá o servidor alegar desconhecimento da norma ou falta de treinamento/capacitação para justificar sua inobservância (...).”*, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 274, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13

Desde o Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/42 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), não é dado ao servidor o direito de alegar o desconhecimento da norma a fim de justificar sua inobservância. Todos os atos legais (em sentido extensivo do termo) são publicados (seja em DOU, seja apenas internamente). Tampouco costuma prosperar a alegação de falta de treinamento ou capacitação. É dever do servidor, inerente à sua função, manter comprometimento e qualidade nos trabalhos, de forma que a ele próprio incumbe manter-se atualizado com as mudanças e inovações legais e diligenciar para se familiarizar com o ordenamento que rege sua matéria de trabalho.

*Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/42 - Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.*

*Formulação Dasp nº 73. Erro de direito*

*Aplica-se ao Direito Administrativo o princípio de que “ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece”*

*Parecer Dasp. Abandono de cargo - Ignorância da lei*

*A ignorância da lei não é cláusula excludente da punibilidade.*

#### 4.7.2.3.1 - Acesso Imotivado

Uma conduta em especial, que, pelo menos em princípio (se não configurada outra conduta mais grave), pode ser enquadrada como inobservância de norma, é o chamado “acesso imotivado”. Este ilícito se configura quando o servidor utiliza-se dos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil para fins que não são de interesse do serviço, ou seja, que não têm motivação legal. Diante da necessária percepção de que o Direito se estabelece sobre a premissa da boa-fé, é de se compreender este ilícito como de configuração excepcional, visto que em princípio, a menos de prova em contrário, os acessos à base de dados em poder do órgão por parte de servidor são motivados por interesse de trabalho.

O acesso imotivado pode ser sintetizado como o acesso a dados de terceiros realizado à margem das necessidades de trabalho e que, por este motivo, não preserva as formalidades intrínsecas a tal tipo de conduta funcional (que, em última essência, excepciona uma garantia constitucional de terceiros), não guarda relação com as atribuições legais do cargo e, até, de forma mais coloquial, comumente é promovido por mera curiosidade ou por quaisquer outras motivações de índole pessoal. A configuração deste ato irregular por parte do agente público se vincula à motivação com que o acesso é realizado - motivação de natureza pessoal e particular, à margem do interesse público - e independe do fim a que o autor dá ao dado acessado e também independe da natureza deste dado. A configuração da ilicitude não se restringe apenas em acessos a dados protegidos por sigilo fiscal mas também se concretiza até mesmo em acesso a meros dados cadastrais, se tal acesso tiver sido realizado para satisfação de interesse privado do autor.

Obviamente, por um lado, este enquadramento não visa a alcançar acessos cometidos de boa-fé pelo agente que, em seu múnus e que para exercer as atribuições legais de seu cargo, necessita realizar pesquisas em dados sigilosos, seja quando o acesso aos dados de determinada pessoa se dá por mero equívoco ou engano perfeitamente acolhido na percepção de falibilidade humana (conforme o conceito jurídico já exposto em 4.6.3.2 de erro escusável), seja na diversidade de acessos a dados do próprio investigado ou até de pessoas a ele próximas, inerentes, por exemplo, a atividades de pesquisas, de investigação, de seleção, de preparo, controle, de fiscalização interna ou aduaneira, de arrecadação, de julgamento, de planejamento, bem como em ações de controle interno ou de gerenciamento de riscos, tanto em instância fiscal como disciplinar, todas estas atividades de absoluto interesse público e que, sem as quais, não se contempla a atuação estatal.

Por outro lado, não se afasta o enquadramento em tela em razão de o servidor possuir autorização formal para aquele tipo de acesso ou em razão da destinação dada pelo agente ao dado fiscal imotivadamente acessado. Pune-se o acesso em si sem motivação, não importando se, no prosseguimento da conduta, o servidor deu ou não alguma destinação ao dado acessado. Pune-se a mera conduta - que, aqui, sempre se subentende dolosa - de acessar imotivadamente o dado protegido, independentemente do resultado desta conduta.

Na esteira, a comprovada falta do devido cuidado na guarda, proteção e utilização de senha ou seu empréstimo a outro servidor, ainda que habilitado, para acesso a sistemas informatizados, pode configurar a infração de não observar o dever funcional de exercer com zelo as atribuições legais do cargo, já descrita linhas acima.

Na normatização interna, a previsão legal para a caracterização do acesso imotivado encontra-se, atualmente, na Portaria SRF nº 450, de 28/04/04, que revogou a Portaria SRF nº 782, de 20/06/97, e também na Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11, que embora igualmente trate do tema, não revogou nem expressa e sequer tacitamente a primeira norma, compreendendo-se que ambas vigoram simultaneamente. Ambas permitem leitura a *contrario sensu* de que acesso imotivado é todo aquele acesso a dados constantes de sistemas informatizados realizado à margem do interesse e da necessidade do serviço.

*Portaria SRF nº 450, de 28/04/04 - Art. 7º O acesso aos ativos de informação e ao ambiente informatizado da SRF deve ser sempre motivado por necessidade de serviço, devendo ser controlado e restrito às pessoas autorizadas.*

*Art. 23. O descumprimento das disposições constantes nesta Portaria e demais normas sobre segurança da informação caracteriza infração funcional, a ser apurada em processo administrativo disciplinar, sem prejuízo das responsabilidades penal e civil.*

*Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11 - Art. 4º As informações protegidas por sigilo fiscal, contidas em sistemas informatizados, somente poderão ser acessadas no interesse da realização do serviço.*

Merece menção o fato de que a vigente Portaria RFB nº 450, de 28/04/04, ao cogitar de responsabilidade, o fez, em seu art. 23, de forma muito mais sintética do que constava da Portaria SRF nº 782, de 20/06/97, por ela revogada. Não obstante a revogação desta Portaria, permanecem válidos alguns conceitos de ordem prática nela encartados, como por exemplo a didática diferenciação de condutas que se segue: o mero acesso sem motivação aceitável ao banco de dados, pode configurar inobservância de norma (no presente art. 116, III do Estatuto); já a revelação, para outro servidor da Secretaria da Receita Federal do Brasil, dos dados acessados, pode configurar inobservância de norma e quebra do dever de guardar sigilo sobre assunto interno (art. 116, VIII do Estatuto, linhas a seguir); já a revelação, para estranhos à Secretaria da Receita Federal do Brasil, dos dados acessados, pode configurar a grave irregularidade de revelação de segredo obtido em razão do cargo (art. 132, IX do Estatuto, que será visto em **4.7.4.9**).

Similar encadeamento, desde o acesso, passando pela utilização, até a revelação de dados protegidos por sigilo bancário, pode ser visto nos arts. 8º a 12 do Decreto nº 3.724, de 10/01/01, já reproduzidos em **4.4.12.5**.

Isto posto, destaque-se a possibilidade de não só acessos imotivados mas também desleixo na guarda de senha e seu empréstimo caracterizarem, na íntegra de seu íter e do ânimo subjetivo de seu agente, condutas mais graves que aquelas apontadas na norma (*a priori*, a Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11, aponta os enquadramentos no art. 116, I e III da Lei nº 8.112, de 11/12/90), tais como no art. 117, IX ou no art. 132, IV ou IX, ambos da mesma Lei, a título de exemplos. Em tais casos, evidentemente, deverá a comissão comprovar e materializar nos autos os elementos formadores de convicção da gravidade e do forte grau de repulsa da conduta do servidor a ponto de merecer enquadramento expulsivo. O que quer se ressaltar aqui é que não necessariamente condutas de desleixo na guarda da senha ou seu empréstimo e de acesso imotivados obrigam os enquadramentos brandos indicados na Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11.

*Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11 - Art. 5º Configura infração do servidor aos deveres funcionais de exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo e de observar normas legais e regulamentares, nos termos do art. 116, incisos I e III, da Lei nº 8.112, de 1990, sem prejuízo da responsabilidade penal e civil cabível, na forma dos arts. 121 a 125 daquela Lei, se o fato não configurar infração mais grave:*

*I - não proceder com o devido cuidado na guarda e utilização de sua senha ou emprestá-la a outro servidor, ainda que habilitado;*

*II - acessar imotivadamente sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil que contenham informações protegidas por sigilo fiscal, observado o disposto no art. 4º.*

Na mesma linha, a Lei nº 12.527, de 18/11/11, que regulamenta o direito de petição previsto no inciso XXXIII do art. 5º da CF, estabelece dispositivos materiais, definindo como ilícitudes puníveis, no mínimo, com pena de suspensão, as condutas de o servidor utilizar indevidamente informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em virtude do cargo e de divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou

permitir o acesso indevido à informação sigilosa ou pessoal. Este comando legal específico interfere na aplicação do dispositivo estatutário em apreço, de inobservância da normatização infralegal especificamente quanto ao acesso a dados e a sistemas informatizados internos. Decorrendo de lei, inequivocamente supera o comando infralegal anterior que não vedava a possibilidade de apenação com a pena básica de advertência, mesmo em caso de acesso imotivado a informações protegidas por sigilo fiscal. No caso específico de informação sigilosa ou pessoal, em que se enquadram informações protegidas por sigilo fiscal ou por sigilo bancário ou que revelam a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de pessoa, o acesso imotivado deve ser punido com pena de suspensão, conforme passou a impor o inciso IV do art. 32 da Lei nº 12.527, de 18/11/11 (e que, obviamente, deve a comissão fazer constar da base legal a ser exposta na sua indicição), restando a possibilidade de apenação com advertência fundamentada apenas no inciso III do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, tão somente para acesso a qualquer tipo de informação interna não protegida por aquelas cláusulas específicas de sigilo.

*Lei nº 12.527, de 18/11/11 - Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar:*

*II - utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública;*

*IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal;*

*§ 1º Atendido o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, as condutas descritas no caput serão consideradas:*

*II - para fins do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e suas alterações, infrações administrativas, que deverão ser apenadas, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos.*

*§ 2º Pelas condutas descritas no caput, poderá o militar ou agente público responder, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas Leis nºs 1.079, de 10 de abril de 1950, e 8.429, de 2 de junho de 1992.*

Por fim, mencione-se também que o correio eletrônico institucional encontra normatização na Portaria SRF nº 1.397, de 11/11/02, que o define como uma ferramenta de trabalho, de propriedade da Administração, de forma que, a rigor, seu uso condiciona-se apenas a interesse de trabalho. O emprego distorcido e deturpado da ferramenta - quer-se referenciar, com estas expressões, a mensagens dirigidas a tantos destinatários que prejudica o funcionamento do sistema ou a mensagens com manifestações depreciativas, discriminadoras ou ofensivas à honra de pessoas ou à própria instituição ou ainda mensagens que estimulem condutas moral, disciplinar ou penalmente intoleráveis - pode ensejar o enquadramento em tela, visto que, em essência, o servidor que assim procede descumpre uma norma (a mencionada Portaria SRF). Aqui, se defende uma apreciação de forte razoabilidade e proporcionalidade diante de uma simples mensagem de caráter pessoal que não afronta aos bens que aquela Portaria SRF tenta tutelar.

*Portaria SRF nº 1.397, de 11/11/02 - Art. 1º O Correio Eletrônico, ferramenta de propriedade da Secretaria da Receita Federal - SRF, constitui instrumento de uso institucional, destinado ao intercâmbio de mensagens, para fins de racionalização do trabalho e aumento da produtividade.*

*Parágrafo único. Ao usuário cabe utilizar o Correio Eletrônico em atividades inerentes às suas atribuições no âmbito da SRF.*

*Art. 6º É vedado o envio das seguintes espécies de mensagens eletrônicas:*

*I - SPAM: mensagem destinada a múltiplos usuários, sem consentimento prévio destes, e que objetive a divulgação de correntes, produtos, marcas, empresas, organizações ou endereços eletrônicos, ou a oferta de mercadorias ou serviços, gratuitamente ou mediante remuneração;*

*II - relativas a negócios ou atividades particulares do usuário, propaganda ou*

*apoio a qualquer iniciativa ou atividade que não tenha aprovação formal da SRF;*

*III - de teor ofensivo, calunioso, difamatório ou injurioso;*

*IV - de conteúdo político-partidário ou sindical, de qualquer natureza ou espécie;*

*V - relativas a conteúdo obsceno, ilegal ou antiético;*

*VI - de conteúdo preconceituoso ou discriminatório;*

*VII - que contenham listas de endereços eletrônicos dos usuários do Correio Eletrônico, para fora da instituição.*

#### **4.7.2.4 - Inciso IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais**

Como reflexo da forte atuação do princípio da hierarquia em instância disciplinar - o próprio poder disciplinar deriva do poder hierárquico -, o servidor tem o dever de acatar ordens de autoridades administrativas superiores, na presunção de que são emanadas de acordo com a lei e voltadas ao interesse do serviço. As ordens emanadas em decorrência de um ato legal que confere competência à autoridade superior gozam de presunção de legalidade e, como tal, *a priori*, devem ser cumpridas. A princípio, a simples suspeita pessoal de ilegalidade da ordem e muito menos a discordância em mérito ou o simples inconformismo do subordinado com a tarefa que lhe foi determinada não têm o condão de afastar a regra geral do dever de obediência.

A doutrina denomina de desobediência o ato de um servidor subordinado de simplesmente não agir em sentido de não cumprir o teor do que lhe foi individualmente determinado por específica ordem verbal ou escrita emanada por autoridade que lhe é hierarquicamente superior. Trata-se aqui de mera conduta omissiva, silenciosa, sem viés de intenção de afrontar de forma acintosa, ostensiva, ofensiva e desrespeitosa a hierarquia e a ordem interna, o que agravaria, para aquele caso específico e individualizado, a conduta para o conceito de insubordinação. Também não se coaduna o enquadramento em tela com o que doutrinariamente se denomina indisciplina, que é a conduta, desprovida de ânimo específico para um caso individualizado, de descumprir ordens, tarefas, determinações, deveres funcionais ou regras regulamentares ou normas de incidência geral e impessoal.

*“A insubordinação já se mostra um delito em ação: é o desacato à ordem ou ao dever, objetivado justamente em um procedimento contrário ao dever ou à autoridade, a que se deve obediência.*

*A desobediência é a falta de obediência ou a falta de cumprimento à ordem individualizada, dada diretamente à pessoa.*

*A indisciplina, embora tenha consigo o sentido de desobediência, mostra-se a falta de cumprimento de ordens gerais, a regras regulamentares, instituídas na base de organização e para funcionamento regular das instituições.”, De Plácido e Silva, “Dicionário Jurídico”, pg. 458, vol. II, Editora Forense, 7ª edição, 1982*

*Comete ato de indisciplina quem não cumpre disposição de caráter geral, imposta a todos os servidores. Se, no entanto, há recusa no sentido de satisfazer ou executar essa ou aquela tarefa determinada por superior hierárquico, configura-se insubordinação (...). Assim, a indisciplina tem caráter genérico e a insubordinação caráter específico, resultantes da vontade do servidor, em contrariar ordem”, Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pgs. 11 e 12, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“Quando, porém, deixa o agente público, pacífica e sorrateiramente, de cumprir as determinações legais do chefe, terá cometido tão somente o delito disciplinar de natureza leve previsto no art. 116, inciso IV, da Lei nº 8.112/90, sujeitando-se, por via de consequência, à pena de advertência, nos termos do art. 129 dessa mesma lei.*

*Já o desacato, direto ou difuso, à ordem hierárquica concreta ou proveniente de norma ou regulamento (ordem normativa) - chegando a vulnerar e prejudicar de modo intenso a desenvoltura das atividades funcionais da repartição - constitui insubordinação grave em serviço, nos termos do art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90, punível com a pena capital de demissão.”, José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pg. 525, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

*(Nota: Subentende-se que o autor quis se referir ao inciso VI e não ao IV do art. 132.)*

No contraponto às condutas eivadas de forte teor de afronta e de desrespeito manifestados de maneira explícita e dolosa e que acarretam a quebra da relação laboral-estatutária entre a Administração e o infrator, conforme se aduzirá em **4.7.4.6**, aqui se enquadram condutas de inobservância do dever de obediência a ordens ou a tarefas cometidas nas três espécies culposas ou até mesmo dolosas, mas limitadas, neste segundo, caso a hipóteses que não se enriquecem pelas condicionantes de gravidade acima exemplificadas e que carregam para o enquadramento demissivo.

No enquadramento sob análise, não há na conduta do infrator um patamar de gravidade tamanho que torne insustentável a sua continuidade dos quadros públicos. É certo que o princípio da hierarquia, consubstanciado no apriorístico dever de obediência do subordinado, não tolera insubmissão frente a ordens ou tarefas determinadas por superior hierárquico e emanadas sob amparo legal, tanto no aspecto formal de a quem incumbe obedecer (se de fato o destinatário é subordinado hierarquicamente ao emanador) e a quem compete ordenar (se de fato o emanador é superior hierárquico do destinatário) quanto no aspecto material do conteúdo legal da ordem ou da tarefa em si

Todavia, em razão de sua conduta estar vinculada à legalidade, não deve o servidor obedecer a ordem manifestamente ilegal ou sobre fato estranho ao serviço. Se a ordem é flagrantemente ilegal, ou seja, de ilegalidade facilmente perceptível, além da responsabilização de quem a ordenou, o seu acatamento por parte do subordinado também configura irregularidade. Por outro lado, se a ordem é ilegal mas somente o mandante o sabe, não havendo condições de o subordinado saber da ilicitude, apenas aquele comete a irregularidade. Da mesma forma, se o cumprimento da ordem se dá por coação irresistível, somente o mandante incorre em responsabilização.

*CP - Coação irresistível e obediência hierárquica*

*Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.*

*Formulação Dasp nº 68. Co-autoria*

*São co-autores da infração disciplinar o funcionário que a pratica em obediência à ordem manifestamente ilegal de superior hierárquico e o autor dessa ordem.*

*“Desta hierarquização administrativa decorre o dever de obediência do agente às ordens e instruções emanadas dos seus respectivos superiores hierárquicos. Contudo, destaca-se que os agentes públicos têm o dever de acatar as ordens de seus superiores, desde que sejam legais, isto é, apenas se as ordens forem pautadas nos ditames da lei e de forma legítima (emanada de autoridade competente, respeito às formalidades exigidas e com objeto lícito). (...)*

*No caso da ordem ser manifestamente ilegal, ou seja, notoriamente auferível como um mandamento ilícito, o agente subordinado deve recusar seu cumprimento, em respeito à legalidade. (...)*

*Na situação colocada, por ser manifestamente contrária ao que prevê a lei, o servidor não poderá cumprir a ordem, sob pena de também ser a ele imputada responsabilidade. Ao contrário, deverá representar contra a ilegalidade, na forma do dever previsto no art. 116, XII, desta lei”, Ministério da*

*Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 275 e 276, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

*“O dever sob análise compreende a obediência relativa e não a absoluta, pois permite que o servidor destinatário da ordem sopesse acerca de sua validade, para, somente após, proceder ao seu cumprimento. As ordens manifestamente ilegais não devem ser observadas, sob pena de perpetuação da ilicitude, com patente responsabilização do agente que emanou as determinações e do agente que as cumpriu”. Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pgs. 193/194, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

À vista do já exposto em **4.7.2.3**, a cuja leitura se remete, pode se demonstrar relevante esclarecer eventual fronteira tênue e imprecisa acerca da natureza do comando contido em ato administrativo, pois aqueles de natureza normativa não comportam a análise de legalidade acima exposta, cabível apenas para os comandos que encerram ordens.

#### **4.7.2.4.1 - A Questão da Ordem Judicial**

No escopo deste enquadramento no art. 116, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, um tema que merece cuidadosa análise é a hipótese de um servidor ou uma autoridade administrativa ser objeto de representação ou denúncia em razão de, em seu múnus público, ter descumprido ordem judicial. Neste rumo, é de se repisar que o enquadramento em questão ampara-se no princípio da hierarquia e, como tal, reflete o dever funcional de acatar ordens emanadas por autoridades administrativas hierarquicamente superiores, o que, de imediato, à vista da independência dos Poderes, não inclui membros do Poder Judiciário. Dito isto, em atenção à interpretação sistemática da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (no seu âmbito circunscrito à Administração e a seus agentes), que se exige de quem maneja a matéria disciplinar, não se cogita que o descumprimento de ordem judicial, por si só, por parte de servidor ou autoridade administrativa, se amolde a este enquadramento, bem como, a rigor, a nenhum outro, visto não haver, na lista dos arts. 116, 117 e 132 do mencionado diploma legal nenhuma definição de infração que contemple tal hipótese - e, se não há enquadramento para determinada conduta, não há que se falar em persecução e em responsabilização disciplinar, sem prejuízo, é claro, do risco a que se expõe este agente público de sofrer repercussões de natureza judicial. Não obstante tal afirmativa, é possível que as condições de contorno do fato que tenha levado ao descumprimento da ordem judicial possa ter suas próprias repercussões disciplinares. E, para a análise da possível configuração de infração disciplinar e repercussão administrativa - para o quê se deve sempre alertar da necessidade da atuação ponderada por cautela, razoabilidade e mínima intervenção -, é imprescindível que o aplicador do Direito avalie o teor em si da decisão judicial, cujo inadimplemento levou à representação ou à denúncia, à luz do ordenamento de regência do tema jurídico objeto da prestação jurisdicional.

Em primeiro lugar, não é difícil compreender que, quando a ordem judicial coaduna-se com a normatização, legal ou infralegal interna, e com os entendimentos reinantes na Administração e, ainda assim, um servidor ou uma autoridade administrativa a descumpra ou determina o descumprimento a subordinados ou simplesmente não diligencia em favor da observância da tutela jurisdicional, a conduta daquele agente público - provavelmente até mesmo antes do provimento judicial - encontra repercussão disciplinar. Neste caso, a única dificuldade reside em avaliar as condicionantes e a motivação para a conduta recalcitrante por parte do agente público, uma vez que se pode cogitar de diferentes repercussões disciplinares, fazendo-se necessária, para a definição do correto enquadramento, uma análise pormenorizada caso a caso. A título não exaustivo de exemplos, pode este descumprimento dar-se por mera conduta omissiva negligente, hipótese em que seria possível cogitar de descumprimento do dever estabelecido no art. 116, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90; ou pode

decorrer de isolada adoção de um determinado entendimento pessoal acerca do tema jurídico objeto da decisão judicial, contrariamente ao ordenamento ou a manifestação administrativa vinculante, hipótese em que seria possível cogitar de descumprimento do dever estabelecido no art. 116, III da citada Lei; ou pode configurar a oposição de resistência injustificada ao andamento de processo ou à execução de serviço, hipótese em que seria possível cogitar de afronta à proibição estatuída no art. 117, IV da mencionada Lei; ou pode ainda ser motivada por objetivos pessoais que levariam a condutas de intencionalmente buscar favorecer ou prejudicar o demandante, hipótese que seria possível cogitar até de afronta à proibição estabelecida no art. 117, IX ou de configuração da infração definida no art. 132, IV da mesma Lei. Percebe-se, então, que a repercussão disciplinar não decorre do descumprimento em si da ordem emanada por autoridade externa à Administração, mas sim porque a conduta, em sua essência, contém elementos de algum enquadramento do Estatuto.

Todavia, a análise se torna muito mais complexa quando a ordem judicial afronta inequivocamente o ordenamento vigente ou os entendimentos administrativos a que se vincula o servidor ou a autoridade administrativa. De um lado, aquele agente público depara-se com a ordem judicial em um sentido e, de outro lado, sabe da vigência de lei, decreto, norma interna ou manifestação administrativa vinculante que lhe determina a conduta oposta. Soa pouco razoável que o agente público atente para o inafastável dever de obediência ao princípio da legalidade (conforme já mencionado em **4.7.2.3**), ao mesmo tempo em que se mantém fiel ao regramento e/ou ao entendimento reinante(s) na instituição a que serve, no âmbito da Administração, em conduta que, isoladamente analisada, não se amolda a nenhum dos enquadramentos dos arts. 116, 117 ou 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e, ainda assim, veja-se incurso em responsabilização disciplinar em decorrência de uma ordem externa e conflitante. Por óbvio, em atendimento à independência dos Poderes, tal entendimento em nada socorre este servidor ou autoridade administrativa frente a possíveis repercussões de natureza judicial, seja penal, civil ou até processual civil - cujo aprofundamento extrapola o escopo do presente texto -, já que não se discute aqui que o Poder Judiciário é competente para o exercício da jurisdição, compreendida como o poder estatal de dizer o direito aplicável a caso concreto, e esta não se exerce sem coercibilidade. Não obstante, o que aqui se quer destacar é que a postura do agente público em não atender a ordem judicial conflitante pode ferir princípios ou regramentos de natureza judicial sem que, necessariamente, também se configure em infração de índole estatutária, devendo, portanto, merecer cuidadosa ponderação das condicionantes caso a caso.

Completa-se a presente análise apreciando-se o extremo oposto do tema, qual seja, quando o servidor ou a autoridade administrativa cumpre ordem judicial que afronta o ordenamento legal ou infralegal interno ou entendimento administrativo vinculante ou ainda determinação de autoridade administrativa superior. Ratificando-se que a aplicação do regime disciplinar sempre deve se dar de forma cautelosa, razoável e com mínima intervenção (primados básicos da instância punitiva que superam qualquer eventual alegação de contradição em relação ao parágrafo anterior), não há que se cogitar de qualquer repercussão para o agente público que executa determinado ato sob pálio de estar cumprindo estrita ordem judicial, pois aqui também soa pouco razoável que este, diante da coercibilidade inerente ao exercício da jurisdição, seja surpreendido com reprimenda disciplinar que cogite de descumprimento de deveres funcionais tais como, a mero título de exemplos, de ser leal à instituição, de observar normas legais ou regulamentares ou de cumprir ordens legais superiores ou de qualquer outro.

**4.7.2.5 - Inciso V - atender com presteza: a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo; b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública**

O inciso acima inclui três mandamentos que guardam em comum o aspecto comportamental da presteza. Com isto, se requer do servidor o pronto atendimento, se não imediato mas ao menos que se dê o quanto antes, assim que possível. O dispositivo visa a evitar o mau atendimento a solicitações dos administrados (seja em caráter geral, sem perder a atenção à proibição de fornecimento em função de cláusula de sigilo; seja em caráter específico, condicionado à comprovação do efetivo interesse pessoal por parte do requerente) e, ainda com maior atenção, às requisições de indisponível interesse público, punindo a conduta desleixada, indiferente, abusiva, constrangedora, desinteressada, procrastinatória ou negligente do servidor no cumprimento de suas atribuições legais.

Como a finalidade da Administração Pública é bem gerir os interesses coletivos, a presteza no atendimento de solicitações por parte de seus agentes assume relevância. Assim, de modo especial, o injustificado atendimento, sem a devida presteza pelo servidor, das solicitações em geral configura o ilícito previsto neste inciso, sem desconsiderar a possibilidade de enquadramento em incisos mais graves em função de outros condicionantes da conduta e/ou das consequências.

*“Para a primeira figura típica, tem-se o elemento normativo “ informações” pelas quais se devem entender os documentos de posse do servidor ou ao seu alcance em razão do exercício do cargo e que por direito devem ser fornecidos, em forma de relato de teor e assunto, ao interessado, mediante requerimento deste. As certidões, elementos normativos afetos à segunda prescrição mandamental, compreendem a emissão de ato administrativo classificado como de conhecimento (ato da Administração dotado de conteúdo enunciativo sobre ocorrência de fatos ou sobre conteúdos de outros documentos administrativos), concernente a documentos públicos expedidos à vista de livros cartorários, ou de registros administrativos em geral, ou de outros documentos públicos, e que se prestam a atestar, com caráter de fé pública, determinado fato ou situação. As requisições compreendem as ordens emanadas das autoridades competentes, para que se faça ou deixe de fazer alguma coisa, e, no caso ora versado, são destinadas a subsidiar a defesa da Fazenda Pública em juízo ou fora dele. Desta forma, compreendem o dever de formular informações ou de encaminhar documentos do interesse de defesa procedimental ou processual da Fazenda Pública. Não há a necessidade de existência de processo judicial instaurado, ou mesmo de qualquer procedimento administrativo, bastando a justificativa formal da Fazenda Pública, fundamentada na necessidade de defesa, mesmo que de provável lide futura. Importante reparar que a escusa de presteza com base no sigilo da informação somente se aplica ao público em geral, quando do direito de informação, e não aos casos de certidões para defesa de direito ou de requisições exaradas pela Fazenda Pública. Para esse fim específico, defesa de direito pela Fazenda Pública, não há que se falar em violação de sigilo, entendendo a informação prestada tratar-se apenas de trâmite de dados dentro da mesma política. Todavia, a Fazenda Pública e os órgãos legalmente atuantes nos procedimentos afetos à defesa devem zelar pela manutenção do sigilo”. Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pg. 198, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

#### **4.7.2.6 - Inciso VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração**

Conforme materialmente já abordado em 2.1 e 2.3, a cuja leitura se remete, o servidor que tem conhecimento de qualquer tipo de suposta irregularidade, de qualquer natureza (estatutária, fiscal, civil ou criminal), cometida por outro agente público, mesmo que de outra via hierárquica ou ainda de outro órgão, ou até mesmo por particular, é obrigado a representar, para a autoridade que lhe é hierarquicamente superior, sendo passível de responsabilização administrativa em caso de omissão. Diante da extensão dos seus alcances

material e subjetivo, abrangendo o conhecimento de ilicitudes não apenas estatutárias, o cumprimento deste dever reflete simultaneamente atenção também ao dever de lealdade à instituição.

*“O elemento normativo “irregularidades”, como esclarecido, abarca o conceito de ilegalidade ou o de procedimento legal, porém não legitimado, a ponto de comprometer a eficiência da prestação do serviço. Neste último caso, tem-se a formalidade legitimada por lei, porém, na prática, produtora de resultados ineficientes ou danosos ao serviço ou a terceiros particulares.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pgs. 202 e 203, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

Em primeira e imediata leitura, o inciso em tela claramente se aplica quando a omissão decorre de atitude culposa. Mas o presente enquadramento também pode se aplicar, sopesadas as condicionantes do caso concreto, em atitude omissiva dolosa. Por fim, diante de omissão com dolo em situações extremadas, de forte grau de pactuação entre o omissor e o agente que cometeu a ilicitude relevante que se quer acobertar, pode se mostrar cabível enquadramento administrativo mais grave e pode-se até cogitar de repercussão penal.

A se destacar que o dever de representar restringe-se aos fatos conhecidos em razão do desempenho do cargo do representante (ou seja, fatos de que o servidor teve conhecimento em virtude do exercício do seu próprio cargo, seja na repartição ou fora dela, se a serviço). O servidor não está obrigado a representar por fatos de que venha a ter ciência quando se encontra completamente despedido de sua condição de agente público, em sua vida privada. Não é de se exigir do servidor que se sinta obrigado a agir como agente público de forma ininterrupta e na integralidade dos dias.

Igualmente, o dever que recai sobre o servidor é de representar apenas e exclusivamente acerca de fatos irregulares, cometidos por agente público ou por particular, que, de alguma forma, afrontem a Administração, o interesse público ou o ordenamento. Em consequência, na hipótese mais comum de o representado ser agente público e que coincide com o foco correccional deste texto, interessa aqui o dever funcional de o servidor representar por fatos cometidos pelo suposto infrator no âmbito do serviço público, também no pleno exercício do seu cargo - seja na repartição ou fora dela, se a serviço -, ou indiretamente relacionados ao cargo). Não se inserem como objeto do interesse de representação para fim correccional e, por conseguinte, do dever de representar, os atos da vida privada do representado (destaque-se que aqui se excluem restritivamente aqueles atos sem nenhuma correlação com a Administração Pública, com a instituição ou com o cargo, uma vez que pode haver repercussão disciplinar para atos, ainda que cometidos fora da instituição ou do horário de exercício do cargo, mas que com eles se relacionem ou que neles interfiram).

Os requisitos formais de validade da representação foram descritos em **2.4.1**, a cuja leitura se remete, a fim de evitar desnecessária repetição.

O cumprimento do dever funcional estabelecido no inciso VI do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, se aperfeiçoa com a formulação da representação na via hierárquica - afinal, a própria literalidade impõe que a ciência de suposta irregularidade seja levada ao conhecimento da autoridade superior. Na regra geral estatutária, este peça deveria seguir até a autoridade hierarquicamente superior ao representado, mas, conforme já detalhado nos tópicos acima mencionados, no caso específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), a especialização orgânica conduz que o titular da unidade de lotação (ou de exercício) do representante encaminhe a peça ao Chefe do Escor na respectiva RF.

Assim sendo, o presente enquadramento recai sobre todos os agentes incluídos na via hierárquica, consecutivamente provocados pelo subordinado, a fim de que se dê o encaminhamento superior à representação, até que a peça seja então dirigida à autoridade correccional. Não só o agente público que, na ponta da sucessão fática, tem ciência de suposta irregularidade e se omite de representar, mas também qualquer autoridade até o titular da

unidade que se omite em dar o devido encaminhamento superior podem se ver incursos no presente enquadramento. Apenas cabe ressalva, podendo-se mitigar a quebra da legalidade de não se apresentar a devida representação no rigor da via hierárquica interna no caso em que o representante desconfia da isenção, da imparcialidade e da lisura de alguma ou de todas as autoridades que lhe são hierarquicamente superiores, podendo-se neste caso, conforme a própria literalidade do inciso permite, dirigir a peça para a autoridade acima do foco de suspeita ou até mesmo se chegar diretamente à autoridade correcional.

Relembre-se também que o dever funcional em comento tutela interesses internos da Administração Pública federal e, como tal, não resta atendido no caso de o representante formular e dirigir sua peça unicamente para órgãos estranhos, tais como Ministério Público Federal (MPF), Departamento de Polícia Federal (DPF) e até Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU). Apenas se pode conciliar o encaminhamento de representação para fora do limite do próprio órgão quando, além de ser sopesada uma pertinente motivação ou justificativa, o representante o faz para a CGU, uma vez que este órgão encabeça o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SisCor-PEF), voltado pois à Administração, e não tem como principal vocação a tutela judicial, sobretudo a criminal, como é o caso do MPF e do DPF.

Conforme já defendido em **2.1.3** e em **2.3.2**, em que pese a representação figurar como um dever legal, o servidor deve exercer com prudência e cautela, sem se deixar levar por vieses de pessoalidade, sendo inaceitável a tentativa de se servir da instância disciplinar de forma injusta e imotivada.

Presume-se a boa-fé no exercício deste dever legal. Não se vislumbra, no regime disciplinar estatuído pela Lei nº 8.112, de 11/12/90, algum enquadramento que se possa aplicar ao representante quando este formula representação infundada e que não é admitida. Tanto a reparação do ofendido quanto a punição para o ofensor devem ser buscadas apenas em via judicial. Muito excepcionalmente, somente se poderia se cogitar de alguma repercussão disciplinar (associada, por exemplo, a um ato tido como desleal com a instituição) contra o representante que agisse de inequívoca e comprovada má-fé ao tentar fazer mover a estrutura correcional com ânimo ou motivação pessoal de prejudicar terceiro.

Tanto é assim que o Estatuto, em seu art. 126-A, possui um dispositivo de proteção ao servidor que se predispõe a cumprir com o seu dever funcional de representar, vedando que, em razão de sua iniciativa de comunicar suposta prática de crime ou de ato de improbidade, possa vir a sofrer responsabilização administrativa, civil ou penal. De se perceber que, a rigor, o dispositivo legal em comento prevê a proteção apenas em decorrência de comunicação de suposto crime ou de ato ímprobo, não a expressando para a hipótese mais comum, de representação em decorrência de suposto ilícito disciplinar. Mas não soa absurdo interpretar extensivamente a cláusula de salvaguarda para também abarcar a hipótese de representação por suposta infração disciplinar, pois se o legislador entendeu que até a inadequada provocação por supostos atos de maior gravidade (crime ou improbidade - os quais, aliás, em ato funcional, obrigatoriamente também configuram ilícito disciplinar) não deve merecer repercussão disciplinar ao representante, menos ainda se deve cogitar de tal hipótese em virtude de comunicação de suposta infração estatutária.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública. (Incluído pela Lei nº 12.527, de 18/11/11)*

Em razão das definições já apresentadas em **2.5.3.4**, este ilícito tem natureza permanente, pois, embora a ilicitude já se consuma desde o primeiro momento em que o

servidor tem ciência da suposta irregularidade e se omite no dever de representar, a conduta antijurídica de afronta se prolonga no tempo até que o infrator resolva cumprir o dever legal.

#### **4.7.2.7 - Inciso VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público**

Neste enquadramento, o descumprimento de dever associado a zelo, em princípio, remete a conduta culposa. Em sua parte inicial, pode-se entender como material a ser economizado os bens de consumo cotidiano (materiais de escritório, por exemplo), na qual se impõe, então, o dever de não gastá-los perdulariamente. Em sua parte final, como patrimônio a ser conservado, entendem-se tanto os bens de consumo acima quanto o ativo permanente (máquinas, equipamentos, imóveis, por exemplo). Com isto, tem-se no enquadramento em tela o dever de proteger e cuidar da vida útil não só de bens de consumo, mas também de bens duráveis. Independentemente da natureza do bem, a norma visa a punir o desperdício e o desrespeito do servidor com o bem público, em atitudes de descuido, descaso ou negligência.

Na linha já aduzida em **3.2.3.5.2**, repise-se que, em princípio, por um lado, o extravio ou o dano de um bem público não necessariamente acarreta instauração de processo administrativo disciplinar contra o servidor cujo nome consta do respectivo termo de responsabilidade ou que o tinha em uso ou guarda. A responsabilização administrativa requer se comprove que, com ânimo subjetivo culposos ou doloso, o servidor atuou ou contribuiu para o evento. Mas, por outro lado, o presente enquadramento, que é de índole culposa, pode ser oponível a um servidor em decorrência de dano ou extravio de bem público ainda que aquele agente não tenha assinado respectivo termo de responsabilidade ou mesmo não tenha o bem sob sua guarda ou uso no momento do sinistro.

Óbvio que, à luz dos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, não se cogita de se provocar a instância disciplinar, com todos os ônus a ela inerentes, em virtude do desperdício pontual e isolado de um insignificante item de material de consumo ou mesmo de ativo permanente. Ademais, lembre-se de que, conforme já aduzido em **3.2.3.5.2**, de acordo com a Instrução Normativa CGU nº 4, de 17/02/09, o dano ou desaparecimento de bem decorrente de conduta culposa por parte do servidor e causador de prejuízo inferior a R\$ 8.000,00 pode ter sua apuração encerrada em TCA, sem rito disciplinar, se o agente público aquiescer em ressarcir ao erário, poupando-se a instauração de PAD ou sindicância disciplinar que, em seu final, poderia redundar no enquadramento em tela.

Sendo de natureza culposa, este inciso não se aplica à destruição, ao desperdício, ao prejuízo ou ao dano, causados com dolo ao bem público (que poderiam, em princípio, ser enquadrados no art. 117, XVI, utilizar pessoal ou recursos da repartição em serviços ou atividades particulares ou no art. 132, X, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que sujeitam o agente à pena de demissão).

#### **4.7.2.8 - Inciso VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição**

De imediato, uma vez que a literalidade deste inciso não especifica, tem-se que aqui cabe precipuamente a conduta de revelar e, com menor possibilidade, também cabe a conduta de divulgar os assuntos da repartição. Doutrinariamente, tem-se que a ação de “revelar” concretiza-se com o vazamento de informação para apenas uma única pessoa, enquanto a ação de “divulgar” concretiza-se com o vazamento da informação para mais de uma pessoa (pela mídia, por exemplo, e, obviamente, engloba também a primeira irregularidade).

Dito isto, tem-se que o presente enquadramento pode ser compreendido de duas formas, em ambas se buscando uma contraposição ao extremo mais gravoso, enquadrado no art. 132, IX da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (revelação de segredo do qual se apropriou em razão

do cargo, que se abordará em **4.7.4.9**).

De uma primeira forma, voltada ao ânimo subjetivo da conduta, pode-se compreender que este enquadramento se refere à quebra culposa, cometida por negligência ou imperícia, do dever de resguardar os assuntos internos da repartição.

Sob esta ótica, a diferenciação entre este enquadramento e o art. 132, IX do Estatuto radica, majoritariamente, no elemento subjetivo da revelação ou da divulgação, visto que aquele trata de conduta intencional e consciente, eivada de má-fé. Assim, aqui podem se enquadrar revelações ou divulgações culposas de informações que até possam comprometer estratégias, ações ou diretrizes oficiais; que possam beneficiar contratante ou licitante junto à Administração; ou que possam ser confundidas como posicionamento institucional, comprometendo a imagem do órgão; enquanto lá podem ser enquadradas revelações ou divulgações similares, quando eivadas de dolo.

Mas, além do ânimo subjetivo motivador do ato ilícito (se intencional ou se apenas culposo), também pode-se ter, como elemento diferenciador desta conduta e da conduta enquadrada no art. 132, IX da Lei nº 8.112, de 11/12/90, o objeto em si da revelação ou da divulgação, diferenciando aquilo que pode ser chamado de dados protegidos por mero sigilo funcional daquele conjunto mais restrito de dados, reveladores da intimidade de terceiros, constitucionalmente protegidos, sob pálio do sigilo fiscal.

Por este aspecto material, em primeiro lugar, pode-se inferir que neste art. 116, VIII do Estatuto estão incluídas as revelações ou divulgações de atos internos e rotineiros ou de diretrizes da repartição, os quais, embora não devam ser revelados ou divulgados, na hipótese de sê-los, e mesmo que tenha sido intencionalmente, não provocam e não dependem de má-fé a justificar sua disponibilização, visto não serem dados nem associados a garantias individuais fundamentais nem possuírem forte valor estratégico. Além da questão da rotina de trabalho, a norma também visa a preservar os assuntos que, verbal ou documentalmente, se abordam na repartição, impedindo que imotivadamente o servidor os revele ou divulgue a estranhos, independentemente de tais assuntos não estarem formalizados em documentos gravados com cláusula de sigilo (esta hipótese mais grave é prevista do art. 132, IX do Estatuto).

*“O dever de sigilo em sentido lato corresponde ao que podemos denominar de dever de discrição ou de reserva, assim considerada a necessária atuação do agente de modo a não compartilhar de forma aleatória e desmedida, para o público em geral ou para servidores desprovidos de atribuições relacionadas, os atos ou fatos da repartição em que exerce suas funções, mesmo que não se trate de temas sensíveis. Some-se a isso o fato de que o exercício da função ou do cargo público, em muitos casos, envolver o conhecimento de informações privilegiadas, de interesse do Estado ou de particulares, e que, por sua importância econômica, política ou social estratégica, ou mesmo pertinente à honra, à imagem, à vida privada ou à intimidade das pessoas, devam seguir trâmites burocráticos específicos no ambiente administrativo, zelando por sua reserva e restrição de conhecimento somente aos interessados jurídicos, ou seja, grosso modo, aos que estejam envolvidos com o Estado em uma relação de direitos e deveres subjetivos. O servidor público que tenha contato com essas informações possui assim o dever de mantê-las sob reserva, sigilo funcional, evitando que se extraiem e venham a ser conhecidas por particulares ou servidores de atribuições distintas. Essa tutela especial de dados corresponde não mais ao dever de discrição e reserva, mas sim ao dever de sigilo em sentido estrito.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pg. 207, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

Avançando neste aspecto material, de acordo com o que já foi aduzido em **4.4.12.1**, a Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11, e o Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria RFB nº 3.541, de 07/10/11, diferenciaram o que são

dados especificamente protegidos por sigilo fiscal e o que são dados sujeitos ao dever funcional de sigilo. Enquanto os primeiros são aqueles obtidos em razão do ofício e que revelem a riqueza de forma mais geral de sujeito passivo e de terceiros ou que revelem suas atividades negociais, os segundos englobam os meros dados cadastrais de identificação de contribuintes, incluindo a participação societária, e da regularidade de sua situação fiscal, e as informações econômico-fiscais agregadas.

*Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11 - Art. 2º São protegidas por sigilo fiscal as informações sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades, obtidas em razão do ofício para fins de arrecadação e fiscalização de tributos, inclusive aduaneiros, tais como:*

*I - as relativas a rendas, rendimentos, patrimônio, débitos, créditos, dívidas e movimentação financeira ou patrimonial;*

*II - as que revelem negócios, contratos, relacionamentos comerciais, fornecedores, clientes e volumes ou valores de compra e venda;*

*III - as relativas a projetos, processos industriais, fórmulas, composição e fatores de produção.*

*§ 1º Não estão protegidas pelo sigilo fiscal as informações:*

*I - cadastrais do sujeito passivo, assim entendidas as que permitam sua identificação e individualização, tais como nome, data de nascimento, endereço, filiação, qualificação e composição societária;*

*II - cadastrais relativas à regularidade fiscal do sujeito passivo, desde que não revelem valores de débitos ou créditos;*

*III - agregadas, que não identifiquem o sujeito passivo; e*

*IV - previstas no § 3º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 1966.*

*§ 2º A divulgação das informações referidas no § 1º caracteriza descumprimento do dever de sigilo funcional previsto no art. 116, inciso VIII, da Lei nº 8.112, de 1990.*

*Art. 3º No âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, o acesso a informações de que trata esta Portaria restringir-se-á aos usuários que possuam senha, chave de acesso, certificação digital ou qualquer outro mecanismo de segurança que lhe tenha sido regularmente concedido, nos termos de portaria específica de sistemas e perfis, que autorize o seu acesso às bases de dados informatizadas.*

*Portaria RFB nº 3.541, de 07/10/11 - Art. 1º Fica aprovado o Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).*

*Art. 2º O Manual estará disponível na intranet da RFB.*

*Art. 3º Os servidores da RFB, no desempenho de suas atribuições, deverão observar as orientações constantes do Manual.*

*Parágrafo único. São inaplicáveis, no âmbito da RFB, eventuais interpretações que sejam contrárias ou incompatíveis com as do Manual.*

Portanto, conforme se verifica, o ordenamento infralegal interno prevê repercussão disciplinar, enquadrada no presente inciso, também para revelação ou divulgação de dados classificados como meramente cadastrais e dados fiscais agregados. E, de acordo com o Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil, os dados cadastrais (que, desde a Instrução Normativa SRF nº 19, de 17/02/98, em seu art. 2º, §§ 1º e 2º, já eram definidos como aqueles dados constantes de cadastro de domínio público por serem submetidos, por força de lei, a registro público e que não informam a situação econômica ou financeira da pessoa física ou jurídica) ou os dados econômico-fiscais agregados (que, tomando-se como referência o disposto no art. 3º, § 2º da Portaria SRF nº 306, de 22/02/07, e segundo a Instrução Normativa SRF nº 19, de 17/02/98, em seu art. 10, para que não haja identificação de contribuintes, devem se reportar a, no mínimo, quatro sujeitos passivos), em princípio, somente podem ser fornecidos, seja de forma eventual, seja de forma continuada, tanto mediante apuração especial quanto mediante acesso direto à base de dados, nos termos de convênio firmado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com a entidade privada ou

com o órgão público ou entidade pública solicitante, conforme exigem, respectivamente, o art. 3º da Instrução Normativa SRF nº 19, de 17/02/98, e o art. 4º da Instrução Normativa SRF nº 20, de 17/02/98.

*Instrução Normativa SRF nº 19, de 17/02/98 - Art. 1º Esta Instrução Normativa disciplina os procedimentos de fornecimento de dados cadastrais e econômico-fiscais da Secretaria da Receita Federal - SRF, a outras entidades.*

*Art. 2º O atendimento a solicitações de fornecimento de dados cadastrais da SRF, efetuadas por outras entidades, será executado pela Coordenação-Geral de Tecnologia e de Sistemas de Informação - COTEC, ou por suas projeções regionais ou locais.*

*§ 1º O fornecimento de dados fica limitado àqueles constantes de cadastro de domínio público e que não informem a situação econômica ou financeira dos contribuintes.*

*§ 2º Consideram-se de domínio público os dados das pessoas físicas ou jurídicas, que, por força de lei, devam ser submetidos a registro público.*

*Art. 3º O fornecimento de dados será condicionado sempre à celebração de convênio entre a SRF e a entidade solicitante, observado modelo aprovado por ato específico.*

*Art. 10. O disposto nesta Instrução Normativa se aplica, também, ao fornecimento de dados econômico-fiscais, que devem ser apresentados de forma agregada, vedada a possibilidade de identificação de contribuintes.*

*Instrução Normativa SRF nº 20, de 17/02/98 - Art. 1º Esta Instrução Normativa disciplina os procedimentos de fornecimento de dados cadastrais e econômico-fiscais da Secretaria da Receita Federal - SRF, a outros órgãos e entidades da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*

*Art. 2º Para fins desta Instrução Normativa, consideram-se órgãos e entidades da Fazenda Pública aqueles dotados de competência legal para cobrar e fiscalizar impostos, taxas e contribuições instituídas pelo Poder Público.*

*Art. 3º O atendimento a solicitações de fornecimento de dados cadastrais e econômico-fiscais da SRF, efetuadas pelos órgãos e entidades de que trata o art. 1º, será executado pela Coordenação de Tecnologia e de Sistemas de Informação - COTEC, ou por suas projeções regionais ou locais.*

*Art. 4º O fornecimento de dados será condicionado sempre à celebração de convênio entre a SRF e o órgão ou a entidade solicitante, observado modelo aprovado por ato específico.*

*Portaria RFB nº 3.541, de 07/10/11 - Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil - 4.1 - (...) Para atendimento de solicitações de fornecimento de dados cadastrais, deve ser observado o disposto nas Instruções Normativas SRF nº 19 e nº 20, ambas de 17 de fevereiro de 1998, sendo a última aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta que detenham competência para fiscalizar e cobrar impostos, taxas e contribuições instituídas pelo Poder Público, e a primeira aplicável a outros órgãos e entidades não integrantes da administração tributária.*

*Nos termos das citadas Instruções Normativas, o fornecimento de dados fica condicionado à celebração de convênio entre a RFB e o órgão solicitante. O convênio determinará, entre outros requisitos, a forma de fornecimento das informações (se eventual ou continuada), se por meio de apuração especial ou acesso on line aos bancos de dados.*

Acrescente-se que a divulgação da informação sobre a instauração de procedimento fiscal em face de determinado contribuinte, isoladamente considerada, divorciada de dados que revelem, direta ou indiretamente, a situação econômica ou financeira do contribuinte ou ainda a natureza e o estado dos seus negócios, não se encontra protegida pelo sigilo fiscal mas sim encontra-se protegida pelo sigilo funcional.

Encerrando esta contraposição, de outro lado, tem-se que o art. 132, IX da Lei nº 8.112, de 11/12/90, abarca a revelação ou a divulgação de dados obtidos tão somente em

função do cargo, com destaque para dados sabidamente protegidos por cláusula de sigilo (fiscal, bancário, telefônico, etc); ou seja, o maior grau de ofensividade e lesividade daquela conduta é extraído do teor mais relevante e sigiloso do que foi revelado ou divulgado.

Ainda pode-se mencionar uma terceira via de contraposição do presente enquadramento com o do art. 132, IX da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Esta diferenciação, voltada ao destinatário da revelação, pode ser extraída de definição que constava da revogada Portaria SRF nº 782, de 20/06/97, conforme abordado no inciso III acima. Em que pese a revogação, permanece faticamente aceitável a diferenciação de ilícitos em função de a revelação restringir-se ao ambiente interno do órgão ou de extrapolar para o ambiente externo. Assim, o mero acesso sem motivação aceitável a banco de dados informatizados, pode configurar inobservância de norma (art. 116, III do Estatuto, linhas acima); já a revelação, para outro servidor da Secretaria da Receita Federal do Brasil, dos dados sigilosos acessados, pode, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, configurar inobservância de norma e quebra do dever de guardar sigilo sobre assunto interno (no presente art. 116, VIII do Estatuto); já a revelação, para estranhos à Secretaria da Receita Federal do Brasil, dos dados acessados, pode configurar a grave irregularidade de revelação de segredo obtido em razão do cargo (art. 132, IX do Estatuto).

Similar encadeamento, desde o acesso, passando pela utilização, até a revelação de dados protegidos por sigilo bancário, pode ser visto nos arts. 8º a 12 do Decreto nº 3.724, de 10/01/01, já reproduzidos em **4.4.12.5**.

Por fim, a Lei nº 12.527, de 18/11/11, que regulamenta o direito de petição previsto no art. 5º, XXXIII da CF, estabelece dispositivos materiais, definindo como ilicitudes puníveis, no mínimo, com pena de suspensão, as condutas de o servidor utilizar indevidamente informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em virtude do cargo e de divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir o acesso indevido à informação sigilosa ou pessoal. De forma análoga ao que já se aduziu em **4.7.2.3.1**, a respeito de acesso, este comando legal específico não possui o condão de revogar o dispositivo estatutário em apreço, acerca de divulgação, mas sim tão somente de qualificá-lo. No caso específico de informação sigilosa ou pessoal, em que se enquadram informações protegidas por sigilo fiscal ou por sigilo bancário ou que revelam a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de pessoa, o vazamento deve ser punido com pena de suspensão, conforme passou a impor o inciso IV do art. 32 da Lei nº 12.527, de 18/11/11 (e que, obviamente, deve a comissão fazer constar da base legal a ser exposta na sua indicição), restando a possibilidade de apenação com advertência fundamentada apenas no inciso VIII do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, tão somente para acesso a qualquer tipo de informação interna não protegida por aquelas cláusulas específicas de sigilo.

*Lei nº 12.527, de 18/11/11 - Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar:*

*II - utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública;*

*IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal;*

*§ 1º Atendido o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, as condutas descritas no caput serão consideradas:*

*II - para fins do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e suas alterações, infrações administrativas, que deverão ser apenadas, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos.*

*§ 2º Pelas condutas descritas no caput, poderá o militar ou agente público responder, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas Leis nºs 1.079, de 10 de abril de 1950, e 8.429, de 2 de junho de 1992.*

#### 4.7.2.9 - Inciso IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa

O presente inciso impõe a repercussão disciplinar em decorrência de afronta ao princípio da moralidade administrativa, definido em 3.3.1.6. A aplicação deste inciso requer a leitura conjunta daquele primado com a legalidade expressa na própria Lei nº 8.112, de 11/12/90 - mais especificamente, em seu art. 148, que restringe a aplicação do regime disciplinar às condutas associadas direta ou indiretamente ao exercício do cargo. Com isto, se afastam da incidência as condutas de vida privada do servidor enquanto cidadão comum (a menos que o ato da vida privada tenha correlação com a Administração Pública, com a instituição ou com o cargo), totalmente dissociadas de seu cargo, criticáveis tão somente à luz de códigos de ética. Daí porque a imoralidade de que se cuida é a administrativa. Em razão de o presente inciso tratar de condutas associadas a conceitos morais, aqui é mais comum a equivocada tentativa de se emprestar aspecto disciplinar a atos de vida privada, sendo, portanto, ainda mais relevante a ressalva já esposada em 3.2.3.1 e em 4.7.1.

*“Nesse sentido, a moralidade a que o servidor deve alinhar-se é aquela interna à administração pública, vinculada ao exercício de suas funções, isto é, associada ao exercício do cargo público, à função pública. Os atos da vida privada que não repercutam direta ou indiretamente na vida funcional do servidor não ferem a moralidade administrativa, apesar de, em tese, violarem a moralidade comum do seio social. Assim, possível descumprimento de regra da moral privada não significa, por si só, violação à moralidade administrativa. Ressalta-se que tais condutas privadas podem ser censuráveis nos códigos de ética funcional, mas não na via disciplinar.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 280, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

*“(...) sabe-se que a moralidade protegida pelo Direito insere-se no campo da Ética pública, diferenciando-se da ‘Ética privada’ (...). Por tal motivo, as normas jurídicas não devem adentrar o campo privado dos comportamentos imorais (...). Se o administrador ou agente público somente pode agir fundado em lei, a mera inobservância de um preceito moral não poderia acarretar-lhe sanções.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pgs. 292 e 295, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Ademais, além deste enfoque restrito, no estudo da citada responsabilização funcional atuam ainda, com relevância, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como não se deve perder de vista a consideração do chamado erro escusável.

Destaque-se que condutas como alcoolismo ou qualquer outro tipo de dependência química requer, a princípio, cuidado médico ou de assistência social. Mesmo quando o problema repercute no desempenho das atribuições legais, primeiramente deve-se investigar a existência ou não de caráter patológico na conduta, o qual, se presente, afasta a responsabilização administrativa. A repercussão disciplinar somente se justifica se comprovado que, mesmo não havendo patologia, o comportamento do servidor interfere no desempenho do cargo.

Os atos atentatórios à moral aqui enquadrados são aqueles de relativa repercussão, decorrentes de aspectos meramente comportamentais associados à cortesia, à discricção, à apresentação, ao respeito à hierarquia. Como o controle da moralidade administrativa recai mais sobre a finalidade do ato do que sobre o ânimo do agente, cogita-se de afrontas tanto culposas quanto dolosas (embora seja certo que, em princípio, condutas dolosas, dependendo de sua gravidade, podem ensejar enquadramentos mais gravosos). É necessário cautela com este enquadramento, de forte subjetividade, já que o conceito de moral é mutante no tempo e no espaço.

O presente enquadramento também pode ser compreendido sob enfoque *a contrario sensu*, alcançando os atos atentatórios aos princípios jurídicos, mas de gravidade reduzida tal que não justifica o enquadramento em improbidade administrativa (art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em **4.7.4.4**). Assim, sob o aspecto do tema em tela, as condutas do agente público podem sofrer três graus de crítica, em sentido crescente.

- Primeiramente, aquelas condutas que afrontam a moral comum da vida externa ou mesmo condutas praticadas no exercício do cargo mas com ínfimo poder ofensivo ao Estatuto podem encontrar crítica no Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, aprovado pelo Decreto nº 1.171, de 22/06/94, que não se confunde com a Lei nº 8.112, de 11/12/90, e que não é objeto de instauração de processo administrativo disciplinar.
- No grau intermediário, as condutas cometidas pelo servidor, direta ou indiretamente associadas ao cargo, com culpa (negligência, imperícia ou imprudência) ou ainda que com dolo, mas de mediano poder ofensivo (à luz dos parâmetros do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90) ao princípio da moralidade administrativa (ou seja, em afronta à moral jurídica), podem ser enquadráveis no art. 116, IX da citada Lei, devendo, por conseguinte, ser objeto de apuração contraditória no devido rito do processo administrativo disciplinar, possibilitando aplicação de penas de advertência ou, no máximo, suspensão.
- Por fim, no último grau, as condutas do servidor, também associadas ao cargo, cuja afronta ao princípio da moralidade administrativa redundam em dano ao erário, enriquecimento ilícito ou afronta grave a princípios reitores da Administração, atingindo o núcleo do conceito de moral (ou seja, ferindo o dever de probidade), em conduta indubitavelmente dolosa, podem ser enquadráveis no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, podendo tomar as definições encontráveis nos arts. 9º, 10 e/ou 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, também sob apuração contraditória no rito do processo administrativo disciplinar, possibilitando aplicação de penas expulsivas e demais repercussões civis e penais, previstas no art. 37, § 4º da CF.

Sem prejuízo do equilíbrio harmônico principiológico, o princípio da moralidade administrativa, ao lado do princípio da legalidade, é considerado um princípio informador dos demais princípios constitucionais reitores da Administração Pública. Ademais, em função de sua própria natureza, é prescindível legislar sobre a moralidade administrativa (até para que não se a faça dependente da legalidade). Tais fatos não só dificultam a conceituação legal de moralidade administrativa mas também atribui-lhe aplicação quase totalitária na atividade pública, de forma que esteja, em determinado grau, diluída e subentendida em todos os mandamentos estatutários. De fato, a leitura atenta dos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, leva a perceber que a moralidade administrativa paira, manifesta-se e, por fim, repercute na grande maioria das infrações disciplinares neles elencadas (enquanto as máximas da impessoalidade, da publicidade e da eficiência têm suas repercussões mais pontuais e restritas). Em outras palavras (afastadas da análise as condutas merecedoras apenas de crítica ética, não atingidas portanto pela vinculação estatutária), sendo este um dos dois principais princípios norteadores da atividade pública, a grande maioria dos enquadramentos disciplinares tem em sua base o descumprimento do dever de manter conduta compatível com a moralidade administrativa, de forma que o dispositivo especificamente insculpido no art. 116, IX valha quase que como regra geral e difusa dos deveres estatutários.

A diferenciação entre o enquadramento de uma conduta no inciso IX do art. 116 ou nos demais incisos deste artigo ou nos arts. 117 e 132, todos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, advém da análise se o ato infracional comporta ou não enquadramento mais específico, a prevalecer sobre aquele mais geral e difuso, de forma que se pode cogitar de lhe atribuir valor quase residual. E, neste aspecto, além da busca do esclarecimento do ânimo subjetivo com que o ato foi cometido (se com culpa ou se com dolo), também pode ainda se fazer necessário

identificar a ocorrência ou não dos parâmetros elencados no art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para diferenciar se o ato, por exemplo, justifica ser enquadrado em afronta do dever legal de manter conduta compatível com a moralidade administrativa (art. 116, IX da citada Lei, aplicável tanto para conduta culposa quanto dolosa) ou se merece enquadramento em improbidade administrativa (art. 132, IV da mesma Lei, apenas na hipótese de conduta dolosa).

#### **4.7.2.10 - Inciso X - ser assíduo e pontual ao serviço**

Este inciso impõe dois deveres independentes: o dever de assiduidade exige que o servidor compareça regularmente todo dia útil ao serviço; e o dever de pontualidade refina a exigência, impondo que não só ele compareça diariamente ao serviço, mas que chegue na hora certa de entrada e somente saia na hora certa de saída.

É necessário interpretar, além da literalidade, que o servidor pode incorrer neste ilícito tanto com a quebra de apenas um dos deveres quanto dos dois cumulativamente. Do contrário, caso se impusesse interpretação cumulativa para a conjunção “e”, far-se-ia necessário conceber que a Lei autorizaria o desrespeito à pontualidade, desde que o servidor comparecesse diariamente ao serviço, e o desrespeito à assiduidade, desde que, nos dias em que comparecesse, o fizesse de forma pontual. Óbvio que esta tese não se sustenta, de forma a se interpretar, logicamente, aquela conjunção aditiva como alternativa - ou seja, o servidor tem o dever de ser assíduo e também tem o dever de ser pontual.

O art. 19 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabelece, como regra geral para os servidores efetivos, o limite máximo de quarenta horas semanais e de seis a oito horas diárias para a jornada de trabalho na Administração federal. Aos servidores ocupantes de cargo em comissão, o § 1º do mesmo artigo impõe ainda o regime de dedicação integral, com possibilidade de ser convocado sempre que houver interesse da Administração (destaque-se que a norma é específica neste sentido, não estendendo o compromisso ao servidor sem cargo em comissão).

A Medida Provisória nº 2.174-28, de 24/08/01, no *caput* e no § 1º do art. 5º e no art. 6º, permite a redução de jornada de cargos efetivos (para trinta ou vinte horas semanais, equivalentes a seis ou quatro horas diárias). Mas ressalte-se que tal redução de jornada tem limitada aplicação nos quadros da Secretaria da Receita Federal do Brasil, vez que vedada aos AFRFB, nos termos do inciso VI do seu art. 3º (conforme já se aduziu em **3.2.5**).

*Medida Provisória nº 2.174-28, de 24/08/01 - Art. 3º*

*I - Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional e Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União;*

*II - Procurador Autárquico, Advogado e Assistente Jurídico dos órgãos de execução ou vinculados à Advocacia-Geral da União;*

*III - Defensor Público da União;*

*V - Delegado de Polícia Federal, Perito Criminal Federal, Escrivão de Polícia Federal, Agente de Polícia Federal, Papiloscopista, Policial Federal e Policial Rodoviário Federal; e*

*VI - Auditor-Fiscal da Receita Federal, Auditor-Fiscal da Previdência Social e Auditor-Fiscal do Trabalho.*

*Art. 5º É facultado ao servidor da administração pública direta, autárquica e fundacional, ocupante exclusivamente de cargo de provimento efetivo, requerer a redução da jornada de trabalho de oito horas diárias e quarenta semanais para seis ou quatro horas diárias e trinta ou vinte horas semanais, respectivamente, com remuneração proporcional, calculada sobre a totalidade da remuneração.*

*§ 1º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras ou dos cargos de que tratam os incisos I a III e V e VI do caput do art. 3º.*

*Art. 6º Além do disposto no § 1º do art. 5º, é vedada a concessão de jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional ao servidor:*

*I - sujeito à duração de trabalho estabelecida em leis especiais; ou*

*II - ocupante de cargo efetivo submetido à dedicação exclusiva.*

Adiante, o art. 44 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, exige que a chefia imediata desconte dia de falta ou horas de atraso ou de saída antecipada sem justificativa por parte do servidor. Mas, se diante de algum destes incidentes, o servidor se justifica, cabe exclusivamente à chefia imediata avaliar a justificativa. Se a chefia não acatar a justificativa trazida, ato contínuo, ela deve determinar o corte do ponto; se ela entender que houve caso fortuito ou força maior, pode, a seu exclusivo critério, conceder que o servidor compense as horas, até o mês subsequente, sem corte de ponto.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 19. Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente. (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 17/12/91)*

*§ 1º O ocupante de cargo em comissão ou confiança submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, observado o disposto no art. 120, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*Art. 44. O servidor perderá:*

*I - a remuneração do dia em que faltar ao serviço, sem motivo justificado; (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*II - a parcela de remuneração diária, proporcional aos atrasos, ausências justificadas, ressalvadas as concessões de que trata o art. 97, e saídas antecipadas, salvo na hipótese de compensação de horário, até o mês subsequente ao da ocorrência, a ser estabelecida pela chefia imediata (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*Parágrafo único. As faltas justificadas decorrentes de caso fortuito ou de força maior poderão ser compensadas a critério da chefia imediata, sendo assim consideradas como efetivo exercício. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*Formulação Dasp nº 147. Impontualidade*

*As entradas com atraso e as saídas antecipadas, legitimamente tais, não são conversíveis para nenhum efeito, em faltas ao serviço.*

Dito isto, dois pontos se destacam. O primeiro é que a possível repercussão pecuniária, decorrente do desconto das horas ausentes (quando o servidor não apresenta justificativa ou quando a apresenta, mas não convence a chefia), não afasta a também eventual repercussão disciplinar, pois são reflexos independentes de uma mesma conduta. O segundo ponto que se destaca é que não é dado à chefia o poder de alterar a jornada semanal de seu subordinado, dispensando-o do cumprimento de sua carga horária e tampouco cabe ao servidor a discricionariedade de optar pela ausência para posteriormente, a seu critério, compensar.

Infralegalmente, o Decreto nº 1.590, de 10/08/95, regulamentou, no art. 7º, que atrasos ou saídas antecipadas, se decorrentes de interesse de serviço, poderão ser abonados pela chefia imediata, dispensada a compensação de horário e, obviamente, sem repercussão pecuniária e disciplinar. Este Decreto também determinou, no § 2º do art. 5º, a obrigatoriedade de se registrar de uma a três horas diárias como intervalo para refeição. A norma em questão, no § 4º do art. 5º previu ainda a possibilidade de controle semanal de ponto no caso de atividades externas (como é o caso de fiscalização, por exemplo) cujas condições materiais impeçam registro diário, tendo sido tal controle posteriormente dispensado pelo Decreto nº 1.867, de 17/04/96, dispondo em seu art. 3º, apenas que estes servidores terão o seu desempenho avaliado pelas chefias imediatas.

Dentro da possibilidade prevista no art. 19 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, o art. 3º do Decreto nº 1.590, de 10/08/95, estabeleceu ainda a exceção de jornadas semanal de trinta

horas e diária de seis horas, sem intervalo de almoço, para casos de serviços que devam funcionar de forma ininterrupta por mais de doze horas, com turnos ou escalas, em razão de atendimento a público ou trabalho noturno. Em princípio, no caso da Secretaria da Receita Federal do Brasil, esta hipótese seria cabível em unidades aduaneiras e em unidades que prestem atendimento a contribuintes. Neste rumo, o dispositivo presidencial foi regulamentado internamente pela Portaria RFB nº 457, de 28/03/16, que permitiu, de forma expressa, em seu art. 4º, a critério de cada Superintendente da Receita Federal do Brasil e de acordo características e aspectos locais, a adoção de horários diários de quatro, seis, oito, e doze horas para unidades de atendimento (em geral, os Centros de Atendimento a Contribuintes - CAC, as Agências da Receita Federal do Brasil - ARF e determinadas unidades aduaneiras). No caso de horário de atendimento de doze horas ininterruptas, o *caput* e o § 1º do art. 5º da norma supracitada permitem o emprego de dois turnos ou escalas de seis horas de jornada diária, com total de trinta horas semanais, dispensado o intervalo para refeições.

*Decreto nº 1.590, de 10/08/95 - Art. 1º A jornada de trabalho dos servidores da Administração Pública Federal direta, das autarquias e das fundações públicas federais, será de oito horas diárias e:*

*I - carga horária de quarenta horas semanais, exceto nos casos previstos em lei específica, para os ocupantes de cargos de provimento efetivo;*

*II - regime de dedicação integral, quando se tratar de servidores ocupantes de cargos em comissão ou função de direção, chefia e assessoramento superiores, cargos de direção, função gratificada e gratificação de representação.*

*Art. 3º Quando os serviços exigirem atividades contínuas de regime de turnos ou escalas, em período igual ou superior a doze horas ininterruptas, em função de atendimento ao público ou trabalho no período noturno, é facultado ao dirigente máximo do órgão ou da entidade autorizar os servidores a cumprir jornada de trabalho de seis horas diárias e carga horária de trinta horas semanais, devendo-se, neste caso, dispensar o intervalo para refeições. (Redação dada pelo Decreto nº 4.836, de 09/09/03)*

*§ 1º Entende-se por período noturno aquele que ultrapassar às vinte e uma horas. (Redação dada pelo Decreto nº 4.836, de 09/09/03)*

*Art. 5º*

*§ 2º O intervalo para refeição não poderá ser inferior a uma hora nem superior a três horas.*

*Art.6º*

*§ 4º Os servidores, cujas atividades sejam executadas fora da sede do órgão ou entidade em que tenha exercício e em condições materiais que impeçam o registro diário de ponto, preencherão boletim semanal em que se comprove a respectiva assiduidade e efetiva prestação de serviço.*

*Art. 7º Eventuais atrasos ou saídas antecipadas decorrentes de interesse de serviço poderão ser abonados pela chefia imediata.*

*Decreto nº 1.867, de 17/04/06 - Art. 3º Ficam dispensados do controle de ponto os servidores referidos no § 4º do art. 6º do Decreto nº 1.590, de 1995, que terão o seu desempenho avaliado pelas chefias imediatas.*

*Portaria RFB nº 457, de 28/03/16 - Art. 2º Para fins do disposto nesta Portaria e no âmbito do atendimento presencial, considera-se:*

*III - unidades de atendimento: instalações da RFB onde se realiza o atendimento presencial ao cidadão, com acompanhamento e orientação das áreas gestoras do atendimento, com a utilização de sistema nacional disponibilizado para o apoio ao gerenciamento do atendimento e de manual de padronização nacional de procedimentos para o atendimento ao cidadão;*

*V - atendente: aquele que presta serviço ao cidadão no exercício de cargo, emprego público ou função pública, em unidade de atendimento da RFB, ainda que transitoriamente;*

*VI - cidadão: aquele que apresenta, na unidade de atendimento, demanda para prestação de serviço público;*

VII - interessado: pessoa, física ou jurídica, a que se refere o atendimento;  
VIII - demanda: solicitação apresentada nas unidades de atendimento com o propósito de obter serviço de competência da RFB; e

Art. 4º As unidades de atendimento da RFB deverão adotar, levando-se em consideração as características e os aspectos locais, nos dias úteis, período diário para atendimento ao cidadão, entre os relacionados a seguir:

I - 12 (doze) horas;

II - 8 (oito) horas;

III - 6 (seis) horas;

IV - 4 (quatro) horas.

§ 1º As unidades aduaneiras poderão adotar período diário para atendimento ao cidadão, distinto dos estabelecidos no caput.

§ 2º Os Superintendentes da Receita Federal do Brasil fixarão o período diário para atendimento e o horário de funcionamento das respectivas unidades, conforme definições previstas no caput, por intermédio de portaria, buscando, sempre que possível, a uniformidade regional.

§ 3º Atendidas as especificidades locais, os Superintendentes da Receita Federal do Brasil poderão fixar para as Agências da Receita Federal do Brasil de suas respectivas jurisdições o período diário de atendimento de 5 (cinco) horas.

Art. 5º Nas unidades em que vigorar o horário de atendimento estabelecido no inciso I do caput do art. 4º, o atendimento será realizado em regime de turnos ou escalas.

§ 1º Nos casos de que trata este artigo, fica autorizado aos atendentes cumprirem jornada de trabalho de 6 (seis) horas diárias e carga horária de 30 (trinta) horas semanais, dispensado o intervalo para refeições, nos termos do art. 3º do Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995.

As questões do horário de funcionamento de unidades e de jornada de trabalho no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil foram consolidadas na Portaria RFB nº 1.863, de 30/10/14, sem inovações em relação ao Decreto nº 1.950, de 10/08/95. O horário de funcionamento das unidades, sempre que possível, se concentrará de 8 horas às 21 horas e a jornada de trabalho, preferencialmente, será cumprida entre 9 horas e 18 horas. Além disto, a Portaria RFB nº 1.863, de 30/10/14, ressaltou as peculiaridades das atividades desempenhadas em ambiente externo, conforme o § 4º do art. 5º do Decreto nº 1.590, de 10/08/95, e o Decreto nº 1.867, de 17/04/06; das atividades desempenhadas sob molde de teletrabalho, conforme as Portarias RFB nº 497, de 20/07/12, e nº 2.383, de 13/07/17; das atividades de atendimento nos termos da Portaria RFB nº 457, de 28/03/16; e das atividades desempenhadas em regime de plantão, escala ou turnos alternados de revezamento, para as quais o § 3º do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, estabelece jornada mensal máxima de 192 horas de trabalho.

*Portaria RFB nº 1.863, de 30/10/14 - Art. 2º O horário de funcionamento nas unidades da RFB compreende o período das 8 horas às 21 horas, nos dias úteis, de segunda-feira a sexta-feira, salvo disposto em normativo específico.*

*Parágrafo único. O horário de que trata o caput poderá ser antecipado em uma hora, no caso de unidade com demanda justificável de atendimento ao público, desde que haja infraestrutura compatível.*

*Art. 3º A jornada de trabalho do servidor em exercício na RFB será de 8 horas diárias e 40 horas semanais, salvo o disposto nesta Portaria ou ato normativo específico.*

*Parágrafo único. A jornada de trabalho a que se refere o caput será preferencialmente cumprida das 9 horas às 12h30min e das 13h30min às 18 horas.*

*Art. 4º*

*§ 2º Em caso de necessidade individual de servidor, devidamente justificada, a chefia imediata poderá, excepcionalmente, compatibilizar o horário de trabalho à especificidade da atividade desenvolvida, respeitada a carga*

*horária e observado o disposto nesta Portaria.*

*§ 4º O intervalo para refeição do servidor não poderá ser inferior a uma hora nem superior a três horas, e cada período de trabalho não poderá ser inferior a duas horas, nem superior a seis horas.*

*Art. 6º O disposto no art. 3º não se aplica aos casos em que ocorre tratamento normativo específico, para servidor:*

*III - quando suas atividades forem executadas fora da sede da unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil em que tenham exercício, em conformidade com o § 4º do art. 6º do Decreto nº 1.590, de 1995 e art. 3º do Decreto nº 1.867, de 1996;*

*IV - cujas atividades sejam executadas em experiência-piloto de Teletrabalho, em conformidade com a Portaria RFB nº 947, de 20 de abril de 2012;*

*V - em exercício em unidades de atendimento da RFB a que se refere a Portaria RFB nº 10.926, de 29 de agosto de 2007, alterada pela Portaria RFB nº 472, de 12 de abril de 2013; e*

*VI - cujo serviço seja desenvolvido em regime de plantão, escala ou turnos alternados de revezamento, nos termos do § 2º do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24 de dezembro de 2008.*

Sobre esta última particularidade acerca da jornada máxima mensal de 192 horas, acrescente-se a tardia regulação determinada pelo § 2º do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, que veio a ser operada pela Portaria Interministerial MF/MT/MPDG nº 75, de 22/02/17, e, internamente, pela Portaria RFB nº 6.451, de 27/12/17.

*Lei nº 11.890, de 24/12/08 - Art. 3º*

*§ 2º O plantão e a escala ou o regime de turnos alternados por revezamento serão regulados em ato conjunto dos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e do Trabalho e Emprego, observada a legislação vigente.*

*§ 3º Nos casos aos quais se aplique o regime de trabalho por plantões, escala ou regime de turnos alternados por revezamento, é de, no máximo, 192 (cento e noventa e duas) horas mensais a jornada de trabalho dos integrantes dos cargos referidos no caput deste artigo.*

Segundo o art. 2º da Portaria Interministerial MF/MT/MPDG nº 75, de 22/02/17, plantão é o regime de trabalho prestado em turnos contínuos, inclusive em dias não úteis; turnos alternados por revezamento são o regime de trabalho ininterrupto, suprido por plantões que se sucedem sem descontinuidade (enquanto plantão cobre apenas um turno, ora compreendido como uma faixa de horário de trabalho diário, os turnos alternados cobrem de forma ininterrupta as 24 horas do dia); e escala é a definição dos horários de trabalho para cada turno e dos respectivos servidores que devem cumprir cada uma daquelas faixas de horário, intercalando a atividade com folgas. *A priori*, conforme o *caput* e o § 1º do art. 5º da norma interministerial, os plantões são de turnos de 12 horas de trabalho, sucedidas por descanso de 36 horas, a serem estabelecidas por ato do titular da unidade, podendo, excepcionalmente, serem de 24 horas de trabalho sucedidas por 72 horas de descanso, desde que se justifique a o mesmo tempo se atente para as condições de segurança, saúde e qualidade de vida dos servidores. Acrescente-se que o § 5º do mesmo comando normativo prevê a possibilidade, em regime típico para unidades sediadas em localidades de provimento ou de acesso difíceis, de plantões de 12 horas de trabalho intercaladas por descansos de igual período, pelo período máximo de 15 dias, seguidos de 15 dias de folga. Porém, o § 3º do mesmo art., determina que, em qualquer caso de turnos alternados por revezamento, o servidor do plantão que se encerra não pode se ausentar do local de trabalho antes da chegada do servidor que irá sucedê-lo.

*Portaria Interministerial MF/MT/MPDG nº 75, 22/02/17 - Art. 2º Para efeito desta Portaria, entende-se por:*

*I - plantão: o trabalho prestado em turnos contínuos pelos servidores, podendo ocorrer inclusive em feriados e finais de semana;*

*II - regime de turnos alternados por revezamento: o regime de trabalho no qual o serviço não cessa, condicionando o encerramento de um plantão ao imediato início de outro; e*

*III - escala: a definição dos turnos de trabalho e dos servidores que exercem suas atividades em plantões intercalados por períodos de folga.*

*Art. 4º A jornada de trabalho dos servidores da carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil, que exercem os serviços na forma do art. 3º, tem a duração máxima de 192 (cento e noventa e duas) horas mensais.*

*Art. 5º Os plantões devem ser de 12 (doze) horas de trabalho, com 36 (trinta e seis) horas de descanso, estabelecidos por ato do dirigente regional, em função de demanda e recursos humanos disponíveis.*

*§ 1º Excepcionalmente, podem ser adotados plantões de 24 (vinte e quatro) horas de trabalho, com 72 (setenta e duas) horas de descanso, desde que haja justificativa que considere, inclusive, os aspectos relativos à segurança, saúde e qualidade de vida do servidor.*

*§ 3º O servidor que laborar em regime de turnos alternados por revezamento não poderá ausentar-se do local de trabalho, ao final do seu plantão, antes da chegada do servidor que irá sucedê-lo, devendo comunicar o atraso ao dirigente da unidade local, que deverá providenciar outro servidor para o plantão subsequente.*

*§ 5º Nas unidades situadas em municípios de difícil provimento ou de difícil acesso a que se refere o art. 3º, é excepcionalmente facultada a permanência do servidor em serviço, em plantões de 12 (doze) horas de trabalho, com 12 (doze) horas de descanso, pelo período máximo de 15 (quinze) dias consecutivos, com uma folga de igual período.*

A Portaria RFB nº 6.451, de 27/12/17, além de repetir comandos da portaria conjunta reguladora, acrescenta detalhes e peculiaridades da Secretaria da Receita Federal do Brasil. O *caput* do art. 7º, os arts. 17 e 18 e o Anexo I da norma limitam o emprego do regime de plantão em turnos alternados por revezamento apenas a unidades aduaneiras de portos, aeroportos e pontos de fronteira que funcionem 24 horas por dias, mais especificamente nas atividades de atendimento aduaneiro, fiscalização de bagagem de viajante, fiscalização aduaneira em zona primária, vigilância e repressão, não abrangendo atendimento em Centros de Atendimento a Contribuinte (CAC), mas podendo ser estendido não só a servidores ocupantes de cargos da carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil mas também a ocupantes de outros cargos lotados e em exercício nas unidades e exercendo as atividades contempladas.

*Portaria RFB nº 6.451, de 2017 - Art. 4º A jornada de trabalho dos servidores da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil que exercem os serviços na forma prevista no art. 3º tem a duração máxima de 192 (cento e noventa e duas) horas mensais.*

*Art. 5º Os plantões serão de 12 (doze) horas de trabalho, com 36 (trinta e seis) horas de descanso, em função da demanda e dos recursos humanos disponíveis.*

*§ 1º Caso o Superintendente da Receita Federal do Brasil entenda ser necessário, no âmbito da respectiva região fiscal, adoção excepcional de plantões de 24 (vinte e quatro) horas de trabalho com 72 (setenta e duas) horas de descanso, a justificativa de que trata o § 1º do art. 5º da Portaria Interministerial MF/MTb/MP nº 75, de 22 de fevereiro de 2017, deverá ser submetida à apreciação do Secretário da Receita Federal do Brasil, para fins de autorização, observado o seguinte procedimento: (Redação dada pela Portaria RFB nº 310, de 2 de março de 2018)*

*I - a documentação deverá ser remetida à Subsecretaria de Administração Aduaneira (Suana) por meio de dossiê digital que contenha manifestação conclusiva da Superintendência da Receita Federal do Brasil da respectiva região fiscal quanto à necessidade da adoção excepcional de plantões na forma prevista neste parágrafo, a qual deverá abordar aspectos relacionados ao interesse público e ao ganho de produtividade e outros aspectos que*

*demonstrem os ganhos na adoção do regime excepcional de plantão; e (Redação dada pela Portaria RFB nº 310, de 2018)*

*II - a Suana emitirá parecer conclusivo, sendo-lhe facultado determinar a realização de diligências e solicitar esclarecimentos quanto à adoção excepcional a que se refere este parágrafo, solicitada pela Superintendência, e encaminhará o dossiê digital para decisão do Secretário da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Portaria RFB nº 310, de 2018)*

*§ 2º Na jornada de trabalho prevista neste artigo, está incluído um intervalo para refeição com duração de 1 (uma) hora para cada período de 12 (doze) horas de trabalho, em horários estabelecidos conforme a demanda do serviço.*

*Art. 7º O regime de turnos alternados por revezamento aplica-se somente aos portos, aeroportos e pontos de fronteira que operam 24 (vinte e quatro) horas por dia ou mediante demanda de trabalho justificada pelo dirigente da unidade administrativa local.*

*§ 1º Não será admitido regime de plantão em aeroportos com até 2 (dois) voos diários, inclusive, no período compreendido entre 19h01min (dezenove horas e um minuto) e 6h59min (seis horas e cinquenta e nove minutos) do dia seguinte.*

*§ 2º A justificativa a que se refere o caput deverá ser submetida à apreciação do Superintendente da Receita Federal do Brasil da respectiva região fiscal.*

*Art. 10. A jornada semanal de 40 horas, em função da necessidade de serviço, poderá ser cumprida aos finais de semana e feriados, fora do horário padrão da unidade, observados os limites mínimo e máximo de 6 horas e 8 horas diárias.*

*§ 1º A adoção da jornada semanal a que se refere o caput condiciona-se à prévia autorização do Superintendente da Receita Federal do Brasil da respectiva região fiscal diante da imprescindibilidade, em função da necessidade de serviço da unidade, justificada pelo dirigente da unidade administrativa local.*

*Art. 14. Compete ao Superintendente da Receita Federal do Brasil da respectiva região fiscal a definição das unidades administrativas que poderão instituir o plantão, a escala e o regime de turnos alternados por revezamento de que trata esta Portaria.*

*Art. 15. Compete ao titular da unidade administrativa local, após as definições e autorizações referidas no § 1º do art. 8º, no § 2º do art. 9º, no § 1º do art. 10 e no art. 14, organizar e supervisionar a realização do plantão, do regime de turnos alternados por revezamento, de sobreaviso e da jornada semanal, de acordo com o disposto nesta Portaria e em conformidade com o art. 6º da Portaria Interministerial MF/MTb/MP nº 75, de 2017. (Redação dada pela Portaria RFB nº 310, de 2018)*

*Art. 16. A inclusão de servidor em regime de plantão, em escala e em regimes de turnos alternados por revezamento e de sobreaviso ou em jornada de trabalho de que trata o art. 10 não constitui direito do servidor, que poderá ser incluído ou excluído de acordo com a necessidade do serviço.*

*Art. 17. Os regimes de que trata esta Portaria não abrangem os serviços de atendimento ao público prestados no âmbito do Centro de Atendimento ao Contribuinte (CAC).*

*Art. 18. O regime de plantão, a escala e os regimes de turnos alternados por revezamento e a jornada de trabalho de que trata o art. 10 poderão ser aplicados aos demais servidores lotados e em exercício na RFB que se encontrem sob supervisão de servidores integrantes da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil nos serviços ou unidades constantes dos Anexos I e II.*

Em atenção ao art. 12 da Portaria RFB nº 1.863, de 30/10/14, o Corregedor delegou, por meio da Portaria Coger nº 72, de 21/11/14, aos Chefes de Escor e do Nucor a competência para estabelecerem o horário de trabalho padrão nas respectivas unidades.

Ainda quanto ao tema de jornada de trabalho e dias de expediente, embora se reconheça que extrapole o objetivo do inciso em comento, acrescente-se o comentário de que

inexiste, no ordenamento pátrio, comando normativo que obrigue servidor detentor de cargo efetivo comunicar à sua chefia mera viagem de foro pessoal em horários ou em dias que não estejam em seu expediente regular de trabalho. A informação pertine ser aqui registrada para afastar a dúvida, por exemplo, de que o servidor não é obrigado a comunicar à Administração qualquer viagem particular ao exterior sem estar de férias ou de licença ou de qualquer espécie de afastamento (como, por exemplo, uma simples viagem a um país vizinho por um servidor diarista no fim de semana ou por um servidor plantonista em meio a dois plantões). A norma que mais próximo chega do assunto é o Decreto nº 91.800, de 18/10/85, que regula as viagens ao exterior apenas a serviço ou para fim de aperfeiçoamento profissional. Este Decreto, em seu art. 6º, sem responder claramente a questão que ora se põe, apenas expressa a dispensa de autorização para servidor se ausentar do País em férias ou licença. Na ausência então de comando normativo que obrigue comunicado em fins de semana ou dias sem expediente mesmo não estando de férias, licença ou afastamento legal, ao amparo do princípio da legalidade, é de se interpretar que não subsiste obrigatoriedade de servidor comunicar saída do País, por viagem de caráter particular.

A despeito da descrição acima de legislação acerca de jornada de trabalho, é de se destacar que o controle de cumprimento de horário de trabalho não é, em princípio, matéria a cargo de Corregedoria. Este controle, em primeiro momento, incumbe à chefia imediata do servidor. Mas o zelo e a fidelidade no registro do ponto podem ter repercussão na matéria correcional, já que, por meio do ponto, pode-se ter elementos de convicção não só do cumprimento do dever legal de assiduidade e pontualidade, mas também de presença ou ausência do servidor em determinadas situações (por exemplo, se o servidor realmente estava em serviço ou se estava no gozo de algum afastamento legal no dia em que consta o uso de sua senha realizando determinado acesso a sistema informatizado). Na esteira, destaca-se daí a importância de o servidor cuidar de entregar, nos respectivos prazos legais, as justificativas para as ausências previstas em lei, sobretudo submeter-se à perícia médica ou entregar tempestivamente atestados médicos particulares, conforme aduzido em **4.4.9.1**.

A leitura atenta deste enquadramento, cuja ação é o verbo “ser”, permite interpretar sua aplicação, *a priori*, para condutas com certo aspecto de habitualidade, não parecendo razoável aplicá-lo para um ato isolado e eventual de inassiduidade ou de impontualidade.

Assim, compreende-se que as faltas de um dia inteiro (falta ao dever de assiduidade) e as chegadas em atraso ou saídas antecipadas (falta ao dever de pontualidade) podem ser enquadradas, em tese, no presente art. 116, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, contemplando um caráter habitual da conduta de pequena afronta, nos termos já dispostos em **2.5.3.4**. Não obstante, atente-se para que as chegadas em atraso ou saídas antecipadas também podem ser enquadradas no art. 117, I da mesma Lei (ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato, conforme se definirá em **4.7.3.1**), em que o parâmetro em análise é a autorização, contemplando um efeito mais pontual, de um único ato ter sido desrespeitoso à hierarquia e à continuidade dos trabalhos.

Mas, em todos estes casos, de enquadramento no art. 116, X e no art. 117, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, muito fronteiros com aspectos de gerência administrativa de pessoal (que, em primeiro momento, nem sempre se confundem com repercussão disciplinar), não se deve afastar de aspectos de razoabilidade e bom senso, para não vulgarizar o instrumento do processo administrativo disciplinar. Se, por um lado, é difícil definir uma quantificação para estes enquadramentos, por outro, é certo que, muito teoricamente, em tese, poderia se cogitar de responsabilização até por ato único, dependendo do grau de prejuízo trazido, do desrespeito à hierarquia, etc.

O enquadramento no art. 116, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em nada se confunde com abandono de cargo e inassiduidade habitual, puníveis com pena capital e que, por este motivo, têm requisitos mais específicos de configuração, conforme arts. 138 e 139 do Estatuto, em **4.7.4.2** e **4.7.4.3**.

Por fim, em face da inexistência de lei específica que regulamente o exercício do direito de greve por parte de servidor, previsto no art. 37, VII da CF, em princípio, não cabe instauração de procedimentos disciplinares por este motivo, por exemplo, para punir o servidor como faltoso ao serviço. É de se lembrar que, em face da inércia legislativa, que não pode limitar o exercício de um direito subjetivo, tem o Poder Judiciário reconhecido o exercício do direito de greve.

*STF, Mandado de Injunção n° 20: “Ementa: Mandado de injunção. Direito de greve - Constituição, art. 37, VII. 2. Legitimado este sindicato a requerer mandado de injunção, com vistas a ser possibilitado o exercício não só de direito constitucional próprio, como dos integrantes da categoria que representa, inviabilizado por falta de norma regulamentadora. Precedente no Mandado de Injunção n° 347-5-SC. 3. Sindicato da área de educação de Estado-Membro. Legitimidade ativa. 4. Reconhecimento de mora do Congresso Nacional, quanto à elaboração da lei complementar a que se refere o art. 37, VII, da Constituição. Comunicação ao Congresso Nacional e ao Presidente da República.”*

*STF, Mandado de Injunção n° 438: “Ementa: Direito de greve no serviço público: o preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. Mandado de injunção coletivo: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela constituição. Precedentes e doutrina.”*

*“Por fim, a inassiduidade do servidor, se verificada em razão da adesão deste à movimentos grevistas, não importa em ofensa ao artigo 116, X, a menos que a greve seja declarada ilegal pelo Poder Judiciário e o servidor se recuse a retornar ao trabalho.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 282, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Obviamente, isto não afasta a possível repercussão disciplinar em atos que, transbordando o exercício do direito, o servidor cometa evidente ilegalidade associada às atribuições legais do cargo. Excluindo esta hipótese, para que o poder disciplinar atuasse em situações relacionadas ao exercício daquele direito, seria necessário criar regras para a solução dos casos concretos, o que substituiria a própria vontade do legislador, invertendo (ou

subvertendo) a ordem jurídica, uma vez que tais normas de conduta não podem ficar ao alvedrio da administração, da unidade correcional ou dos membros de comissão disciplinar.

#### **4.7.2.11 - Inciso XI - tratar com urbanidade as pessoas**

O dever de urbanidade significa a obrigação de o servidor tratar com respeito e cortesia não só os demais servidores (sejam seus subordinados, sejam seus superiores hierárquicos) como também os particulares com os quais ele lida no exercício de seu cargo.

Não necessariamente a rudeza e a pouca polidez no trato pessoal, como traço característico de formação, educação, nível de instrução e cultura, revela-se também como o ilícito disciplinar em tela. A norma não exige que todo o quadro funcional seja indistintamente refinado e elaborado em seus gestos e no trato com os demais, mas sim veda as manifestações depreciativas, agressivas, obscenas, ofensivas, ameaçadoras, humilhantes, menosprezantes e discriminatórias, em função de origem, raça, religião, sexo, opção sexual, cor, idade, ou qualquer outro motivo, seja por palavras, seja por gestos.

*“(...) Não se pode exigir de indivíduos humildes, de poucas luzes e de deficiente educação, tratamento revestido de polidez. Se não conseguem agir com urbanidade, não é normalmente por culpa sua, e sim de sua formação deficiente e inadequada. Outras pessoas têm muitas luzes, mas são grosseiras, mal-educadas e desrespeitadoras; estas não têm desculpa para tal procedimento, e se se conduzem dessa maneira vulneram o dever de urbanidade.” José dos Santos Carvalho Filho, “Processo Administrativo Federal”, pg. 82, Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2005*

A falta de urbanidade tanto pode decorrer, como mais comumente, de ofensa verbal ou gestual, mas também pode se configurar em manifestação por escrito, da lavra do servidor. O emprego de referências contaminadas por quaisquer dos adjetivos enumerados acima ou de desrespeito à subordinação e à disciplina, em documentos oficiais, tais como ofícios, memorandos, pareceres, despachos, arazoados, contra-arazoados, petições, requerimentos, quebrando o dever de respeito à hierarquia, aos demais servidores ou a particulares, pode configurar este ilícito. Obviamente, não se veda a livre manifestação de entendimento ou de convicção, ainda que crítica ou discordante, desde que comedida em parâmetros de respeito.

Incorre neste ilícito o servidor que, uma vez ofendido por outro servidor, administrador ou contribuinte, revida, mesmo que sem exagero, a ofensa verbal recebida. Os princípios que regem a atividade pública e que se refletem em maior grau de exigência sobre a conduta do servidor em comparação à conduta do particular prevalecem sobre as reconhecidas reações e falibilidades humanas, quando o agente investe-se da condição de servidor.

Por fim, neste inciso, em que pese a legalidade que vincula toda atividade pública, os agentes intervenientes devem cuidar para não banalizar a instância disciplinar administrativa (que, em síntese, pode ter efeito punitivo) com questiúnculas e diferenças pessoais.

#### **4.7.2.12 - Inciso XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder**

**Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.**

A exemplo do dever funcional estabelecido no inciso VI do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, este segundo comando legal acerca do dever de representar também já foi abordado em **2.1** e **2.3**, a cujas leituras se remete.

Reitera-se que não há na lei trecho a ser desprezado ou tampouco a ser considerado redundante. Se o legislador estabeleceu ambos deveres acerca de um mesmo tema, alguma

razão subsiste. E, conforme já aduzido nos tópicos acima, a inteligência deste duplo comando reside em uma relação que se aproxima de gênero e espécie.

O inciso VI do supracitado comando legal (“*levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração*”), de forma muito abrangente, remete ao dever funcional de o agente público representar, à autoridade hierarquicamente superior, contra qualquer servidor, mesmo que de outra via hierárquica ou ainda de outro órgão, ou até mesmo contra particular, por toda forma de irregularidade, de qualquer natureza, estatutária ou não (tais como fiscal, civil ou criminal).

Já o presente inciso é uma espécie daquele.

Aqui se considera o dever de o servidor representar, também em sua via hierárquica, especificamente contra autoridade que lhe seja hierarquicamente superior e que cometa ato ilegal, omissivo ou abusivo. Em similitude com aquele outro inciso, também há simultânea atenção ao dever de lealdade institucional, ora revelada na relação de confiança que a Administração deposita na autoridade infratora; em contrapartida diferenciadora, como o dever em tela se relaciona com atos praticados por autoridade, por mera lógica excludente, não há abrangência sobre atos ilícitos cometidos por particular.

Compreende-se por ilegalidade qualquer conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, que afronte ao ordenamento em sentido lato, abarcando desde princípios reitores, comandos constitucionais, legais, regulamentares, até normas infralegais internas. Por omissão entendem-se as condutas omissivas de não agir, sejam culposas ou dolosas, em face de deveres, atribuições ou competências que impeliriam o omissor a atuar de forma distinta da sua inação.

*“Por ilegalidade pode-se compreender a ação ou a omissão contrária a dispositivos de lei, de natureza criminal ou não, levadas a efeito tanto por particulares quanto por representantes do Estado, a exemplo, no primeiro caso, de sonegação ou elisão fiscal do devedor tributário, ou, no segundo caso, de contratação de empresa terceirizada, para a prestação de serviços sem o necessário certame licitatório, sua dispensa ou declaração de inexigibilidade. A omissão de poder diz respeito à oposição ao dever de agir regente do Estado enquanto executor do bem social, a exemplo da não realização de obras de saneamento básico em locais carentes e atingidos por problemas graves de saúde pública.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pg. 225, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

Quanto ao último conceito fático englobado no enquadramento, de abuso de poder, doutrinariamente, é considerado um gênero de condutas ilegítimas do administrador que se subdivide nas espécies excesso de poder, quando o ato extrapola as atribuições legais e competências do agente, e desvio de finalidade (ou desvio de poder), quando o ato está de acordo com as atribuições legais e competências do agente, mas é praticado com finalidade distinta da previsão legal ou do interesse público, seja para atender interesse particular ou mesmo outro interesse público diverso. Esclareça-se ainda que um determinado ato, além de se enquadrar nas genéricas e abrangentes definições doutrinárias acima como ato de abuso de poder, pode ainda também se capitular nas definições positivadas como ato de abuso de autoridade se, especificamente, se amoldar a alguma das hipóteses elencadas nos arts. 3º e 4º da Lei nº 4.898, de 09/12/65, conforme descrito em **3.2.1** (de forma que abuso de autoridade é um subconjunto dos abusos de poder, mais precisamente daqueles que foram positivados).

*“Tanto o excesso de poder como o desvio de poder podem configurar crime de abuso de autoridade, quando o agente público incidir numa das infrações previstas na Lei nº 4.898, de 9-12-65, alterada pela Lei nº 6.657, de 5-6-79, hipótese em que ficará sujeito à responsabilidade administrativa e à penal, podendo ainda responder civilmente, se de seu ato resultarem danos patrimoniais.”, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Direito Administrativo”, pg.*

228, Editora Atlas, 19ª edição, 2006

*“O abuso de poder ou abuso de autoridade corresponde ao excesso nas ações para a persecução do interesse público ou nas ações ou omissões tendentes a desviar desse interesse. Compreende, com isso, o excesso de poder e o desvio de poder ou desvio de finalidade, e suas condutas civil e criminalmente ilícitas estão tipificadas na Lei de Abuso de Autoridade, Lei 4.898/65. No Primeiro caso, a Administração vai além do disposto na regra de competência, adentrando situações não discriminadas em lei, ao passo que no segundo caso, desvio de poder, a Administração direciona suas condutas para fins distintos dos estipulados como de interesse público. À vista desses elementos, diferentemente do dever de comunicação de irregularidades do inciso VI e XII, o dever de representação, por força de sua redação típica que coloca em voga, nas expressões “omissão de poder” e “abuso de poder”, condutas passíveis de realização somente por agentes públicos, reporta-se estritamente à seara do setor público. Todavia, para a “ilegalidade” o dever vem a alcançar tanto o público quanto o privado, devendo o servidor representar diante de infrações à lei, praticadas por agente públicos ou por terceiros, particulares. Com efeito, nesse último caso, as ilegalidades não se prendem somente à seara do público, devendo o servidor também representar quando se deparar com ações ilegais cometidas por particulares e que, de forma direta ou indireta, venham a afetar a prestação do serviço público. Citamos o exemplo do fiscal sanitário que, no exercício de suas funções, depara-se com construção irregular de imóvel que contraria gravemente o plano de desenvolvimento municipal e provoca danos ao meio ambiente, o que atrai a imposição estatutária de dar conhecimento às autoridades competentes, para o embargo da obra e a iniciativa das ações cíveis e, sendo o caso, criminais cabíveis.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pg. 226, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

Assim, com viés mais específico que aquele enquadramento no inciso VI do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, quando o servidor tem ciência, em razão de seu múnus público, de ato funcional de autoridade eivado de alguma daquelas três espécies de crítica acima descritas, recai sobre o agente o dever funcional de representar, na sua via hierárquica, a partir do seu chefe imediato.

Na forma como oficialmente publicado, o parágrafo único do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, impropriamente assegura a ampla defesa ao “representando”; subentende-se que o correto seria ao “representado”.

Além das similitudes e diferenças acerca da materialidade deste inciso em face do inciso VI do mesmo art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, reporta-se aqui ao tópico **4.7.2.6**, para se aproveitarem, na íntegra, todos os arrazoados já lá apresentados acerca da possibilidade de o presente enquadramento abarcar tanto atitudes culposas quanto dolosas do servidor que não cumpre seu dever de representar; de tal dever se restringir ao conhecimento de fatos que o servidor venha a ter em virtude do cargo que ocupa e exclusivamente sobre atos cometidos pela autoridade representada enquanto esta também se encontra na condição de agente público, afastando-se, sob ambas óticas, os contextos das vidas exclusivamente privadas.

Também repercutem igualmente aqui os entendimentos de que o dever funcional se estende às demais autoridades da linha hierárquica, e não apenas sobre o agente que primeiramente tem ciência de ato ilegal, omissivo ou abusivo, incidindo sobre qualquer um a quem seja encaminhada a representação e que obstrua o conhecimento por parte da autoridade correccional. Igualmente, a rigor, não se tem suprido o dever em tela se a representação é ofertada fora da via hierárquica ou apenas a órgãos externos, ressaltando-se, no entanto, as hipóteses de suspeita sobre autoridades hierarquicamente superiores e a justificada representação dirigida apenas ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU).

Também repercutem aqui a presunção de representação formulada com boa-fé e a ausência de previsão legal para persecução contra o representante, aplicando-se igualmente o comando protetório do art. 126-A da Lei nº 8.112, de 1990.

Todos estes temas acima encontram-se devidamente desenvolvidos no tópico **4.7.2.6**, enquanto os requisitos básicos validade de uma representação se encontram descritos em **2.4.1**, a cujas leituras se remete, a fim de se evitar desnecessárias repetições.

Em razão das definições já apresentadas em **2.5.3.4**, este ilícito tem natureza permanente, pois, embora a ilicitude já se consuma desde o primeiro momento em que o servidor tem ciência da suposta ilegalidade, omissão ou abuso de poder e se omite no dever de representar, a conduta antijurídica de afronta se prolonga no tempo até que o infrator resolva cumprir o dever legal.

### **4.7.3 - Afronta às Proibições do Art. 117**

O art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, elenca as proibições impostas aos servidores.

A afronta aos incisos I a VIII e XIX acarreta pena de advertência ou de suspensão (a parte final do art. 129 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, possibilita a aplicação de suspensão mesmo não havendo reincidência). Algumas destas proibições, quando se encerram em si mesmas e não são mero instrumento de infração mais grave, podem ter natureza apenas culposa (cometida por negligência, imprudência ou imperícia), enquanto outras podem ser dolosamente violadas. Destaque-se que, ainda assim, nenhuma delas, por si só, mesmo em reincidência, implica em proposta de pena capital (demissão, destituição de cargo em comissão ou cassação de aposentadoria ou de disponibilidade).

Já os incisos IX a XVI discriminam atos de natureza dolosa que acarretam pena expulsiva (com exceção do inciso XV, que é a única hipótese de ato culposos punível com pena máxima). Residualmente, a afronta aos incisos XVII e XVIII implica pena de suspensão.

É de se ressaltar que, à luz do atual ordenamento constitucional (leia-se art. 5º, LV da CF), não se admite nenhuma hipótese de configuração de qualquer destes ilícitos e a consequente apenação sem a instauração do devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, por mais imediato, notório ou faticamente simplório que possa parecer algum enquadramento. Neste sentido, para qualquer inciso deste artigo, aproveitam-se os argumentos expostos em **4.10.2.4.5**, em que se defende o rito legal para hipótese do art. 130, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Seguem abaixo os enquadramentos do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com algumas observações cabíveis mais relevantes.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 117. Ao servidor é proibido:*

*I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;*

*II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;*

*III - recusar fé a documentos públicos;*

*IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;*

*V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;*

*VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado;*

*VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;*

*VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;*

*IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;*

*X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008)*

*XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;*

*XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;*

*XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;*

*XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;*

*XV - proceder de forma desidiosa;*

*XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;*

*XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;*

*XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho.*

*XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos: (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)*

*I - participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; e (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)*

*II - gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses. (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)*

#### **4.7.3.1 - Inciso I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato**

Em acréscimo ao dever insculpido no art. 116, X do Estatuto, em **4.7.2.10** (ser assíduo e pontual ao serviço), tem-se a proibição de se ausentar no meio do expediente de forma desautorizada. Ou seja, o servidor não só deve ser assíduo (comparecer regularmente nos dias de expediente) e pontual (observar os horários demarcados de entrada e de saída), bem como ainda deve efetivamente permanecer no local de trabalho durante todo o horário de expediente, sendo-lhe vedadas as saídas abusivas e imotivadas no curso do dia, ainda que retorne antes do fim do expediente.

Aplicam-se a esta proibição as regras enumeradas no inciso X do art. 116 do Estatuto, acerca da obrigatoriedade de o superior hierárquico cortar o ponto na falta de justificativa plausível e da possibilidade ainda da repercussão disciplinar; da possibilidade de ele autorizar compensação mediante justificativa aceitável e do amparo no Decreto nº 1.590, de 10/08/95, para ele abonar a ausência decorrente de interesse do serviço.

Destaque-se que o dispositivo não mede nem a relevância e nem a urgência do motivo imprevisto que leva o servidor a se ausentar; daí, tais circunstâncias, mesmo se existentes, a rigor, em tese, não afastam o enquadramento. A Lei exige que, em qualquer caso, o servidor comunique a seu chefe imediato a necessidade de se retirar de seu local de trabalho, seja por saída antecipada, seja por chegada em atraso, sem prejuízo da posterior compensação de horário. Por bom senso, é aceitável que qualquer indivíduo, nos dias atuais, em vida urbana, tenha eventual necessidade, imprevista, de se ausentar. Não é este tipo de evento que a Lei visa a proibir; a tutela que se quer é de respeito à hierarquia e ao bom funcionamento da

máquina pública, mediante o aviso ao superior, a fim de que este, se, a seu exclusivo critério, entender pertinente o motivo e autorizar a saída, uma vez avisado, tenha como propiciar alternativa à continuidade do serviço.

Para que se cogite de enquadrar no presente art. 117, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, o servidor que se ausenta desautorizadamente, mas assina o ponto com oito horas trabalhadas, é necessário que haja no autos outras provas que superem a folha de ponto ideologicamente falsa. Obviamente, se restar como única prova a folha de ponto integralmente preenchida pelo servidor e assinada pela chefia, a responsabilização não se sustentará.

A leitura atenta deste enquadramento, cuja ação é o verbo “ausentar”, permite interpretar como possível sua aplicação para um ato isolado e eventual de ausência não autorizada, não sendo necessário se ter conduta de habitualidade, nos termos já dispostos em **2.5.3.4**.

Assim, compreende-se que as faltas de um dia inteiro e as chegadas em atraso ou saídas antecipadas podem ser enquadradas, em tese, no art. 116, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (ser assíduo e pontual ao serviço, conforme se definiu em **4.7.2.10**), quando se tem um caráter habitual da conduta de pequena afronta, nos termos já dispostos em **2.5.3.4**. Não obstante, as chegadas em atraso ou saídas antecipadas também podem ser enquadrados no presente art. 117, I da mesma Lei, em que o parâmetro em análise é a autorização, contemplando um efeito mais pontual, de um único ato ter sido desrespeitoso à hierarquia e à continuidade dos trabalhos.

Mas, em todos estes casos, de enquadramento no art. 116, X e no art. 117, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, muito fronteiros com aspectos de gerência administrativa de pessoal (que, em primeiro momento, nem sempre se confundem com repercussão disciplinar), não se deve afastar de aspectos de razoabilidade e bom senso, para não vulgarizar o instrumento do processo administrativo disciplinar. Se, por um lado, é difícil definir uma quantificação para estes enquadramentos, por outro, é certo que, muito teoricamente, em tese, poderia se cogitar de responsabilização até por ato único, dependendo do grau de prejuízo trazido, do desrespeito à hierarquia, etc.

*“A proibição de ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato prescreve que o servidor, uma vez tendo ingressado no ambiente de exercício de suas funções e para o seu desempenho, estará impedido de se retirar da repartição, para tratar de interesses particulares, ou mesmo para o trato de situações de interesse do serviço público, sem a necessária autorização do chefe imediato. Todavia, muito comum se interpretar equivocadamente esse dispositivo como um dever de o chefe imediato impedir a retirada da repartição do servidor público a ele subordinado. No entanto, não deve haver o cerceamento do direito de ir e vir, mas tão somente a submissão da conduta sem autorização às sanções disciplinares. Se acaso o agente público manifestar a vontade de se retirar das dependências da repartição, não poderá ser impedido pelo chefe ou pelos demais servidores, ficando, porém passível de responsabilização estatutária por esse ato ... Todavia, impõe-se ao servidor público o dever de solicitar autorização para se ausentar de expediente. Essa anuência do chefe imediato pode ser escrita ou meramente verbal.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pgs. 228 e 229, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

#### **4.7.3.2 - Inciso II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição**

O inciso cuida de zelar pela manutenção do acesso dentro da própria repartição, para uso ou consulta, por parte de todo o quadro funcional e até de particulares ilegalmente

interessados, a bens (no sentido mais geral do termo, que inclui processos administrativos *lato sensu*) de interesse do serviço e de evitar acesso, fora da repartição, de terceiros estranhos ao serviço a tais bens. Conseqüentemente, o presente enquadramento também veda o uso indevido e o desvio de finalidade dos materiais públicos, disponibilizados ao servidor não para uso pessoal ou particular, mas tão somente para cumprir suas atribuições legais.

*“Impõe ao servidor público o dever de solicitação de autorização para a retirada de documentos e materiais do ambiente da repartição e desde que devidamente justificada pelo interesse público. Não há que se falar em possibilidade de lícita subtração momentânea desses materiais para o trato de interesses particulares.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pg. 232, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

A norma elenca como elemento que afasta a imputação apenas o conhecimento dado à autoridade (hierarquicamente superior ou que detém a responsabilidade ou a carga do documento ou objeto). Ou seja, a princípio, o *animus* subjetivo com que o servidor retira documento ou objeto da repartição não foi apreciado pelo legislador ao impor esta proibição. A rigor, ainda que o servidor retire, por exemplo, documentos ou processo para trabalhar em casa e os restitua, se o faz sem anuência, em que pese a boa intenção, em tese, configura o ilícito em questão. É, portanto, enquadramento a ser visto com extremo bom senso e critério razoável.

Em qualquer caso, a prévia comunicação à autoridade e sua anuência (ainda que tácita, como pode-se presumir em determinados casos específicos) afastam o caráter ilícito da retirada. Mas, por outro lado, este consentimento da autoridade somente legitima a retirada que seja de interesse do serviço; sendo a retirada motivada por interesses meramente pessoais, incorrem em irregularidade (outro enquadramento, não este em tela) não só o servidor mas também o superior que sabidamente autorizou.

Mas é de se ressaltar a exceção legal para processos fiscais relativos a tributos e contribuições e a penalidades isoladas no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil. O art. 38 da Lei nº 9.250, de 26/12/95, estabelece um mandamento específico, que não contempla a possibilidade de autorização da chefia, e que aqui deve ser tido como norma mais específica a se sobrepor à norma mais geral (o art. 117, II da Lei nº 8.112, de 11/12/90), de que os processos fiscais, como regra, não podem sair da repartição.

*Lei nº 9.250, de 26/12/95 - Art. 38. Os processos fiscais relativos a tributos e contribuições federais e a penalidades isoladas e as declarações não poderão sair dos órgãos da Secretaria da Receita Federal, salvo quando se tratar de:*

*I - encaminhamento de recursos à instância superior;*

*II - restituições de autos aos órgãos de origem;*

*III - encaminhamento de documentos para fins de processamento de dados.*

*§ 1º Nos casos a que se referem os incisos I e II deverá ficar cópia autenticada dos documentos essenciais na repartição.*

*§ 2º É facultado o fornecimento de cópia do processo ao sujeito passivo ou a seu mandatário.*

Ademais, o inciso em tela do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, somente se aplica quando a retirada se dá com intuito de posterior restituição. Se o servidor age com intenção de não devolver, o enquadramento pode ser no art. 132, X do Estatuto (dilapidação do patrimônio público); e se a intenção for destruir documento com o fim de favorecer o particular, já se pode cogitar de valimento de cargo ou até de ato de improbidade (art. 117, IX ou art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 11/12/90).

*Formulação Dasp nº 82. Infração disciplinar*

*A infração prevista no item II do art. 195 do Estatuto dos Funcionários pressupõe a intenção de restituir.*

*(Nota: O inciso II do art. 195 do antigo Estatuto proibia ao servidor retirar, sem prévia autorização da autoridade competente, qualquer documento ou*

*objeto da repartição.)*

#### **4.7.3.3 - Inciso III - recusar fé a documentos públicos**

Veja que, até prova em contrário, os documentos públicos originais gozam da presunção de legitimidade, o presente enquadramento é autoexplicativo, não comportando muita discussão. O inciso tutela a credibilidade dos documentos emitidos por órgão público, preceituado no art. 19, II da CF, preservando a relação entre entes federativos a fim de que não haja distinções quanto à validade de documentos por eles emitidos, e, indiretamente, o direito de o administrado ser atendido com presteza. A recusa, por parte do servidor, de documento público ofende não só o órgão emissor como também impõe ao pleito do administrado desnecessária procrastinação. Daí, desde que o documento público, apresentado em via original ou em certidão oficial, não contenha indícios de adulteração, falsificação ou fraude, é dever do servidor recepcioná-lo, sem impor objeção. A obrigação não se estende a documento apresentado em qualquer forma de cópia.

*“A fé pública, publica fides, é objetividade jurídica protegida pelas normas penais e, não obstante, disciplinares estatutárias, considerada a confiança que se deposita em certas pessoas, em virtude do cargo ou da função (Filangieri) ou em certas coisas, objetos materiais, tais como documentos, moeda, títulos, papéis, marcas ou sinais, nome e qualidade. Em que pese a fé pública abranger não somente os documentos, o tipo em análise refere-se delimitadamente ao dever de reconhecimento da veracidade e legitimidade destes, quais sejam: os documentos, apresentados no original, deixando de fora da proteção jurídica as pessoas detentoras de funções encargos públicos.*

*Ressalte-se que a desconfiança acerca da autenticidade, legitimidade ou veracidade do documento e sua recusa daí decorrente, obstando o exercício de direitos pelo administrado, não configuram o ilícito sob análise, posto que este, para a sua ocorrência, requer o animus de negar, com consciência e vontade, validade ao documento reconhecidamente público, válido e eficaz”. Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pgs. 234 e 235, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

#### **4.7.3.4 - Inciso IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço**

O inciso desdobra-se em dois dispositivos, de cristalina compreensão, ambos tutelando tanto o dever de respeito à hierarquia em relação à chefia quanto o dever de atender com presteza ao particular, vedando condutas contrárias aos princípios da legalidade, da eficiência e da impessoalidade.

Em sua primeira parte, o inciso veda a imposição, por parte do servidor, de exigências incabíveis ou inatendíveis, bem como a criação de embaraços e obstáculos injustificáveis e a negação imotivada que prejudiquem a regular tramitação de documentos ou de processos. Obviamente, a provocação que chega ao servidor e que é objeto de sua inação ou postergação tanto pode ser proveniente de ordem de chefia superior quanto pode ser proveniente de petição de particular.

Em sua segunda parte, o inciso veda as mesmas posturas por parte do servidor diante da determinação de superior hierárquico ou do vinculado exercício das atribuições legais de seu cargo diante de provocações recebidas de particular para que execute determinada tarefa.

Tanto em um caso quanto no outro, o enquadramento tutela o regular andamento da prestação do serviço público, vedando a injustificada inação ou postergação por parte do servidor, seja para atender ordem superior, seja para exercer as atribuições legais do cargo.

*“A tipificação impõe ao servidor público o dever de exercício de suas*

*atribuições sem retardo ou morosidades injustificadas, ou sem ações ou omissões que declinem desinteresse no andamento do feito, despautadas do interesse público. Deve, assim, dar efetiva tramitação, decidindo, motivando, emitindo despachos ou pareceres, ou confeccionando atos ou minutas de atos para análise de autoridades superiores, nos procedimentos e documentos que chegarem a seu conhecimento e para suas providências ... O núcleo da figura típica disciplinar é o verbo “opor”, que reflete as condutas de “antagonizar”, “confrontar”, “objetar”, “obstacularizar”, “obstar”, “refutar” e “divergir”. Muito embora exprima aparentemente uma ação, denota-se, na redação da norma, um sentido também de omissão, posto que se permite a oposição tanto por meio de condutas ativas, comissivas, como por meio de condutas passivas, omissivas, a exemplo de o responsável pelo andamento do procedimento o deixar parado sobre sua mesa por algumas semanas, sem qualquer manifestação formal ou justificativa.”. Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pgs. 238 e 239, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

#### **4.7.3.5 - Inciso V - promover manifestação de apreço ou despreço no recinto da repartição**

Mais do que a questão pessoal do apreço ou do despreço manifestados a favor de alguém ou contra, a tutela que aqui se quer é garantir o bom funcionamento da repartição, preservando-a como um local exclusivamente empregado para a função laborativa dos servidores e não para servir de palco de manifestações que venham a perturbar o bom andamento do serviço. Cuida-se mais da perturbação do ambiente do que da personalidade da manifestação.

Neste rumo, os fatos que perturbam o ambiente, mais do que elogios ou críticas, são posturas de coação, constrangimento ou aliciamento de qualquer espécie.

Não configura manifestação de despreço, a desfavor do representado, o fato de o representante coletar assinatura de outros servidores com o intuito de reforçar a notícia de fatos supostamente irregulares consubstanciados em representação.

*Formulação Dasp nº 2. Manifestação de despreço  
Não constitui manifestação de despreço reforçar comunicação de fatos verdadeiros com assinatura de companheiros de serviço.*

É mais um inciso a requerer bom senso e razoabilidade, ao se deparar com representação por conta de inofensivas, pequenas, rápidas e previamente agendadas manifestações elogiosas ou homenagens (como de aniversário, por exemplo), desde que não interfiram na continuidade do serviço, sobretudo de atendimento a público.

#### **4.7.3.6 - Inciso VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado**

Inciso de aplicação imediata, visto que o cargo, exclusivamente ocupado pelo servidor, é intransferível, assim como também é intransferível o exercício de suas atribuições legais. Não se permite que servidor atribua, delegue ou transfira, para terceiros, sua responsabilidade ou a de seu subordinado.

Óbvio que não incorre nesta irregularidade o servidor que, em situações de desacato ou embaraço a suas atribuições, socorre-se de auxílio de terceiros.

O inciso alcança a transferência ou a delegação, a estranho, de atribuição legal que regularmente seria do servidor ou de seu subordinado; não se enquadra neste inciso a conduta de o servidor incumbir o particular de tarefa ilícita ou criminosa.

*Formulação Dasp nº 149. Infração disciplinar**A infração prevista no art. 195, XI, do Estatuto dos Funcionários pressupõe a atribuição ao estranho, de encargo legítimo do funcionário público.**(Nota: O inciso XI do art. 195 do antigo Estatuto proíbe ao servidor cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de encargo que lhe competia ou a seus subordinados.)**“O conceito de atribuição pode ser entendido como o rol de responsabilidades e tarefas previstas em lei ou em regulamento, e a cargo do agente público, regularmente investido e em exercício, posto que essencialmente decorrentes das funções desempenhadas no cargo. O superior hierárquico administrativo, embora tenha o dever de gerir a repartição sob sua responsabilidade, não possui o condão de, mesmo a pretexto de visar ao interesse público, cometer a terceiros estranhos ao ambiente administrativo, mesmo que momentaneamente, as atribuições que seriam de sua responsabilidade ou de seus subordinados. Mesmo que se trate de servidores públicos lotados em outras unidades, repartições, órgãos ou instituições públicas, federais, estaduais ou municipais, se acaso não necessariamente lotados no órgão de exercício - salvo, por exemplo, em casos de cessão, missões legais específicas, exercício de cargo em comissão ou função de confiança, etc.- não estarão legitimados ao desempenho de funções de outros servidores locais.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pg. 243, Editora Juruá, 1ª edição, 2013***4.7.3.7 - Inciso VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político**

Inciso de entendimento imediato, proíbe o uso de ameaça e de força ou de constrangimento, velados ou ostensivos, por parte de autoridade ou superior hierárquico, com o fim de forçar a filiação à entidade. Verifica-se que o enquadramento não se volta ao servidor comum, mas àquele que possui subordinados, ou seja, àquele que detém poder de mando. O enquadramento em tela exemplifica a intolerância com que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, trata o uso indevido do cargo.

Conforme já se aduziu em **4.6.3**, a despeito de a regra geral da Lei nº 8.112, de 11/12/90, considerar o elemento subjetivo das irregularidades de índole dolosa satisfeito com a vontade genérica de o servidor cometer a conduta objetivamente descrita na literalidade do enquadramento sem ter uma finalidade específica em sua ação (bastando que o autor se mova pelo ânimo que a doutrina classifica de dolo genérico), tem aqui um enquadramento em que a sua própria literalidade impõe a configuração de ânimo subjetivo específico, qual seja, de o agente ter a intenção determinada, ao constranger ou aliciar subordinados, de que estes se filiem a associação profissional ou sindical ou a partido político (exigindo-se que autor se mova pelo ânimo que a doutrina classifica de dolo específico). Se a coação ou o aliciamento desejar atingir outro fim, não é de se cogitar deste enquadramento regido pelo dolo específico.

Destaque-se que, como o enquadramento tem como ações verbais “coagir ou aliciar”, o que se presume certo grau de pressão sob o subordinado, o mero convite à filiação não é considerado coação.

Obviamente, não compete à Administração tutelar o direito de associação e as livres manifestações de pensamento e de convicção política de seu servidor em sua vida privada, dissociadas do serviço. Tais atividades não se encontram atingidas pela presente proibição.

Não obstante, o enquadramento em tela incide sobre condutas cometidas por autoridade ou superior hierárquico, tanto no pleno exercício do cargo quanto a ele associado, de forma que se vedam a coação ou o aliciamento mesmo em vida privada se em tais condutas o agente utiliza de seu poder de hierarquia.

#### **4.7.3.8 - Inciso VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil**

Este enquadramento específico da Lei nº 8.112, de 11/12/90, restringe sua proibição à manutenção de servidor preenchendo cargo em comissão ou exercendo função de confiança sob direta subordinação de seu cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau. Conforme já exposto em **3.2.4.2.1**, os cargos em comissão são de livre nomeação (como, por exemplo, para os integrantes do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS) e as funções em confiança, também chamadas de funções de direção, chefia e assessoramento, são de livre designação (como, por exemplo, para os ocupantes de funções gratificadas - FG).

Esclareça-se que a afirmação, no parágrafo acima, de que a proibição estatutária recai sobre a manutenção da nomeação ou sobre a manutenção da designação de “servidor”, deve ser compreendida já após a ocupação do cargo em comissão ou da função de confiança, o que não se confunde com afirmar que o agente nomeado para cargo em comissão ou designado para função de confiança necessariamente já fosse servidor. À vista do exposto em **3.2.4.2.1**, lembre-se que, enquanto as funções de confiança, por definição constitucional (art. 37, V da CF), obrigatoriamente são ocupadas apenas por servidores detentores de cargo efetivo, os cargos em comissão podem ser ocupados tanto por servidores detentores de cargo efetivo quanto por pessoas sem nenhum outro vínculo com a Administração, mas que também passam a ser consideradas servidores de provimento em comissão, na acepção dos arts. 3º e 9º da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Portanto, a vedação estatutária específica recai sobre a manutenção da nomeação de qualquer pessoa, já servidor efetivo ou não, para ocupar cargo em comissão (e, no caso de pessoa que não possuía vínculo estatutário, passa a tê-lo) ou sobre a manutenção da designação de servidor efetivo para ocupar função de confiança, em ambos casos sob direta subordinação de seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau.

No silêncio da Lei, interpreta-se que a vedação se estende a parentes até segundo grau, tanto em linha reta quanto colateral, nos termos dos arts. 1.591 a 1.595 do CC. Acrescente-se, ainda da lei civil, que o parentesco resultante da adoção limita-se ao adotante e ao adotado, de forma que os parentes até segundo grau de ambos não estão alcançados pelo impedimento em tela.

Em **4.2.6** foram apresentadas as definições de graus de parentesco e a forma de contá-los, a cuja leitura se remete.

Esclarecido o alcance do grau de parentesco que, somado a cônjuge e companheiro, define a expressão que aqui se emprega como “familiares”, de imediato, atente-se que a proibição legal em tela atinge apenas a relação familiar com a chefia imediata. Não é alcançada por esta vedação estatutária a existência de relação familiar entre servidores separados por mais de um grau de hierarquia funcional, ou seja, se entre eles houver pelo menos um chefe intermediário.

Além disto, há de se ratificar mais uma limitação à aplicação do presente enquadramento da Lei nº 8.112, de 11/12/90. A apreciação se faz necessária porque a redação deste inciso pode deixar dúvida se a palavra “cargo” teria o sentido amplo (tanto de provimento efetivo quanto de provimento em comissão) ou se, em leitura conjunta com a palavra “função”, limita-se aqui ao provimento em confiança. Em outras palavras, é necessário afastar a dúvida de que o complemento nominal “de confiança”, constante da literalidade do enquadramento, não se aplica apenas à função, mas sim se aplica tanto ao cargo quanto à função. Na linha com que já se iniciou a análise do presente enquadramento, opta-se pela segunda hipótese, asseverando-se que o enquadramento em tela preocupa-se apenas com a hipótese de ambos agentes deterem cargos em comissão ou funções de confiança, não estando atingido o provimento apenas em cargo efetivo de cônjuge,

companheiro ou parente de até segundo grau.

Importante destacar que, no texto legal, a ação verbal proibida é de a autoridade superior “manter” o seu familiar com provimento em comissão ou de confiança sob sua direta subordinação. Ou seja, não é necessário para perfazer o enquadramento que a autoridade sob crítica tenha nomeado ou designado o seu familiar. Para incorrer na ilicitude, basta que mantenha esta situação de simultaneidade de provimentos em comissão ou de confiança proibida, ainda que não tenha sido quem nomeou. Deparando-se com tal situação de proibida concomitância, para afastar a ilicitude, compete a esta autoridade pedir sua exoneração ou dispensa ou exonerar ou dispensar o familiar diretamente subordinado, caso tenha competência para tal, ou provocar a exoneração ou dispensa por parte da autoridade superior competente. Se, além de manter a situação legalmente vedada, a autoridade também tiver nomeado ou designado o familiar sob direta subordinação, tal fato antecedente pode atuar, na dosimetria punitiva permitida no art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, como uma agravante, possivelmente ensejadora da aplicação de pena de suspensão, em lugar da pena originalmente prevista para a infringência da proibição do art. 117, VIII da mesma Lei, que seria de advertência.

Em razão das definições já apresentadas em **2.5.3.4**, a ilicitude em tela tem natureza permanente, pois, embora a ilicitude já se consuma desde o primeiro momento em que o servidor mantenha o cônjuge, companheiro ou o parente em relação direta de subordinação e confiança, a conduta antijurídica se prolonga no tempo até que o infrator resolva promover ou provocar a exoneração ou a dispensa daquele outro agente.

A vedação legal em tela limita-se à autoridade manter sob sua direta subordinação o seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau em cargo em comissão ou em função de confiança. Como consequência da necessária hierarquia direta, na regra geral voltada para a imensa maioria dos agentes públicos (de que se excluem hipóteses especiais, como, por exemplo, de relação familiar entre Ministro de Estado e dirigentes máximos de órgãos da Administração direta ou de entidades da Administração indireta que lhe sejam diretamente subordinados), a aplicação do presente enquadramento restringe-se a servidores lotados em mesmo órgão ou entidade, não havendo que se cogitar de afronta ao comando estatutário se cônjuges, companheiros ou parentes até segundo grau ocupam cargos em comissão ou funções de confiança em órgãos ou entidades distintas da autoridade superior.

Com isto, ainda que no âmbito restrito de um mesmo órgão ou de uma mesma entidade, não há impedimento legal, no alcance limitado do enquadramento em tela, para que o servidor, a qualquer tempo (desde a nomeação ou ao longo da vida funcional), exerça seu cargo efetivo, sem cargo em comissão ou função de confiança, diretamente subordinado a seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau. Tampouco configura a vedação em comento o fato de o servidor, a qualquer tempo (desde a nomeação ou ao longo da vida funcional), trabalhar junto a seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau, não havendo relação de chefia entre eles, tanto pelo fato de nenhum dos dois ocupar cargos em comissão ou funções de confiança ou até mesmo pelas hipóteses de ambos ocuparem cargos em comissão ou função de confiança de mesma hierarquia ou com hierarquia não direta ou ainda sem nenhuma ligação hierárquica.

Portanto, a título figurado, na acepção estrita do inciso VIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, no contexto específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil, pode um servidor exercer seu cargo efetivo, sem nenhum provimento em comissão ou de confiança, em direta subordinação ao Chefe da Divisão, da Seção, do Serviço ou do Setor que é seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau; mas já não pode este mesmo servidor ser o Chefe da Divisão, da Seção, do Serviço ou do Setor que se subordina diretamente ao Delegado, Inspetor-Chefe ou Superintendente que é seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau. Por outro lado, não afronta este enquadramento estatutário específico o fato de um servidor exercer, na mesma Divisão, Seção, Serviço ou Setor, seu cargo efetivo ao lado do

seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau, como simples colegas de trabalho, sem que ambos possuam qualquer provimento em comissão ou de confiança. Tampouco há ilegalidade em ambos terem provimentos em comissão de Chefes de distintas Divisões, Seções, Serviços ou Setores de uma mesma Delegacia ou Inspetoria ou Superintendência Regional ou ainda em ambos serem Delegados ou Inspetores-Chefes de diferentes unidades no âmbito de uma mesma Superintendência Regional. E menos ainda haveria de se cogitar de afronta ao presente enquadramento na hipótese de um servidor ser Chefe de Divisão, de Seção, de Serviço ou de Setor ou ser Delegado ou Inspetor-Chefe e seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau possuir qualquer provimento em comissão ou de confiança em outra unidade da mesma RF ou em unidade de outra RF ou em unidade do sistema correccional ou do sistema de pesquisa de investigação, em hipóteses em que nem sequer se cogita de relação hierárquica entre eles. Por fim, nem há que se mencionar este enquadramento na hipótese de um servidor ter provimento em comissão ou de confiança na Secretaria da Receita Federal do Brasil e seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau também o ter em outro órgão ou entidade.

Em síntese, verificam-se duas tutelas de reflexo constitucional no presente enquadramento legal. De imediato, busca-se vedar a previsível afronta ao princípio da impessoalidade quando as relações cotidianas de proximidade no trabalho, que deveriam se pautar apenas em confiança de natureza técnico-profissional, entre o agente comissionado subordinado e seu chefe imediato, misturam-se com vínculos familiares. E, em respeito ao princípio da moralidade administrativa, busca-se também proteger a Administração do chamado favorecimento e nepotismo, em detrimento da necessária e salutar meritocracia a nortear as decisões administrativas, mácula que pode ocorrer se a distribuição de cargos em comissão e de funções de confiança pautar-se apenas em relações familiares.

Neste rumo, o Supremo Tribunal Federal emitiu a sua Súmula Vinculante nº 13, cujo texto estende o espectro da crítica, considerando como inconstitucional a nomeação ou designação de cônjuge, companheiro ou parente até terceiro grau não só da própria autoridade nomeante mas até mesmo de qualquer servidor investido em cargo em comissão, para exercer cargo em comissão ou função de confiança, no âmbito da mesma pessoa jurídica, em qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

*STF, Enunciado da Súmula Vinculante nº 13*

*A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.*

A Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal, além de estender a crítica até o parentesco de terceiro grau tanto por linha reta quanto colateral, também a especificou no âmbito de uma mesma pessoa jurídica de qualquer dos Poderes, o que torna seu campo por demais elástico. Na sua acepção, a investidura comissionada de um servidor efetivo em um Ministério qualquer, integrante do Poder Executivo federal, por mero exemplo, submete à crítica o provimento em comissão ou de confiança de seu cônjuge, companheiro ou parente até terceiro grau em órgão ou entidade de qualquer outra Pasta ou até mesmo no âmbito do Poder Judiciário Federal, já que todo este espectro hipotético integra uma mesma pessoa jurídica, que é a União. Mas, de outro lado, esta Súmula Vinculante, ao se reportar à mesma pessoa jurídica, deixou fora de sua crítica o provimento em comissão ou de confiança em uma entidade da Administração indireta vinculada ao mesmo Ministério da autoridade nomeante, já que as entidades possuem personalidade jurídica própria. Uma outra inovação trazida a lume pela mencionada Súmula Vinculante foi a pecha de inconstitucional também à prática de

“nepotismo cruzado”, por meio da qual, para burlar o controle, autoridades de diferentes pessoas jurídicas acertam entre si a nomeação ou a designação recíprocas de familiares um do outro em seus respectivos órgãos ou entidades.

A Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal, serve apenas como um balizamento para o aprofundamento do tema referente à vedação ao nepotismo, que afinal veio ao ordenamento por meio do Decreto nº 7.203, de 04/06/10. Ademais, diferentemente do enquadramento estatutário em tela (o inciso VIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90), cujo descumprimento redundava em responsabilização disciplinar, a mencionada Súmula Vinculante não deve fazer parte de indicição de servidor estatutário.

Assim, o tema da vedação ao nepotismo sofreu regulamentação infralegal por meio do Decreto nº 7.203, de 04/06/10, visando a ajustar o seu regramento, em âmbito restrito da Administração federal, como não poderia ser diferente em ato de lavra presidencial. A regulamentação se fez necessária pois, conforme já exposto acima, por um lado, o disciplinamento no presente inciso VIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, é bastante restrito, sequer alcançando a prática em si de nomear ou designar familiares, e, no outro extremo, o nepotismo recebe crítica de inconstitucional ao mesmo tempo de forma bastante extensa e incompleta na Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal.

Primeiramente, percebe-se que o Decreto seguiu a extensão já adotada pelo Supremo Tribunal Federal, incluindo no conceito de “familiar” não só o cônjuge ou o companheiro mas também os parentes até o terceiro grau, enquanto a Lei o faz apenas até o segundo grau. Também se destaca a definição - não muito precisa e afinada com a doutrina administrativista - de que, na sua acepção, para o foco de aplicação mais comum (abstraindo-se aqui da Presidência da República e de seus órgãos próprios), o termo “órgão” engloba cada um dos Ministérios do Poder Executivo federal, incluindo as entidades de Administração indireta da respectiva Pasta (as autarquias e fundações vinculadas). Com isto, o Decreto refinou o espectro de alcance, não tão genérico e conceitual como os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade administrativa, nem tão restrito como o do enquadramento do inciso VIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e tampouco nem tão abrangente como da Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal. Como regra geral, o espectro da vedação do Decreto se restringe ao âmbito de cada Ministério.

*Decreto nº 7.203, de 04/06/10 - Art. 2º Para os fins deste Decreto considera-se:*  
*I - órgão:*

*a) a Presidência da República, compreendendo a Vice-Presidência, a Casa Civil, o Gabinete Pessoal e a Assessoria Especial;*

*b) os órgãos da Presidência da República comandados por Ministro de Estado ou autoridade equiparada; e*

*c) os Ministérios;*

*II - entidade: autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista; e*

*III - familiar: o cônjuge, o companheiro ou o parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau.*

*Parágrafo único. Para fins das vedações previstas neste Decreto, serão consideradas como incluídas no âmbito de cada órgão as autarquias e fundações a ele vinculadas.*

Superadas as comparações meramente conceituais, no cerne de sua vedação, se verifica que o texto do Decreto 7.203, de 04/06/10, em seu art. 3º, avançou na proibição em relação à Lei nº 8.112, de 11/12/90. Primeiramente, para comentar a inovação normativa, faz-se necessário destacar o foco da ação proibida. Enquanto o inciso VIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, proíbe a manutenção de familiar em provimento em comissão ou de confiança sob direta subordinação da autoridade contra a qual se dirige o comando estatutário, o Decreto veda o ato de provimento em si, voltando-se, portanto, à autoridade superior com competência para promover o provimento.

Ademais, prosseguindo na comparação com o texto legal, desdobrando-se a literalidade do art. 3º do Decreto nº 7.203, de 04/06/10, diferencia-se que o comando estende a vedação para nomeação ou designação de qualquer pessoa, para preencher cargo em comissão ou exercer função de confiança (e também para a contratação até mesmo para atender necessidade temporária excepcional de interesse público ou para estagiar, nestes dois últimos casos sem regular processo seletivo), que seja familiar do respectivo Ministro de Estado ou da máxima autoridade administrativa do órgão ou entidade ou ainda de algum ocupante de cargo em comissão ou de função de confiança neste órgão ou entidade.

*A priori*, este comando do art. 3º do Decreto 7.203, de 04/06/10, ao não expressar que se dirige apenas a pessoas sem nenhum vínculo com a Administração e ao incluir a vedação de designação para exercer função de confiança (que, constitucionalmente, somente pode ser exercida por servidores detentores de cargos efetivos), assume uma imensa abrangência proibitiva, em que se incluem estes servidores de provimento efetivo. Na primeira leitura do mencionado art. 3º, um servidor detentor de cargo efetivo não poderia ser nomeado para preencher qualquer cargo em comissão ou para exercer qualquer função de confiança no âmbito de qualquer órgão ou entidade do mesmo Ministério em que simplesmente seu cônjuge, companheiro ou parente até terceiro grau já fosse ocupante de cargo em comissão ou exercesse função de confiança, independentemente de haver entre eles grau de hierarquia ou não ou independentemente de serem ou não lotados na mesma unidade deste órgão ou entidade ou até mesmo de serem ou não lotados em órgãos ou entidades distintos da mesma Pasta.

O art. 3º do Decreto nº 7.203, de 04/06/10, também veda o emprego das táticas de ajuste de “nepotismo cruzado”, já mencionadas na Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal, de as autoridades lançarem mão de nomeações ou designações recíprocas de familiares um do outro em seus respectivos órgãos ou entidades, bem como também volta sua atenção à contratação direta, sem licitação, de pessoa jurídica dirigida por familiar do agente público detentor de cargo em comissão ou de função de confiança na área responsável pela contratação.

*Decreto nº 7.203, de 04/06/10 - Art. 3º No âmbito de cada órgão e de cada entidade, são vedadas as nomeações, contratações ou designações de familiar de Ministro de Estado, familiar da máxima autoridade administrativa correspondente ou, ainda, familiar de ocupante de cargo em comissão ou função de confiança de direção, chefia ou assessoramento, para:*

*I - cargo em comissão ou função de confiança;*

*II - atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público, salvo quando a contratação tiver sido precedida de regular processo seletivo; e*

*III - estágio, salvo se a contratação for precedida de processo seletivo que assegure o princípio da isonomia entre os concorrentes.*

*§ 1º Aplicam-se as vedações deste Decreto também quando existirem circunstâncias caracterizadoras de ajuste para burlar as restrições ao nepotismo, especialmente mediante nomeações ou designações recíprocas, envolvendo órgão ou entidade da administração pública federal.*

*§ 2º As vedações deste artigo estendem-se aos familiares do Presidente e do Vice-Presidente da República e, nesta hipótese, abrangem todo o Poder Executivo Federal.*

*§ 3º É vedada também a contratação direta, sem licitação, por órgão ou entidade da administração pública federal de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção, familiar de detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação ou de autoridade a ele hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão e de cada entidade.*

Todavia, o forte comando proibitivo do art. 3º Decreto nº 7.203, de 04/06/10, é flexibilizado com a leitura conjunta do subseqüente art. 4º da mesma norma, que excepciona a vedação acima no caso de nomeação ou de designação de servidor ocupante de cargo efetivo

para preencher cargo em comissão ou para exercer função de confiança, desde que observadas as compatibilidades do grau de escolaridade ou da atividade do cargo efetivo e a qualificação profissional para o novo encargo. Mas o parágrafo único do mesmo dispositivo repete a vedação estatutária, estabelecida no enquadramento em tela, do inciso VIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, qual seja, de que, em nenhum caso - quer dizer: seja pessoa sem vinculação com a Administração, seja servidor detentor de cargo efetivo e ainda que sejam atendidas as compatibilidades de grau de escolaridade e de atividade do cargo efetivo -, se tolera a manutenção de ocupante de cargo em comissão ou de função de confiança sob subordinação direta de agente público com quem também guarde relação familiar. Reforça-se, então, a interpretação de que o ordenamento pátrio (seja pela imposição da vedação mais abrangente no Decreto, seja pela imposição da vedação mais específica na Lei) veda o provimento sob relação de parentesco apenas em comissão ou de confiança e não no cargo efetivo.

*Decreto nº 7.203, de 04/06/10 - Art. 4º Não se incluem nas vedações deste Decreto as nomeações, designações ou contratações:*

*I - de servidores federais ocupantes de cargo de provimento efetivo, bem como de empregados federais permanentes, inclusive aposentados, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo ou emprego de origem, ou a compatibilidade da atividade que lhe seja afeta e a complexidade inerente ao cargo em comissão ou função comissionada a ocupar, além da qualificação profissional do servidor ou empregado;*

*II - de pessoa, ainda que sem vinculação funcional com a administração pública, para a ocupação de cargo em comissão de nível hierárquico mais alto que o do agente público referido no art. 3º;*

*III - realizadas anteriormente ao início do vínculo familiar entre o agente público e o nomeado, designado ou contratado, desde que não se caracterize ajuste prévio para burlar a vedação do nepotismo; ou*

*IV - de pessoa já em exercício no mesmo órgão ou entidade antes do início do vínculo familiar com o agente público, para cargo, função ou emprego de nível hierárquico igual ou mais baixo que o anteriormente ocupado.*

*Parágrafo único. Em qualquer caso, é vedada a manutenção de familiar ocupante de cargo em comissão ou função de confiança sob subordinação direta do agente público.*

Acrescente-se que os incisos II a IV do art. 4º do Decreto nº 7.203, de 04/06/10, afastam a ilicitude - e, portanto, a crítica como nepotismo - nos casos de nomeação do familiar (seja servidor efetivo ou não) para ocupar cargo em comissão hierarquicamente superior ao do agente público já lotado no mesmo órgão ou entidade, bem como em casos de nomeação, designação ou contratação realizadas antes do estabelecimento do vínculo familiar sob crítica ou ainda em casos de nomeação, designação ou contratação de agente já em exercício no mesmo órgão ou entidade antes do início do vínculo familiar sob crítica e para ocupar cargo, função ou emprego de nível hierarquicamente mais baixo que o anterior.

Importante reiterar que, enquanto a proibição do art. 117, VIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, dirige-se a qualquer autoridade que mantenha o familiar sob sua direta e pessoal subordinação e não necessariamente se aplica à autoridade com competência para promover o provimento vedado (já que não necessariamente estas autoridades se confundem), o art. 3º do Decreto nº 7.203, de 04/06/10, proíbe a nomeação, designação ou contratação de familiares de autoridades diversas dentro de um mesmo Ministério, dirigindo-se, portanto, exclusivamente à autoridade com competência para promover o provimento vedado. Nesta linha, o art. 5º do mencionado Decreto impõe o controle da prática do nepotismo aos titulares dos órgãos ou entidades, exonerando e dispensando agentes públicos em situação vedada ou requerendo tal providência da autoridade superior competente para tal.

*Decreto nº 7.203, de 04/06/10 - Art. 5º Cabe aos titulares dos órgãos e entidades da administração pública federal exonerar ou dispensar agente público em situação de nepotismo, de que tenham conhecimento, ou requerer*

*igual providência à autoridade encarregada de nomear, designar ou contratar, sob pena de responsabilidade.*

*Parágrafo único. Cabe à Controladoria-Geral da União notificar os casos de nepotismo de que tomar conhecimento às autoridades competentes, sem prejuízo da responsabilidade permanente delas de zelar pelo cumprimento deste Decreto, assim como de apurar situações irregulares, de que tenham conhecimento, nos órgãos e entidades correspondentes.*

Releva aduzir e sintetizar que, no atual estágio do ordenamento, o tema em tela pode se traduzir em duas diferentes possibilidades de repercussão para um servidor federal estatutário investido da condição de autoridade por ser ocupante de cargo em comissão ou de função em confiança. Na primeira, mais específica, se mantiver sob sua subordinação direta e imediata, sem degraus intermediários de hierarquia, seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau, infringe a proibição estatuída no art. 117, VIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e pode ser apenado no mínimo com advertência por este enquadramento. Na segunda, se incorrer em qualquer outra vedação estabelecida no art. 3º do Decreto nº 7.203, de 04/06/10, sem as excludentes que o art. 4º do mesmo Decreto permite, incorre em responsabilização disciplinar por inobservar a norma regulamentar, enquadrável no art. 116, III da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e também pode ser apenado no mínimo com advertência por este enquadramento.

No caso específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil, cujo corpo funcional se restringe a servidores detentores de cargo efetivo, mesmo com as inovações trazidas ao ordenamento pelo Decreto nº 7.203, de 04/06/10, continuam válidas as exemplificações de ausência de ilegalidade já expressadas linhas acima, quando se apreciou apenas o comando estatutário, de que pode um servidor exercer seu cargo efetivo, sem nenhum provimento em comissão ou de confiança, em direta subordinação ao Chefe da Divisão, da Seção, do Serviço ou do Setor que é seu cônjuge, companheiro ou parente até terceiro grau. Também não há ilegalidade no fato de um servidor exercer, na mesma Divisão, Seção, Serviço ou Setor, seu cargo efetivo ao lado do seu cônjuge, companheiro ou parente até terceiro grau, como simples colegas de trabalho, sem que ambos possuam qualquer provimento em comissão ou de confiança. E, graças ao comando permissivo de seu art. 4º, satisfeitas as condições de grau de escolaridade e de atividade técnica do cargo efetivo com o cargo em comissão ou com a função de confiança a ser preenchido ou exercida, tampouco há ilegalidade em ambos terem provimentos em comissão de Chefes de distintas Divisões, Seções, Serviços ou Setores de uma mesma Delegacia ou Inspeção ou Superintendência Regional ou ainda em ambos serem Delegados ou Inspectores-Chefes de diferentes unidades no âmbito de uma mesma Superintendência Regional. E menos ainda haveria de se cogitar de afronta ao Decreto em tela na hipótese de um servidor ser Chefe de Divisão, de Seção, de Serviço, ou de Setor ou ser Delegado ou Inspetor-Chefe e seu cônjuge, companheiro ou parente até terceiro grau possuir qualquer provimento em comissão ou de confiança em outra unidade da mesma RF ou em unidade de outra RF ou em unidade do sistema correcional ou do sistema de pesquisa de investigação, em hipóteses em que nem sequer se cogita de relação hierárquica entre eles. Por fim, nem há que se mencionar a vedação do Decreto na hipótese de o servidor ter um provimento em comissão ou de confiança na Secretaria da Receita Federal do Brasil e seu cônjuge, companheiro ou parente até terceiro grau também o ter em outro órgão ou entidade do mesmo Ministério da Fazenda e muito menos em outro Ministério.

Em hipóteses adversas, ainda no caso específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil, se uma autoridade mantiver seu cônjuge, companheiro ou parente até segundo grau sob direta subordinação ocupando cargo em comissão ou função de confiança (independentemente de tê-lo nomeado ou designado), incide no enquadramento estatutário específico do inciso VIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. E se uma autoridade nomear ou designar servidor detentor de cargo específico e que seja cônjuge, companheiro ou parente até terceiro grau do Ministro de Estado da Fazenda, do Secretário da Receita Federal do Brasil ou de qualquer autoridade interna detentora de cargo em comissão ou de função de

confiança, para preencher cargo em comissão ou para exercer função de confiança, sem atender ao critério da compatibilidade de grau de escolaridade ou da atividade do cargo efetivo com o provimento em comissão ou de confiança, também incide em responsabilização disciplinar, com a liminar diferença de ser enquadrada no inciso III do art. 116 da mesma Lei, por inobservância da norma regulamentar estabelecida no art. 3º, I do Decreto nº 7.203, de 04/06/10.

#### **4.7.3.9 - Inciso IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública**

Se, por um lado, para o pleno desempenho das atribuições legais do seu cargo, o agente público é investido de poderes e prerrogativas, por outro lado, em razão da função de interesse público que executa, sobre ele imperam comprometimentos especialíssimos de conduta, não só de ordem legal mas também moral (atente-se que esta função sempre é voltada ao interesse público, tais como controle, arrecadação, gestão, planejamento, polícia, judicatura, assistência social, dentre tantas). Tem-se, então a configuração do ilícito em tela (aqui sinteticamente substantivado como valimento de cargo) quando justamente este agente público, em lugar de exercer a tutela para a qual foi investido no cargo público e que exatamente é o que dele a sociedade espera e requer, ele, de forma intencional, consciente, dolosa, privilegia o interesse particular e se utiliza das prerrogativas de seu cargo ou até mesmo de sua condição de servidor em benefício próprio ou de outra pessoa, em detrimento do interesse público tutelado.

Daí, o servidor vale-se do seu cargo, ao servir-se de suas próprias prerrogativas, deturpando-as e agindo em detrimento da dignidade da função pública, seja para auferir proveito para si mesmo, seja para propiciar proveito a outrem (ainda que seja sem uma contrapartida a seu favor). Repise-se: o ato irregular somente acontece porque ali está o agente público com poder para legalmente realizá-lo ou inibi-lo e, no entanto, este servidor, de forma ilegal, o realiza ou não inibe sua realização, seja por ação ou omissão. E tem-se que o proveito irregular depende inafastavelmente do cargo (ou ainda de sua condição de servidor), pois única e tão somente o servidor, detentor de prerrogativas a serem exercidas em sintonia com o interesse público, é que pode propiciar o ato (comissivo ou omissivo); o outro não tem este poder. Daí, no presente enquadramento, não se cogita de o servidor ser ludibriado; não há valimento de cargo culposo, mas apenas doloso.

Importante destacar que, doutrinariamente, o ilícito em comento passa pelo cometimento de algo sabidamente irregular, diferenciando-se da fatispécie de o servidor receber algum tipo de vantagem ou retribuição para fazer o que é legal e correto, mas beneficiando de alguma forma o particular (por exemplo, agilizando a prestação do serviço público), hipótese que encontra enquadramento no inciso XII do mesmo art. 117 da Lei.

*O cerne da questão tipológica prende-se ainda ao elemento normativo “proveito”, caracterizado como vantagem de qualquer espécie, não necessariamente patrimonial, que se refira a ganho, a benefício, a lucro, ilegais e não extensíveis aos particulares, a pretexto de o seu destinatário ostentar o status de servidor público. Distingue-se da propina, do presente ou da comissão uma vez que estas vantagens específicas constituem-se em elemento da infração prevista no art. 117, XII, da Lei 8.112/90, e reportam-se a benefícios auferidos em decorrência do efetivo exercício do cargo público, como espécie de gratificações não institucionais, paralelas às remunerações e subsídios, e assim, também indevidas. Com efeito, se o proveito pessoal privado advém de vantagem recebida em razão de manejo ilícito das atribuições do cargo ou da simples ostentação da qualidade de servidor público, a tipificação ocorrerá no art. 117, IX, ao passo que, se o proveito pessoal indevido for proveniente da percepção de gratificação não institucional, como retribuição pelo suposto desempenho das atribuições do cargo, a tipificação ocorrerá no art. 117,*

XII.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pg. 261, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/7.

*Nota Técnica Coger nº 2005/7: “Ementa: A existência do elemento subjetivo do dolo é imprescindível à caracterização das infrações relativas a valimento de cargo (inciso IX, art. 117) e improbidade administrativa (inciso IV, art. 132), ambas dispostas na Lei nº 8.112, de 1990, cuja penalidade prevista é a demissão e corresponde a ato vinculado.”*

De se esclarecer que, a princípio, a própria literalidade do enquadramento reporta-se, de forma imediata, à hipótese de o servidor manipular ilegal e dolosamente as atribuições legais do seu cargo para lograr benefícios indevidos para si ou para outrem. Mas não se deve perder de vista a possibilidade mais abrangente deste enquadramento ao abarcar hipótese talvez até de maior grau de repulsa quando o servidor atua de forma dolosa para lograr proveitos pessoais próprios a favor de outrem valendo-se mais do que de seu cargo em si, mas sim de sua própria condição de servidor. Aqui cogita-se de servidor cometer o fato ilícito produzindo ou deixando de produzir atos que a rigor não estão nas atribuições legais específicas de seu cargo, mas assim agindo tão somente em razão de acessos, conhecimentos ou possibilidades de quaisquer naturezas que lhe são propiciadas pelo fato de ser agente público. A despeito das atribuições legais do cargo que o infrator ocupa, não se tolera a conduta em que o servidor vale-se não especificamente “de seu cargo”, mas sim do fato de ocupar “um cargo” e da sua condição de servidor, hipótese em que a mácula moral à instituição pode ser até mais danosa, pois, neste caso, possivelmente o infrator busca associar seu nome e sua atuação ao órgão, simulando atribuições que de fato sequer possui, a fim de obter a vantagem pretendida diante de terceiros. O entendimento acima exposto já foi referendado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, *verbis*:

*Parecer PGFN/PGA nº 1.027/2004: “27. No que diz respeito à letra “e” do item 8, supra (enquadramento no inciso IX do art. 117 da lei de regência), o que restou comprovado nos autos é que o servidor confeccionou o ofício e falsificou a assinatura de seu chefe imediato para obter benefício indevido, o que já configura a imputação do valimento ilícito do cargo público.*

*28. É lógico que tal conduta só foi possível porque aproveitou-se de sua condição de servidor em exercício na repartição, seja por utilizar os recursos/equipamentos à sua disposição, seja por falsificar documento público para obter vantagem que sabia não ter direito.”*

*“A conduta praticada pelo infrator tanto pode ser inerente às suas atribuições legais, caracterizando desvio de função, quanto o servidor pode se valer da sua posição de agente público e, simulando deter competência, praticar ato contrário ao interesse público.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 290, 2013, disponível em [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual_PAD.pdf), acesso em 07/08/13*

Conforme já se aduziu em **4.6.3**, a despeito de a regra geral da Lei nº 8.112, de 11/12/90, considerar o elemento subjetivo das irregularidades de índole dolosa satisfeito com a vontade genérica de o servidor cometer a conduta objetivamente descrita na literalidade do enquadramento sem ter uma finalidade específica em sua ação (bastando que o autor se mova pelo ânimo que a doutrina classifica de dolo genérico), tem-se aqui um enquadramento em que a sua própria literalidade impõe a configuração de ânimo subjetivo específico, qual seja, de o agente ter a intenção determinada, ao utilizar-se das atribuições legais de seu cargo, de fazê-lo para lograr alguma forma de proveito, para ele próprio ou para outrem (exigindo-se que autor se mova pelo ânimo que a doutrina classifica de dolo específico). Conforme se mencionou em **4.6.2.1**, tratando-se de infração eivada de dolo específico, não se coaduna com a lógica cogitar de sua configuração mediante conduta demarcada por dolo indireto. Se nesta

hipótese indireta de ânimo subjetivo tem-se a conduta do agente delimitada pela indiferença em relação ao resultado delituoso dela decorrente, seria irrazoável cogitar de que uma infração cujo enquadramento requer do servidor a intenção de alcançar determinado fim específico pudesse se configurar em ação em que ele se demonstra indiferente a este mesmo fim que o próprio deseja. Se o emprego indevido das atribuições legais do cargo for movido por ânimo subjetivo genérico, não é de se cogitar deste enquadramento regido pelo dolo específico.

*Orientação Coger nº 51*

*O ilícito disciplinar de valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem requer a comprovação nos autos, ao menos indiciária, de que o agente moveu-se por dolo específico, não se coadunando com condutas marcadas por dolo genérico ou por dolo indireto eventual ou alternativo.*

Além do emprego indevido das atribuições legais específicas do cargo que ocupa, o presente enquadramento pode abarcar tanto aqueles atos simples, corriqueiros e cotidianos (o que não impede que sejam dolosos e graves) ao alcance de qualquer servidor e que, por serem inerentes de forma indistinta a todo o quadro funcional do órgão, sequer se enumeram nas atribuições legais dos cargos, quanto também alcança atos especificamente produzidos por um servidor em desvio de função (quando um servidor comete ato das atribuições legais de outro cargo diferente do seu, seja de maior ou de menor grau de complexidade ou de responsabilidade, e também independentemente de este desvio decorrer de mero arbítrio seu para perpetrar o ilícito ou de ser do conhecimento de sua chefia), conforme já se abordou em **3.1**, ao se defender a aplicação do art. 148, da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e, em consequência, do processo administrativo disciplinar para atos cometidos sob esta espécie de desvio.

A precedência da administração fazendária e da administração aduaneira restringe-se aos momentos em que o servidor está efetivamente exercendo seu cargo, não havendo amparo legal para o emprego deturpado da prerrogativa, em benefício pessoal daquela pessoa, apenas pelo fato de ser servidor do Fisco.

*CF - Art. 37.*

*XVIII - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;*

*Regulamento Aduaneiro - Art. 17. Nas áreas de portos, aeroportos, pontos de fronteira e recintos alfandegados, bem assim em outras áreas nas quais se autorize carga e descarga de mercadorias, ou embarque e desembarque de passageiros, procedentes do exterior ou a ele destinados, a administração aduaneira tem precedência sobre as demais que ali exerçam suas atribuições.*

Dentre os ilícitos causadores de pena expulsiva, este é um dos mais comumente configurados. A sua aplicabilidade deve ser creditada ao fato de que, na redação deste inciso, andou bem o legislador ao prover um caráter alternativo, ao invés de cumulativo. Destaque-se a conjunção “ou”: basta que se comprove o benefício ilegítimo auferido ou que se tentou auferir, por uma das partes (o próprio servidor ou outrem, que, em regra, é um particular, mas sem impedimento de ser outro servidor).

Tanto pode o servidor agir de forma a propiciar, com o exercício indigno de seu cargo, direto benefício próprio, como pode usar de seu cargo para propiciar benefício a outrem, em que se poderia presumir (a contrapartida não é pré-requisito para a configuração) o benefício pessoal indireto. Neste segundo caso, para a configuração deste ilícito, basta que se comprove a concessão dolosa de proveito ao particular, por parte do servidor, sendo desnecessário comprovar o proveito pessoal ou a mera intenção de se aproveitar. Acrescente-se ainda que o proveito, pessoal ou de outrem, pode ser de qualquer natureza, não necessariamente financeiro ou material.

Assim, se por um lado nem sempre se revela tarefa fácil para a comissão conseguir

lograr a comprovação do proveito do servidor, por vezes não é muito difícil comprovar que o outro obteve proveito indevido, na forma de um deferimento, concessão, etc.

Esta razoável facilidade decorre de que, à vista do princípio da legalidade, sempre haverá algum tipo de normatização a regular determinada atividade pública. Assim, ao se deparar com a conduta funcional contrária a esta norma, propiciando vantagem indevida a alguém, pode-se ter, muito sinteticamente, dois caminhos: havendo nos autos elementos formadores da convicção de que aquela atitude incorreta foi tomada intencional e conscientemente pelo servidor, tem-se a princípio configurado o valimento de cargo; se há elementos que indicam que a conduta contrária à lei decorreu de negligência ou imperícia (culpa, em essência), talvez possa se cogitar de inobservância de norma, prevista no art. 116, III do Estatuto (descrito em **4.7.2.3**), punível com penas de advertência ou no máximo de suspensão. Daí, tem-se, em sentido bastante genérico, que a inobservância de norma é o enquadramento mais comum das infrações leves e culposas enquanto o valimento do cargo é a infração mais comum das infrações graves e dolosas.

Trazendo à tona a classificação apresentada em **4.6.1.2**, o valimento de cargo é ilícito formal ou de consumação antecipada, ou seja, se configura apenas com a conduta recriminável do servidor, antes da concretização do resultado naturalístico delituoso e contrário ao interesse público ou mesmo que ele nem sequer venha a se concretizar, seja a favor de si mesmo, seja a favor de terceiro.

*Formulação Dasp nº 18. Proveito pessoal  
A infração prevista no art. 195, IV, do Estatuto dos Funcionários, é de natureza formal e, conseqüentemente, se configura ainda na hipótese de o proveito pessoal ilícito não ter sido conseguido.*

*(Nota: O inciso IV do art. 195 do antigo Estatuto proibia ao servidor valer-se do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função.)*

*STJ, Mandado de Segurança nº 15.841: “Ementa: 5. O prejuízo ao erário é evidente e ficou comprovado. No entanto, na jurisprudência do STJ, ‘o ilícito administrativo de valer-se do cargo para obter para si vantagem pessoal em detrimento da dignidade da função pública, nos termos do art. 117, IX da Lei 8.112/90 é de natureza formal, de sorte que é desinfluyente, para sua configuração, que os valores tenham sido posteriormente restituídos aos cofres públicos após a indicição do impetrante; a norma penaliza o desvio de conduta do agente, o que independe dos resultados’ (MS 14.621/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 30.6.2010).”*

*“Trata-se de transgressão de índole formal, o que significa que ela se configura mesmo quando o insinuado ou exigido proveito pessoal ilícito não chegue a se concretizar.” José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pg. 385, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

Por fim, este enquadramento disciplinar também pode configurar simultaneamente ato de improbidade administrativa, à vista de vários incisos dos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, como, por exemplo, destacadamente, o inciso VIII do art. 9º.

E, mais especificamente, pode ocorrer situações concretas *a priori* enquadráveis no enquadramento em tela mas que também se amoldem aos comandos mais específicos do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, voltados de forma mais direcionada, reservada e extrema a condutas suscitadoras de conflito de interesses. Estes casos, de grande gravidade, conforme já se aduzirá em **4.7.3.18.6**, podem atrair a aplicação do enquadramento de improbidade administrativa (por ofensa a princípios reitores da Administração, conforme define o *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92), sendo a pena expulsiva capitulada no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

#### **4.7.3.10 - Inciso X - participar de gerência ou administração de sociedade privada,**

**personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário**

Como forma de coibir o desvio de comprometimento e de dedicação e de evitar que o fato de ser investido em cargo público propicie benefícios indevidos ao servidor ou à sociedade de que ele participe ou à atividade que ele pratique e tendo em vista também a existência de uma área de incompatibilidade entre a função pública e a iniciativa privada e o caráter cada vez mais restritivo com que devem ser compreendidas as liberdades de atuação particular do agente público em face da indisponibilidade do interesse público, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, veda o exercício de algumas atividades empresariais. Compreenda-se que esta expressão é introdutoriamente aqui empregada apenas por sua figurada concisão, reconhecendo-se a imprecisão técnica de fazê-lo, já que a vedação legal vai além da formal configuração empresária, abarcando tanto a gerência e a administração de sociedades privadas quanto o exercício do comércio, conforme a redação dada pela Lei nº 11.784, de 22/09/08.

Todavia, ao tempo de sua edição, a própria Lei nº 8.112, de 11/12/90, não definiu o que é “empresa”, “sociedade” e “comércio”, e originalmente remeteu a compreensão do seu dispositivo ao regramento então vigente, qual seja, dos antigos Códigos Civil e Comercial (dos quais se extraíam as definições para aqueles termos).

Mantida até os dias atuais sua estrutura incompleta, o inciso em comento é um dispositivo incriminador em branco (extrai-se da doutrina penal que norma penal em branco - ao contrário da norma penal completa ou perfeita, que define o delito de forma precisa e determinada, com todas as características de sua estrutura normativa, e dispensa qualquer complemento para sua correta compreensão - é a norma que, embora comine sanção, possui o preceito incompleto ou indeterminado, dependente de complementação, expressa ou tácita, em outro normativo de nível igual ou inferior, para agregar-lhe o significado e o conteúdo exatos) e, como tal, a exata compreensão do seu conteúdo sempre deve ser harmonizada, compatibilizada e atualizada com texto vigente da norma que o complementa.

Neste rumo, se demonstra relevante lembrar que o atual CC, ao adotar no ordenamento pátrio a chamada teoria da empresa, operou uma mudança, do enfoque objetivo (da prática de atos no exercício do comércio e na condução das sociedades mercantis ou civis, respectivamente então regulados pelos Direitos Comercial ou Civil) para o enfoque subjetivo (da qualificação da condição de empresário, ora regulada de forma unificada pelo Direito de Empresa, de instância civil). Assim, não mais vigoram aquela dicotomia entre as duas áreas do Direito privado (entre as instâncias civil e comercial) e as conceituações de ato de comércio e de comerciante, tendo sido harmonizados os respectivos institutos em uma única codificação, o que se fará repercutir nas análises da participação empresarial tanto societária quanto individual por parte do servidor.

Isto porque as definições legais que complementam o dispositivo punitivo em branco em tela devem ser extraídos do texto ora vigente da lei civil e é exclusivamente neste contexto que o aplicador do Direito deve interpretar o art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e não no antigo regramento, uma vez ser juridicamente incabível aplicar a complementação àquela espécie de dispositivo com base em norma já revogada.

*Orientação Coger nº 24*

*A complementação do dispositivo incriminador estabelecido no art. 117, X, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro, deve-se basear no regramento do atual Código Civil.*

Destaque-se ainda que, embora a redação do art. 117, X da Lei nº 8112, de 11/12/90, tenha sido alterada já após a inovação da lei civil (inclusive com o acréscimo de um parágrafo único ao mencionado artigo), o legislador manteve a atecnia de sua redação original, sobretudo na imprecisa sequência de seus elementos, conforme adiante se abordará.

Antes disto, para a devida compreensão do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90,

também se faz necessário dividi-lo em duas partes e assim buscar a sua exposição: a primeira, que trata da proibição ao servidor de atuar em sociedade como gerente ou administrador; e, posteriormente, a segunda, que trata da proibição do servidor individualmente exercer o comércio. Para ambas as partes, em virtude da literalidade estatutária empregar conceitos da lei civil, se fará necessário adentrar em dispositivos desta esfera normativa.

#### **4.7.3.10.1 - Gerência ou Administração de Sociedades Privadas**

Para iniciar a análise da primeira parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, deve-se demarcar que aqui se trata de vedação estatutária apenas à atuação empresarial do servidor em sociedade, não se cogitando, por ora, de sua atuação empresarial individual (vedação que consta da segunda parte do dispositivo legal).

Não obstante, uma vez que a lei civil, diferentemente e de forma mais coerente que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, em primeiro lugar define a atuação empresarial individual para daí estender o conceito para esta atividade em sociedade, aqui se fará necessário iniciar a pesquisa no CC nos termos em que se define a atividade individual.

O empresário é definido na lei civil, como pessoa física, individualmente, como aquele que exerce, de forma profissional e organizada, uma atividade econômica, sob sua iniciativa e risco, voltada à produção ou à circulação de bens ou de serviços. Neste conceito legal, por profissional se subentende a existência de habitualidade, reiteração ou permanência; por organizada se subentende a existência de estrutura e de recursos operacionais e logísticos para o manejo articulado de todos os fatores de produção (capital, mão de obra, insumos e tecnologia); por econômica se subentende a busca do lucro a ser partilhado entre os integrantes; por produção ou circulação de bens ou serviços se subentende qualquer atividade exercida no mercado; e, com a conjugação destes quatro fatores, se afastam do conceito legal aquelas atividades esporádicas ou de mero desfrute bem como atividades realizadas pessoalmente pelo profissional autônomo. Doutrinariamente, daí se extrai o conceito abstrato de empresa, não definido em lei, no sentido de exercício da atividade produtiva, organizado e dinamizado pelo empresário. Por expressa vontade legal, exclui-se do conceito de empresário quem exerce profissão intelectual (de natureza científica, literária ou artística), a menos que a existente estrutura empresarial absorva a intelectualidade daquele ofício marcado por pessoalidade, fazendo dela apenas um componente da produção.

*CC - Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*

*Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.*

*Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.*

Partindo desta compreensão inicial, em seguida, buscam-se, na lei civil, as conceituações para a expressão estatutária “sociedade privada, personificada ou não”.

Iniciando a interpretação da primeira parte do dispositivo legal, tem-se que a lei civil define sociedade como o conjunto de pessoas que celebram um contrato, escrito ou verbal, para o exercício de alguma atividade econômica (que, inclusive, pode ser, de acordo com seu objeto social, de finalidade comercial ou mercantil de venda de produtos ou de serviços), em que se obrigam a contribuir com bens ou serviços e a partilhar, entre si, dos resultados e lucros. Da definição legal, se infere que a participação em sociedades envolve uma atividade que não é exercida em nome do próprio agente individualmente falando, mas sim da pessoa jurídica como um todo, da qual ele é apenas um dos sócios, e que busca o lucro e o ganho econômico.

*CC - Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício da atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.*

Relembre-se que, em contraposição ao conceito concreto de pessoa física, associado ao indivíduo natural, o conceito abstrato e fictício de pessoa jurídica do art. 40 do CC traz consigo a ideia de entidade ou coletividade, constituída de pessoas e de bens, na forma legalmente prevista e à qual a lei concede personalidade própria, distinta da dos indivíduos que a compõem, que se traduz em ter uma existência jurídica independente de seus integrantes, no sentido de poder exercer direitos e contrair obrigações, destinada à consecução de fins comuns. Ademais, em função dos interesses e objetivos que visa a atingir ou atender, o conceito de pessoa jurídica desdobra-se em pessoas jurídicas de direito público (subdividas ainda em função, da nacionalidade, em internas, tais como União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, autarquias e fundações públicas de direito público; ou externas, tais como as estrangeiras), e no foco de presente interesse, de direito privado, conforme define o art. 44 do CC.

*CC - Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.*

*Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:*

*I - a União;*

*II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;*

*III - os Municípios;*

*IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 06/04/05)*

*V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.*

*Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.*

*Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.*

E, por expressa diferenciação estabelecida no mencionado art. 44 do CC, cabe deixar claro que a aplicação do dispositivo punitivo em branco encartado no art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não atinge as espécies de pessoas jurídicas de direito privado constituídas como associações, fundações, organizações religiosas, partidos políticos e empresas individuais.

*CC - Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:*

*I - as associações;*

*II - as sociedades;*

*III - as fundações;*

*IV - as organizações religiosas;*

*V - os partidos políticos;*

*VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 11/07/11)*

Neste rumo, destacadamente, vale reiterar - por ser fonte comum de incerteza e dúvida - que, a *contrario sensu* da definição de sociedade, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não veda ao servidor participar de associações e de fundações (obviamente sem prejuízo do cumprimento da jornada de trabalho e dos demais deveres funcionais), uma vez que, respectivamente, a lei civil define as primeiras como união de pessoas que se organizam para objetivos não econômicos e delimita os objetivos das segundas a fins religiosos, morais, culturais ou assistenciais - ou seja, em ambas as espécies, embora também pessoas jurídicas de direito privado, diferentemente da sociedade, não se tem o fim econômico de buscar a partilha de lucros.

*CC - Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos.*

*Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.*

*Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.*

Na mesma esteira de ausência de materialidade, convém também desde já expor outra situação fora do alcance da vedação estatutária em comento, qual seja, a atuação de servidor como síndico de condomínio de imóveis residenciais ou mesmo comerciais. De imediato, se verifica da mera literalidade do art. 981 do CC que o instituto jurídico do condomínio de imóveis (condomínio edilício, conforme chama a lei civil) não se inclui na definição de sociedade privada, formada para a prática de atividade econômica com busca de resultado (ainda que o condomínio seja de imóveis comerciais, a administração em si do condomínio não é atividade organizada com fim lucrativo). Além disto, ultrapassando a definição de sociedade privada extraída do Direito de Empresa, ao tratar da administração deste tipo de condomínio, versando sobre propriedade no campo do Direito das Coisas, o CC, em seu art. 1.348, estabelece as competências do síndico. Da lista de nove incisos, verifica-se que, em geral, a simples atuação de um servidor como administrador do condomínio e os necessários atos de gestão (tais como assinaturas de contratos, aquisições de insumos e materiais, contratações e dispensas de empregados, etc), além de não comporem a literalidade do enquadramento, não afrontam os bens jurídicos que o inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, visa a proteger - independentemente de auferir remuneração ou não e/ou de ser dispensado ou não do pagamento da contribuição condominial.

No entanto, é de se ressaltar a competência que a lei civil confere ao síndico no inciso II do art. 1.348 do CC, qual seja de representar o condomínio em juízo ou administrativamente, para a defesa dos interesses comuns. Deve apenas o servidor se resguardar de atuar em nome do condomínio junto a órgãos e entidades públicos, pois há aí o risco potencial de incorrer em outras proibições estatutárias, quais sejam, de praticar atividade materialmente incompatível com as atribuições de seu cargo ou de atuar como procurador ou intermediário junto a repartições públicas, nos termos vedados nos incisos XVIII e XI do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ou até mesmo, em abrangência mais elástica e mais gravosa, no inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, que proíbe que o servidor atue em nome de interesses privados em órgãos ou entidades de qualquer Poder de todos os entes federados, com claro destaque para a atuação como representante do condomínio diante de órgãos fazendários, previdenciários ou de seguridade social (RFB, PGFN, INSS), para tratar de questões tributárias e previdenciárias.

*CC - Art. 1.348. Compete ao síndico:*

*II - representar, ativa e passivamente, o condomínio, praticando, em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns;*

Neste sentido, cabe ao conjunto de condôminos ou ao próprio servidor que figure como síndico do condomínio de imóveis se valer das possibilidades respectivamente facultadas pelos §§ 1º ou 2º do mesmo art. 1.348 do CC, que permitem à assembleia investir em outra pessoa o poder de representar o condomínio ou ao síndico de transferir total ou parcialmente tal poder a outrem. Tomada esta cautela no que tange ao poder de representar e desde que também se atente para não prejudicar o cumprimento da jornada de trabalho ou de demais deveres funcionais, o exercício da atividade de síndico condominial por servidor não enseja enquadramento nem neste inciso X em tela, nem no inciso XI e tampouco no inciso XVIII, todos do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e, antecipe-se, também não configura nenhuma das hipóteses materiais de conflito de interesses (nem mesmo de incompatibilidade), listadas no art. 5º da Lei nº 12.813, 16/05/13, e que serão detalhadas em **4.7.3.18.6**.

*CC - Art. 1.348.*

*§ 1º Poderá a assembléia investir outra pessoa, em lugar do síndico, em poderes de representação.*

*§ 2º O síndico pode transferir a outrem, total ou parcialmente, os poderes de representação ou as funções administrativas, mediante aprovação da assembléia, salvo disposição em contrário da convenção.*

Relembre-se, conforme já destacado, que o atual CC, ao ter uniformizado institutos do Direito privado, não só implantou um único regramento para a atividade empresária individual como também fê-lo repercutir na eliminação da antiga diferenciação entre sociedade civil e sociedade comercial (ou mercantil). Com isto, a lei civil sintetizou que, atualmente, a relevante distinção entre as sociedades não mais reside na identificação se a busca de seus lucros se dava ou não por meio do que, de forma complexa, se definia como atos de comércio, mas sim na objetiva diferenciação da natureza de suas atividades (ou seja, nos seus objetos sociais), discernindo se a sociedade é de natureza empresária ou não, conforme adiante se exporá.

Prosseguindo na compreensão da primeira parte do dispositivo legal, ainda de acordo com a lei civil, a sociedade (que não se confunde com o conceito abstrato de empresa, já exposto como o exercício organizado da atividade produtiva), se for constituída nos termos legais, pode adquirir as qualidades de pessoa jurídica e de ser capaz de direitos e de obrigações e, dependendo da forma de constituição, os sócios podem gozar da distinção de seu patrimônio pessoal dos compromissos da sociedade. Assim, a sociedade é dita personificada quando se estabelece formalmente e adquire personalidade jurídica, com a inscrição em registro e arquivamento de seus atos constitutivos.

*CC - Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.*

*Parágrafo único. Decai em três anos o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.*

*Art. 46. O registro declarará:*

*I - a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver;*

*II - o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores;*

*III - o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;*

*IV - se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e de que modo;*

*V - se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais;*

*VI - as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso.*

Dentre as sociedades personificadas (que possuem seus atos registrados), em função do objeto de sua atividade, em extensão ao conceito apresentado em seu próprio art. 966 (para a atuação individual), o CC define duas grandes espécies de sociedades.

- Primeiramente, o CC define como sociedades empresárias as sociedades personificadas que têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário, ou seja, aquelas sociedades personificadas que congregam o exercício profissional (habitual ou permanente, não esporádico) e, destacadamente, a organização (existência de estrutura material, logística e pessoal, contratada pelos sócios, para o manejo dos fatores de produção - capital, insumos, mão de obra e tecnologia), para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, em atividades econômicas (que visam ao lucro a ser partilhado entre os sócios). Estas sociedades, assim como o empresário individual, devem se

inscrever e ter seus atos constitutivos arquivados em Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais.

- E, residualmente, o CC denomina de sociedades simples todas as demais sociedades personificadas. Nelas se incluem, por expressa previsão da lei, as sociedades cooperativas (arts. 1.093 a 1.096 do CC) e, a *contrario sensu* da definição de empresário, as sociedades que, apesar da prática econômica (busca do lucro a ser distribuído entre os sócios), produzem profissionalmente seus bens ou serviços sem a organização e a estrutura empresarial dos fatores de produção, caracterizando-se pelo direto emprego da força de trabalho ou do esforço criador dos próprios sócios na atividade-fim, vez que esta, em geral, se circunscreve em ofício requeredor de específica capacitação intelectual (tais como de natureza científica, literária ou artística), sendo habitualmente integradas por pessoas que exercem aqueles tipos de ofícios (profissões liberais, em geral). As sociedades simples se caracterizam, primeiramente, por serem integradas por profissionais detentores de um conhecimento intelectual e, ademais, de forma ainda mais específica, por integrar seu objeto social justamente a exploração desta atividade intelectual por seus próprios sócios. Classificam-se como sociedades simples mesmo as sociedades que contam com auxílio de empregados, a menos que a estrutura absorva a intelectualidade do ofício por parte dos sócios, quando passa a ser sociedade empresária (quando aquela atividade intelectual liberal, ainda que preponderante, passa a ser apenas um componente de uma organização maior). Estas sociedades gozam de requisitos menos rigorosos em sua escrituração contábil e devem ser inscritas e ter seus atos constitutivos arquivados em Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Percebe-se então que, do estrito conceito legal de empresário do art. 966 do CC, como a pessoa física que individualmente toma a iniciativa de exercer atividade empresária (configurando-se em empresário individual), advém o conceito de sociedade empresária para a pessoa jurídica que exerce profissionalmente a atividade econômica e organizada que também se amolda ao conceito de atividade empresária, em contraponto à sociedade simples, que, embora também pratique atividade econômica na busca do lucro, não o faz de forma organizada (já que nem toda atividade econômica é empresarial).

*CC - Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).*

*Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.*

*Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.*

*Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.*

De se perceber, ainda, que, além da divisão entre empresárias ou simples em função da natureza da sociedade, a lei civil prevê para as sociedades personificadas seis diferentes formas constitutivas, em duas formas de subscrição e de integralização do capital social: simples (art. 997 a 1.038 do CC), em nome coletivo (arts. 1.039 a 1.044 do CC), comandita simples (arts. 1.045 a 1.051 do CC) e limitada (arts. 1.052 a 1.087 do CC), com capital dividido em quotas; e anônima (arts. 1.088 e 1.089 do CC, sendo regulada pela Lei nº 6.404, de 15/12/76, a chamada Lei das Sociedades Anônimas) e comandita por ações (arts. 1.090 a 1.092 do CC), com capital dividido em ações. Releva, então, que há dois enfoques com que se pode mencionar a sociedade simples: *lato sensu* (art. 982 do CC), como diferencial da natureza empresária, ou *stricto sensu* (arts. 997 a 1.038 do CC), como uma das seis formas constitutivas possíveis, sendo certo que uma sociedade de objeto intelectual (simples, em

sentido lato) pode se constituir na forma simples (em sentido estrito) ou nas quatro demais formas (exceto de sociedade anônima), enquanto uma sociedade de natureza empresária pode se organizar nas cinco formas constitutivas que não a forma simples em sentido estrito. Dentre outras peculiaridades, estas seis diferentes constituições refletem distintas formas de responsabilização dos sócios, em seus patrimônios pessoais, em caso de dívidas da sociedade, merecendo destaque, para fim estatutário, as sociedades em que há sócios com responsabilidade limitada ao seu respectivo aporte de capital (seja em quotas, seja em ações) que integralizem, como é o caso da limitada, das comanditas e da anônima, daí advindo a vantagem de os sócios de uma sociedade simples optarem por tipos constitutivos que limitem suas responsabilidades, uma vez que, na forma constitutiva simples, estas podem ser ilimitadas.

*CC - Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias.*

*Parágrafo único. Ressalvam-se as disposições concernentes à sociedade em conta de participação e à cooperativa, bem como as constantes de leis especiais que, para o exercício de certas atividades, imponham a constituição da sociedade segundo determinado tipo.*

Complementarmente, o CC define como sociedade não personificada aquela que, embora constituída de fato, não tem inscritos em registro seus atos constitutivos e, conseqüentemente, rege-se por contrato ou acordo, escrito ou mesmo apenas verbal, que tem validade somente entre seus sócios, não tendo força para terceiros. Estas sociedades não possuem personalidade jurídica e não são capazes de direitos e de obrigações e suas dívidas podem atingir ilimitadamente o patrimônio dos sócios. Dentre as sociedades não personificadas, a lei civil:

- define, em regra, como sociedades em comum (arts. 986 a 990 do CC, também conhecidas como sociedades de fato ou sociedades irregulares) as sociedades que, apesar de não possuírem registro, exploram qualquer atividade econômica;
- e denomina especificamente de sociedades em conta de participação (arts. 991 a 996 do CC, também conhecidas como sociedades ocultas ou em confiança) aquelas em que apenas um sócio (chamado de ostensivo ou aparente) atua na atividade-fim, agindo individualmente, participando os demais (chamados de participantes ou ocultos ou de investimento) apenas do aporte de recursos e do resultado.

*CC - Subtítulo I: Da Sociedade Não Personificada - Capítulo I: Da Sociedade em Comum - Art. 986. Enquanto não inscritos os atos constitutivos, rege-se a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples.*

*Art. 991. Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes.*

Portanto, indistintamente das peculiaridades das definições da lei civil, todos os tipos de sociedades acima listados, personificados ou não, e empresária ou não, estão alcançados pelo mandamento da primeira parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (com exceção das sociedades simples de cooperativas, conforme aduzirá, à luz do inciso I do parágrafo único deste dispositivo legal).

*Orientação Coger nº 25*

*A interpretação da vedação de o servidor participar de gerência ou administração de sociedade privada deve ser feita à luz do art. 981 do Código Civil, abrangendo todas as sociedades, empresárias ou simples, mas excluindo*

*as associações e as fundações.*

Definido então o que sejam sociedades, avançando na análise literal desta primeira parte do mandamento restritivo, verifica-se que o dispositivo legal não veda qualquer participação societária do servidor, mas sim apenas nas condições de gerente ou de administrador. Assim, faz-se necessário definir e diferenciar os termos legais “gerência” e “administração”. O administrador pode ser um sócio ou não e figura como um órgão da sociedade, nomeado no contrato social ou no estatuto social em outro ato, com amplos poderes administrativos, para acompanhar e supervisionar a execução dos serviços e negócios, responsabilizando-se pelo próprio destino da sociedade. O gerente não é um órgão da sociedade, mas sim apenas um empregado, contratado pelos sócios ou pelo administrador, com competências de direção, de comando e de controle sobre todos os bens e empregados da sociedade, de compra de insumos, de contratação e de dispensa de empregados e de assinatura de contratos.

Daí se verifica que o texto legal centra a vedação ao servidor na ocupação de posição de mando, seja como sócio, seja como contratado, para a realização de atos de administração, de gestão, de controle e de gerência, em qualquer tipo de sociedade acima descrito, tanto no que diz respeito a seus bens materiais ou mão de obra, quanto a seus serviços, independentemente de seu aspecto formal de estar inscrita em registro ou não (personificada empresária ou simples - e independentemente da forma constitutiva -, não personificada em comum ou em conta de participação). Ainda em razão da leitura direta do mandamento legal, que não prevê exceções, a vedação das atuações como administrador ou gerente se aplica de forma absoluta, independentemente do objeto social da sociedade (tenha ela fim comercial ou não); em outras palavras, prevalecem vedadas aquelas posições de mando mesmo se a sociedade atua em área totalmente diversa e sem qualquer relação, sequer indireta, com o múnus público do servidor.

Em suma, interpreta-se que, excepcionalmente à regra geral de não interferir no livre agir em sua vida privada e de respeito às garantias fundamentais (no que se inclui o direito à propriedade), o Estatuto impõe tais vedações ao servidor justamente para que, além de este poder se dedicar devidamente a seu múnus público, sem desvio de prioridades, a sociedade de que ele participa não seja favorecida nas definições de suas estratégias ou nas suas decisões, qualquer que seja seu objeto social, pelo fato de seu administrador ou gerente ser um agente público, sob pena de sanção demissiva.

Além do aspecto meramente operacional e pragmático de que a figuração como administrador ou gerente de uma sociedade consumiria tempo e dedicação que o servidor deve dirigir à sua função pública, em inevitável e intolerável incompatibilidade de jornadas, também, de certa forma, verifica-se uma segunda teleologia neste dispositivo legal, de índole preventiva. O mandamento em questão comporta a inteligência de se considerar que, sendo um agente público, capaz de deter informações de governo ou acessos estratégicos ou ainda poderes de ingerência na instância administrativa, poderia o servidor se permitir contaminar pelo conflito de interesses público e privado e carrear para sua empreitada particular vantagens em decorrência de sua especial condição funcional.

De forma sistemática como a Lei nº 8.112, de 11/12/90, enfrenta a questão de matérias incompatíveis com a função pública, aqui se tem uma tutela dinamizada pela proteção ao mero risco potencial de a tal incompatibilidade acarretar concreta afronta ao interesse público. Daí porque, ainda que se trate de sociedade cujo objeto social não guarde relação com o múnus público e mesmo que não se comprove efetivo ato em benefício da sociedade em razão da função pública do servidor que a administra ou que a gerencia, quis o legislador proteger a coisa pública de forma preventiva, inibindo o mero risco de desvios de dedicação e, sobretudo, de lealdade do agente em favor de interesses pessoais. Desta forma, o Estatuto não tolera e pune de forma grave a mera atuação de fato de servidor em posição de mando e de definição de rumos empresariais de uma sociedade, ainda que sequer se efetive qualquer tipo

de vantagem concreta a favor da sociedade em decorrência do cargo público.

Sem confundir com atribuir relevância de critério necessário ou suficiente para a configuração do presente ilícito, tem-se como um bom exemplo de possível contaminação das atividades privada e pública o fato de a sociedade administrada ou gerenciada pelo servidor manter relacionamento com a Administração, passível de ser verificado mediante levantamento junto ao Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi), de pagamentos realizados à sociedade.

Todavia, encerrando a análise literal da primeira parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, verifica-se que não há impedimento ao servidor para participação em sociedades (inclusive de fins comerciais) em que a lei civil e/ou o contrato social ou o estatuto social confere(m) ao sócio poderes, direitos e responsabilidades limitados, como é o caso, por exemplo, da qualidade de sócios “acionista, cotista ou comanditário”, pois, nestes casos, os rumos do negócio não dependem diretamente de decisões a cargo deste sócio servidor (por óbvio, em função do emprego de tais termos, aqui somente se cogita de sociedades personificadas empresariais ou personificadas simples que tenham adotado alguma forma constitutiva empresarial).

Da lei civil, define-se o acionista como aquele sócio que possui parcelas de uma sociedade cujo capital social é dividido em ações (por exemplo, nas sociedades empresárias anônima e comandita por ações), enquanto o cotista é aquele sócio que possui parcelas de capital (quotas) em sociedades assim constituídas (por exemplo, nas sociedades empresárias em nome coletivo e limitada e, em geral, nas sociedades simples); e o comanditário é uma espécie de sócio cotista (especificamente da sociedade empresária em comandita simples).

Dentre todas as espécies societárias mencionadas, por mera necessidade de esgotamento conceitual, no início deste tópico e mesmo no parágrafo acima, algumas perdem importância no aprofundamento do tema por estarem em desuso na prática, merecendo detalhamento, em razão de sua maior aplicabilidade concreta, as formas constitutivas limitada, anônima e simples.

Antes, mencione-se a classificação doutrinária entre sociedades de pessoas ou de capitais, em função da maior ou menor relevância que assumam no negócio o que se denomina *affectio societatis*, conceito compreendido como a vontade de união e de cooperação, a aceitação de cláusulas comuns e a participação e a colaboração ativas dos sócios no objeto a ser realizado, com o fim comum do lucro. Por óbvio, qualquer forma de sociedade entre pessoas conjuga necessários e indispensáveis elementos pessoais e de capital, em maior ou menor grau, dependendo das peculiaridades do negócio. A sociedade se classifica como de pessoas quando há predominância dos elementos pessoais e quando a vinculação entre os sócios baseia-se na relação mútua e recíproca de confiança (a *intuitu persona*), de forma que, por exemplo, uma alteração no quadro societário depende de aprovação dos demais sócios, a ser registrada no contrato social, podendo a saída de um sócio acarretar até a dissolução ou a inviabilidade da sociedade. Por outro lado, a sociedade é classificada como de capital se o caráter pessoal é secundário e se em sua constituição prevalece o impessoalismo do capital, de forma que um sócio entre ou saia independentemente de prévio conhecimento ou de consentimento dos demais, apenas adquirindo ou alienando sua forma de participação, e sem alterar o ato constitutivo da sociedade.

*“As sociedades podem ser classificadas segundo vários critérios, tais como: (...) A estrutura econômica: sociedades ‘de pessoas’, constituídas em função da qualidade pessoal dos sócios (...), que são: as sociedades em nome coletivo, sociedades em comandita simples (...), sociedades em conta de participação, sociedades limitadas, e sociedades ‘de capitais’, constituídas tendo em atenção preponderantemente o capital social (sociedade anônima e sociedade em comandita por ações).”, Rubens Requião, “Curso de Direito Comercial”, 1º volume, pg. 374, Editora Saraiva, 26ª edição, 2006*

Dito isto e iniciando-se a descrição dos tipos constitutivos de efetivo interesse prático sob a ótica disciplinar, tem-se que a sociedade limitada, cujo capital social é dividido em quotas, é a forma mais comum de se constituírem sociedades, sobretudo para investimentos de pequeno ou de médio porte, pois os sócios (cotistas), após a total integralização dos capitais que subscreveram em contrato, não têm seus patrimônios pessoais atingidos por dívidas da sociedade. Esta sociedade, de acordo com seu contrato social, pode ter como administrador um sócio ou alguém estranho ao quadro social, contratado para tal fim. A doutrina, majoritariamente, entende que a sociedade limitada insere-se na classificação de sociedade de pessoas (embora, em situações concretas, possa o contrato social adotar cláusulas que mitiguem a *intuitu persona*). Acrescente-se ainda que, por força do art. 983 do CC, pode uma sociedade simples (no sentido lato, não empresária) constituir-se não como tal, mas sim da forma de uma sociedade limitada.

Quanto à sociedade anônima, cujo capital é dividido em pequenas e iguais frações ideais, denominadas ações, embora não haja impedimento legal para sua constituição para investimentos de pequeno ou médio porte e com poucos sócios, em geral, em virtude da pesada estrutura que se requer, destina-se a grandes empreendimentos e, em decorrência, para fazer frente à necessidade de recursos, pulveriza a subscrição e a integralização do capital social em inúmeros sócios. Neste rumo, diferentemente da sociedade limitada, refletindo sua própria denominação, a sociedade anônima privilegia o capital, não se importando com aspectos pessoais, tais como qualidades e talentos dos acionistas e, por força da lei civil, sempre é de natureza empresária (art. 982 do CC).

Aqui, importa mencionar que as ações das sociedades anônimas podem ser preferenciais (títulos ligados mais fortemente à remuneração, como aplicação financeira, do que a controle societário em favor do acionista e que, à vista da vantagem pecuniária de, em geral, conceder a seu portador prioridade no recebimento da parte que lhe cabe da distribuição de lucros, sob forma de dividendos, normalmente, não dão direito a voto) ou ordinárias (títulos ligados mais fortemente ao controle societário do que à remuneração, como aplicação financeira, em favor do acionista, que, à vista de assegurarem direito a voto, importam na distribuição de lucros, em forma de dividendos, somente após o pagamento aos portadores das ações preferenciais). Neste rumo, aproveita-se para informar também que as sociedades anônimas dividem-se em de capital aberto e de capital fechado. As sociedades abertas, mediante autorização da Comissão de Valores Mobiliários, podem negociar suas ações (em geral, as ações preferenciais, mas também ações ordinárias), com oferta pública em mercado aberto, tanto por meio de corretoras de valores em bolsa de valores quanto por instituições financeiras no mercado de balcão, admitindo a pulverização da sua propriedade; já as sociedades fechadas, comumente de origem familiar e com capital social menos pulverizado, não contando com permissão daquela mencionada autarquia do Ministério da Fazenda para lançamento de suas ações para subscrição pública, apenas podem negociá-las dentro da própria sociedade ou para pessoas direta ou indiretamente ligadas aos acionistas, como forma de manter restrita a sua propriedade.

Ainda acerca das sociedades anônimas, independentemente de seus respectivos percentuais ou níveis de participação no capital social, pode-se dizer que cada um dos sócios é proprietário de parte da sociedade e, indistintamente, todos são denominados de acionistas; porém, no que diz respeito à possibilidade de controle da sociedade, decorrente da propriedade de ações com direito a voto, há as espécies de acionistas minoritários e majoritários (que podem ou não se confundir com os controladores), de forma que, no âmbito de uma grande sociedade anônima, um acionista minoritário tem a propriedade, mas sobre ela não exerce nenhum controle e não a administra. Em caso de dívida da sociedade, os sócios, de forma geral, têm responsabilidade limitada à integralização das ações respectivamente subscritas; todavia, os sócios controladores, que usam o poder para controlar os rumos da sociedade, e os administradores (que podem ser externos aos acionistas, contratados para tal) respondem de forma diferenciada por danos causados.

Por fim, as sociedades simples, cujo capital social é dividido em quotas, aqui conjugando tanto os sentidos lato e estrito do conceito, são aquelas que, ao mesmo tempo em que o CC atribuiu a qualidade de poder significar um padrão comum e uma normatização subsidiária para os demais tipos constituintes, também figuram, residualmente, como aquelas que exploram atividades econômicas específicas de certa forma à margem da organização dos fatores de produção que caracteriza a empresa (atividade econômica e produtiva que concentradamente se manifesta nas sociedades limitada e anônima, esta última, sobretudo, para investimentos de grande porte), podendo se dizer amoldadas para investimentos de pequeno porte. Mesmo que, conforme autorizado na lei civil, uma sociedade simples (*lato sensu*) adote o formato de um dos tipos de sociedades empresárias (com exceção da forma societária anônima, por ser vedado), não deixará de ser simples por tal motivo, visto que o que discerne tal questão é o objeto da sociedade (neste caso, permanece o arquivamento de seus atos constitutivos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, embora obedecendo às normas do Registro Público de Empresas Mercantis). Uma das vantagens de assim se proceder é que, enquanto na forma constitutiva simples os sócios podem ter seu patrimônio alcançado em caso de dívida da sociedade, adotando-se outra forma constitutiva, eles auferem a limitação de sua responsabilidade.

As sociedades simples desenvolvem atividades econômicas estritamente ligadas à conjugação de intelectualidades dos sócios e, desta forma, indubitavelmente, são sociedades de pessoas. Estas sociedades, de acordo com seus contratos sociais, podem ter como administrador um sócio ou alguém estranho ao quadro social, contratado para tal fim. Ainda a se mencionar que a sociedade personificada que tenha por objeto a atividade rural, se não dispuser de organização estruturada da produção, será simples; se dispuser, independentemente de seu porte, poderá optar em se manter como sociedade simples ou em se registrar como sociedade empresária (conforme se verá mais detidamente em **4.7.3.10.3**).

Conforme já afirmado acima, é claro que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, por meio do dispositivo em comento, não tem a intenção de proibir o direito de propriedade ao servidor. O servidor pode buscar outras formas lícitas e compatíveis de auferir rendas ou rendimentos, tais como investindo suas disponibilidades financeiras no mercado de capitais ou em empreendimentos privados, podendo até figurar como sócio majoritário de uma sociedade (inclusive de fim comercial), sem em princípio afrontar a norma; à vista especificamente deste enquadramento, o que ele não pode, em termos de participação societária, é, pessoalmente, praticar os atos de administração ou de gerência, pois, repisa-se, além de coibir os desvios de comprometimento e de dedicação, a Lei quer evitar - antes mesmo da efetiva concretização e já desde o mero risco potencial - que o servidor lance mão de seu cargo para, com a força de suas prerrogativas, beneficiar ou carrear benefício para aquelas atividades privadas.

Em razão, então, do necessário acerto com que deve ser lido este dispositivo apenador com demissão, é que, não obstante ter se apresentado a literalidade da primeira parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, afirma-se que o aplicador de qualquer norma, mais do que se debruçar sobre seus detalhes literais, deve encará-la de forma global para tentar extrair a sua inteligência sistemática. Neste rumo, deve se esclarecer que, independentemente de nuances literais, passíveis de interpretação, o que este dispositivo legal quer tutelar, em essência, além da questão de controle da prestação integral da jornada de trabalho e de dedicação ao cargo, é sobretudo evitar conflito de interesses público e privado, ou seja, coibir a possibilidade de a sociedade obter qualquer beneficiamento, vantagem ou diferenciação pelo fato de que seu administrador ou gerente é um servidor, dotado de prerrogativas. Em outras palavras, a principal inteligência da norma é evitar que, por ser servidor, o administrador ou gerente de uma sociedade atue em seu próprio favor de forma inescrupulosa.

Daí porque o mandamento da primeira parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, deve ser entendido com um certo grau restritivo e cauteloso, configurando-se apenas com a comprovação da administração ou da gerência de fato, não bastando figurar de direito no contrato social, no estatuto social ou no mero acordo entre sócios ou em qualquer

outro ato da sociedade ou ainda perante órgãos tributários. Em outras palavras, este enquadramento é precipuamente fático e não apenas de direito. Para que se cogite do enquadramento em tela, necessário que a comissão comprove nos autos a efetiva atuação do servidor como administrador ou como gerente da sociedade. Neste rumo, mencione-se, a mero título de exemplos não exaustivos, os fatos de o servidor assinar cheques, aquisição de insumos, contratos diversos (como de prestação de serviços, de manutenção, de locação de imóvel) ou convênios (como auxílios-alimentação, transporte ou saúde para empregados) ou registros profissionais de contratação, férias ou dispensa de empregados; ou firmar livros comerciais ou fiscais (Diário, Razão, Caixa, Lalur); ou figurar como responsável tributário ou em quaisquer outras instâncias extrajudiciais e judiciais.

Diante da dificuldade concreta com que em instância administrativa - seja ainda investigativa, seja já no curso do PAD - se depara para a configuração de tal ilicitude, pode se destacar, a mero título sugestivo e não exaustivo, um rol de atos instrucionais para tal fim. Por exemplo, de imediato, pode-se pesquisar em sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil o nome do responsável pela transmissão de declarações fiscais e se há recolhimentos previdenciários em favor do servidor, bem como verificar na Declaração Anual de Ajuste do servidor e na Declaração de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica ou ainda em qualquer outro documento contábil se há retirada de pró-labore em nome do servidor bem como verificar nos livros de escrituração fiscal ou comercial quem consta como responsável.

Pode-se também solicitar à respectiva Junta Comercial (ou extrair do devido sistema interno porventura disponível por convênio) cópia do contrato social. Cabe também solicitar às concessionárias de energia elétrica, água, esgoto e saneamento que informem quem é o responsável da sociedade junto à prestadora do serviço e cujo nome figura nas contas mensais. Também se demonstra relevante diligenciar e pesquisar em busca dos contratos de locação, compra e venda, ou documento equivalente do imóvel em que a sociedade funciona. Cabe solicitar à prefeitura e ao Fisco estadual a cópia da ficha cadastral, alvará ou documento equivalente, do qual conste o nome do contador e do responsável pela sociedade junto àquelas instâncias, e, ainda ao Fisco estadual, a identificação do responsável pela transmissão de declarações fiscais e pela emissão de notas fiscais.

Prosseguindo, é viável consultar nos sistemas informatizados, bem como solicitar ao Ministério do Trabalho (MT) cópia das Relações Anuais de Informações Sociais (Rais) apresentadas pela empresa, com o fim não só de ratificar o contador mas também de identificar os funcionários declarados. Uma vez identificados os contadores junto às administrações municipal e estadual e ao MT, estes podem ser objeto de intimações para remeterem o contrato de prestação de serviço mantido com a sociedade e outros documentos de fornecedores e clientes que demonstrem a atuação do servidor como gerente ou administrador. Cabe pesquisar no sítio eletrônico da Justiça do Trabalho as demandas em desfavor da sociedade, identificando os demandantes, a fim de em seguida intimá-los a apresentarem suas carteiras de trabalho para verificar quem os admitiu, demitiu, concedeu férias ou consignou qualquer registro de natureza trabalhista. Pode-se coletar manifestações escritas ou orais dos contadores, funcionários, ex-funcionários, clientes e fornecedores da sociedade para esclarecer a suposta atuação do servidor e entregarem eventuais provas que possuam (tais como cópias de cheques, de notas fiscais e de contrato). E, por fim, pode ainda se demonstrar relevante solicitar à Advocacia-Geral da União que pleiteie a quebra do sigilo bancário da sociedade com o fim de a verificar quem movimentava as contas e assina cheques.

Ademais, de se verificar da literalidade, que emprega a ação verbal “participar”, que aqui também se exige, além da efetividade da conduta fática, algum grau de habitualidade ao longo do tempo, não se configurando a prática vedada com apenas algum(ns) ato(s) isolado(s), nos termos já dispostos em **2.5.3.4**.

*Parecer PGFN/CJU/CED nº 1.237/2009: “148. É interessante notar que os verbos típicos que compõem a proibição administrativo-disciplinar,*

*“participar” e “exercer”, no âmbito penal estão normalmente identificados àquilo que a doutrina e a jurisprudência qualificam como crime habitual, o qual é caracterizado por abalizada doutrina com os seguintes contornos: (...)*

*152. No caso da proibição administrativo-disciplinar em análise - embora a imprevisível realidade social possa eventualmente demonstrar o contrário - pode-se dizer que, ao menos em regra, um ato único ou mesmo os atos dispersos e esporádicos de gestão, distribuídos ao longo de cinco anos, dificilmente atingiriam de maneira especialmente grave a regularidade do serviço e a indisponibilidade do serviço público, legitimando a aplicação da ultima ratio no âmbito administrativo.”*

*Orientação Coger nº 28*

*O enquadramento no art. 117, X, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, requer a reiteração da conduta, não se consumando com atos pontuais ou eventuais, que, se tomados isoladamente, não atingem o patamar de ilicitude, conforme a doutrina define ilícito de natureza jurídica habitual.*

*“Por outro lado, caso o servidor público conste em contrato social de ente privado, como sócio-gerente (administrador), mas na prática ele não exerce essa função de direção - não assinando cheques ou praticando atos de gestão - não haverá subsunção da conduta do servidor no respectivo ato disciplinar, em respeito ao princípio da primazia da realidade.”, Mauro Roberto Gomes de Mattos, “Lei nº 8.112/90, Interpretada e Comentada, Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União”, pg. 699, Editora América, 4ª edição, 2008*

Este entendimento acerca da necessária habitualidade para se configurar a gerência ou a administração societárias foi referendado pela manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 9, de 30 de outubro de 2015, sobre o tema.

*Enunciado CGU/CCC nº 9, de 2015: “Ilícito sócio-gerência - Atuação fática e reiterada. Para restar configurada a infração disciplinar capitulada no inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112/90, é preciso que o servidor, necessariamente, tenha atuado de fato e de forma reiterada como gerente ou administrador de sociedade privada”.*

Na mesma linha, é de se destacar que o exercício, por parte do servidor, de seus direitos como sócio (desde que nas condições permitidas pelo art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de acionistas, quotistas ou comanditários), tais como o voto em deliberações sociais e a fiscalização dos negócios, bem como eventuais providências tomadas na sociedade, não se confundem com incursão nas vedações estatutárias de administração ou de gerência.

*“Destaque-se, ainda, que os servidores públicos somente ficam fora do proibitivo disciplinar insculpido nesse inciso X do art. 116 da Lei 8.112/90 quando, na condição de acionistas, quotistas e comanditários, não se comprometam com as atividades de administração e gerência de suas respectivas empresas.*

*Esclareça-se que emergenciais, esporádicas e isoladas providências, tomadas em favor da empresa pelo servidor acionista, não caracterizam o defeso gerenciamento previsto na infração disciplinar em lide. O que pode muito bem ocorrer em pequenas firmas, onde o servidor quotista, detendo a expressiva maioria do capital social, se veja, de repente, de inopino e de forma inesperada, abandonado pelo seu sócio-gerente.*

*Agregue-se, porém, que essas excepcionais providências somente se justificam quando realizadas fora da jornada de trabalho da repartição, e desde que ocorram dentro do lapso temporal de pequena duração.” José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pg. 385, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

*(Nota: Percebe-se claramente que o autor se equivocou ao mencionar “inciso X do art. 116 da Lei 8.112/90”, pois o correto é art. 117.)*

Assim, uma pessoa que administre ou gerencie uma sociedade e que é investida em cargo público não é obrigada a encerrar as atividades societárias, desde que comprove a petição, junto ao competente órgão público de registro, para que a sociedade tenha seu contrato social alterado, e deixe efetivamente de exercer de fato a posição de mando.

Mas, ainda que o servidor não tenha cuidado de formalmente sair da posição de mando ou, se for o caso, de encerrar a sociedade, se esta nunca operou ou não opera ou na prática opera com outra pessoa como administrador ou gerente desde que o servidor foi investido no cargo público, pode-se inferir que não haverá afronta à tutela da impessoalidade se, apenas de direito e não de fato, ele figurar em alguma daquelas duas posições de mando, visto que, na prática, não se cogitará de vantagem indevida, tanto a ele mesmo quanto à sociedade.

Em contrapartida, o art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, alcança as situações em que o próprio servidor, pessoalmente, administra ou gerencia qualquer sociedade (cujo objeto social seja qualquer atividade, comercial ou não, relacionada ou não com a atividade pública), não só quando formalmente seu nome consta dos documentos constitutivos como administrador ou de demais documentos sociais como gerente mas também quando ele opera apenas de fato, mesmo que seu nome não conste dos mencionados documentos, ou seja, quando o servidor se vale de intermediário (pessoa física ou jurídica, por meio de interpostas pessoas ou de sociedades de fato), objetivando manter seus atos de administração ou de gerência na clandestinidade.

*Parecer PGFN/Cojed nº 404/2011: “34. Neste sentido, temos que a infração administrativa ora em exame pode ser classificada como sendo do tipo habitual, isto é, aquela cuja consumação somente fica caracterizada com a prática reiterada de atos administrativos/gerenciais. Em princípio não se pode afirmar com a prática de um único ato, por exemplo, que alguém exerce a administração/gerência de uma determinada sociedade empresarial, funções que por sua própria natureza exigem a atuação constante dos agentes que a exercem. Por isso, há a necessidade de que se tenha um conjunto idôneo de atos a fim de se constatar de forma segura que determinada pessoa participe da administração ou exerça a gerência de uma sociedade empresarial, principalmente se levarmos em consideração que para a infração disciplinar em questão a pena correspondente é máxima existente na seara administrativa, qual seja, a demissão. (...)*

*35. Feitas as considerações prévias e passando a averiguar o caso em concreto, temos que a mera inserção do nome de servidor público em contrato social de sociedade empresarial na condição de sócio-administrador não possibilita prima facie que concluamos pela caracterização da transgressão disciplinar contida no art. 117, inc. X, da Lei nº 8.112, de 1990. Tal situação apenas traduz um mero indício de sua ocorrência, sendo um elemento idôneo a provocar a abertura de um procedimento administrativo disciplinar. Isto porque será a situação fática envolvida que dirá se houve ou não o descumprimento da norma proibitiva em questão. Tanto é verdade que poderá haver a transgressão funcional por parte de servidor que sequer conste nos atos constitutivos de uma sociedade empresaria, desde, é claro, que se comprove que de fato exercia tais funções.”*

*“Da mesma forma, o simples fato do servidor constar do contrato do social como mero sócio cotista, acionista ou comanditário, como consta da parte final do inciso X do art. 117, não afasta por completo a possibilidade do enquadramento, em especial quando há indícios de que o servidor atua na administração ou gerência da sociedade.*

*É o caso do servidor que, não constando do quadro social, ou constando apenas como sócio, se utiliza de um sócio-gerente ou administrador meramente formal, normalmente seu parente próximo, atuando o servidor de maneira oculta como o verdadeiro gestor da sociedade. (...)*

*É necessário comprovar que o servidor, sócio ou não, gerencia os negócios, atuando diretamente na administração da sociedade. Deste modo, ainda que o*

*servidor esteja designado no contrato social como sócio-gerente ou administrador, cumpra comprovar efetivamente os atos de gerência e administração para que o servidor seja responsabilizado.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 292, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Na esteira, de acordo com definições da lei civil já apresentadas acima, havendo a prática de atos de administração ou de gerência por parte do servidor, configura-se a vedação em tela independentemente se a sociedade é personificada (ou seja, se adquiriu personalidade jurídica com a inscrição em registro dos seus atos constitutivos e, neste caso, se é empresária ou não) ou se a sociedade não é personificada (se nem sequer tem seus atos constitutivos inscritos).

Em síntese, o que o art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, quer vedar é a prática de atos de administração ou de gerência, mesmo que a sociedade não seja regular e não esteja formalmente constituída e também não se importando com a condição meramente formal que o servidor ocupa no contrato social, no estatuto social ou no mero acordo entre sócios ou em qualquer outro ato da sociedade, seja como membro, seja como contratado, ou ainda perante órgãos públicos, e independentemente ainda do objeto social da sociedade (se tem ou não relação com as atribuições legais do cargo e se é ou não de natureza comercial).

*“Deve-se entender por concreção fática a ação efetiva do servidor como gerente, administrador ou comerciante, denotando as condutas palpáveis e perceptíveis de mando e decisão, independentemente do teor do contido nos atos constitutivos da sociedade privada. Deste modo, e.g., não basta figurar como administrador ou gerente em contrato social, se, de fato, não administra ou gerencia a empresa. A contrario sensu, ainda que o agente público figura no contrato social como não administrador ou gerente, ou sequer figure formalmente nos atos constitutivos da sociedade, mas, em concreto, atue com essas qualidades, viola a norma em voga, infringindo a proibição. Prima-se pela realidade das ações, princípio da primazia da realidade.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pg. 267, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

Ainda à vista do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seu parágrafo único, inciso I, também se preservam, expressamente, as exceções de o servidor poder participar nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade simples de cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros. No primeiro caso destas exceções, obviamente, o ordenamento preserva a supremacia do interesse da Administração e, visando à boa gestão das empresas ou entidades de que participa, de forma coerente, não prevê punição para o servidor que atua em decorrência de encargo recebido da própria União. No segundo caso, trata-se de uma liberalidade do legislador em estimular a participação de servidores nas sociedades simples de cooperativas, definidas nos arts. 982 e 1.093 a 1.096 do CC, quando constituídas para prestar serviços a seus próprios membros, por entender que não há conflito com o desempenho do cargo.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 117.*

*Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos: (Incluído pela Lei nº 11.784, de 22/09/08)*

*I - participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; (Incluído pela Lei nº 11.784, de 22/09/08)*

Antecipe-se que existe ainda uma outra exceção ao mandamento restritivo do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, disciplinada no inciso II do mencionado parágrafo único do

mesmo artigo, que, por sua relevância, merecerá destaque em **4.7.3.10.4**, que é a permissão para servidor atuar como administrador ou gerente de sociedade privada no gozo de licença para tratar de interesses particulares.

Sintetizando a interpretação atualmente cabível para a primeira parte do dispositivo punitivo em branco (de gerência ou administração societária), deve-se tomar a definição de sociedade estabelecida no art. 981 do CC (como a reunião de pessoas “*que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados*”) e interpretar como vedado ao servidor, na atuação em sociedade (indistintamente se empresária ou simples), gerenciar ou administrar esta espécie de pessoa jurídica de direito privado, na qual não se incluem associações e fundações e também sem prejuízo de outras formas de mera participação societária como acionista, cotista ou comanditário.

Ainda que aqui se analise restritivamente a parte inicial do dispositivo encartado no art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, à vista da necessária percepção sistemática que o aplicador deve ter do Estatuto, merece menção uma situação que, conceitualmente, pode tangenciar o enquadramento em tela, mas que, na prática, poderá ser enquadrada no art. 117, XVIII ou no art. 132, IV, ambos da mesma Lei, como atividade incompatível com o cargo ou como improbidade administrativa, conforme se satisfaçam os critérios que serão respectivamente expostos em **4.7.3.18.7** e em **4.7.4.4.5**. Trata-se de quando o servidor participa, como sócio acionista, cotista ou comanditário, sem ocupar formalmente posição de mando (sem ser administrador ou gerente), de sociedade cuja atividade é conflitante com as atribuições legais do cargo ocupado.

Figurativamente, pode-se mencionar, como exemplos apriorísticos de situações sensíveis para servidor ocupante de qualquer cargo em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil (sejam de cargos da carreira específica, sejam de cargos meramente administrativos), as hipóteses de atuar em sociedades cujos objetos sociais sejam a advocacia de qualquer ramo de Direito, a contabilidade, o comércio exterior e a praticagem (aqui, em lista exemplificativa, não exaustiva).

O clareamento da questão em tela passa pela análise sistemática do ordenamento (com este termo compreendido em seu sentido mais abrangente, incluindo a rica base principiológica ao lado das normas positivadas), indo além da estrita legalidade. É de se compreender que o ordenamento não poderia comportar a lacuna de, por um lado, prever a demissão de servidor que comprovadamente administre ou gerencie uma sociedade em uma atividade qualquer e distante de seu múnus público e, por outro lado, não prever vedação e sanção para o servidor que participa de sociedade cujo objeto social seja frontalmente incompatível com suas atribuições públicas (e, mais destacadamente, quando se verifica que o administrador ou gerente da sociedade ou seu sócio majoritário é alguém de próxima relação com o servidor).

Ora, em tal situação hipotética específica, novamente é de se clamar pelo entendimento de que aqui não se trata apenas de proteção e sanção legais à afronta concretizada sobre um bem jurídico relevantemente tutelado (qual seja, a incolumidade do interesse público e a sua não contaminação por interesses particulares), mas também de proteção já desde o simples risco potencial de tal afronta. Neste ponto, o ordenamento (ao amparo cristalino dos comandos do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, e do art. 3º da Lei nº 12.813, de 16/05/13), em sua visão mais abrangente, não sanciona tão somente a efetiva atuação do servidor, na condição de sócio de sociedade, em atos que se demonstrem concretamente conflitantes com seu cargo, mas sanciona, além e antes daquela atuação, já o mero risco a que se expõe o interesse público somente de se ter um agente público inserido no quadro societário, mesmo não possuindo parcela majoritária (e mesmo sem figurar formalmente em posição de mando, na forma da administração ou da gerência), de uma sociedade cuja busca do lucro - e, em consequência, sua distribuição entre sócios - advém de

atividade privada desde sempre incompatível com o cargo ocupado. Não se trata de apenas punir gravemente a efetiva afronta cometida pelo servidor; antes disto, se trata de vedar, desde a mediana punição, o mero posicionamento do servidor que o possibilite de cometê-la, de potencialmente vir a pôr em conflito o inafastável interesse público com o seu interesse particular.

Portanto, por um lado, em princípio, a participação como sócio acionista, cotista ou comanditário em sociedade privada é facultada ao servidor, sofrendo apenas a respectiva administração ou gerência (qualquer que seja a área de atuação da sociedade) o enquadramento demissível na leitura direta e literal do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Por outro lado, conforme se aduzirá em **4.7.3.18.7**, a participação do servidor como sócio especificamente de sociedade cujo objeto social seja incompatível com o cargo tem enquadramento, no mínimo, no art. 117, XVIII da mesma Lei (punido com suspensão) em decorrência direta, pura e tão somente, da mera participação em si, ainda que nela não se comprove nenhum ato de má-fé com o fim de angariar benefício nesta atividade privada. Ou ainda, na hipótese mais extremada, conforme se aduzirá em **4.7.4.4.5**, tendo se comprovado qualquer atuação dolosa, por parte do servidor, de repasse ou de disponibilização de técnicas de elisão fiscal ou de evasão fiscal (entendidas como, respectivamente, condutas lícitas ou ilícitas com o fim de evitar, retardar ou modificar a ocorrência de fato gerador de obrigação tributária ou os efeitos dela decorrentes) ou ainda de informações sigilosas ou estratégicas que beneficiem aquela sociedade privada em detrimento do interesse público ou que propiciem à sociedade burlar as tutelas e os controles exercidos pela Administração, a participação societária ultrapassa a mera incompatibilidade e atinge o grau de repulsa de ato de improbidade administrativa, merecendo enquadramento demissível, por leitura sistemática, no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, podendo ser combinado com a leitura extraída do art. 9º, VIII ou do art. 11, III ou *caput*, da Lei nº 8.429, de 02/06/92, conforme a peculiaridade de cada caso.

Ora, se uma determinada atividade, quando desempenhada individualmente pelo servidor, acarretaria enquadramento no art. 117, XVIII ou no art. 132, IV, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (cabendo em um ou no outro enquadramento em função do grau de gravidade da incompatibilidade com o múnus público), é de se defender que a mesma atividade, realizada pelo servidor, como sócio de uma sociedade cujo objeto social seja aquelas mesmas atividades incompatíveis, desde que atendidas certas condicionantes, também reflita disciplinarmente de igual forma.

Acrescente-se ainda, sob amparo do que já se aduziu em **3.2.5**, que as duas repercussões disciplinares de que aqui se cogita não seriam afastadas na hipótese de o servidor se encontrar em licença para tratar de interesses particulares, visto que, não se tratando de enquadramento no art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não caberia a aplicação do inciso II do parágrafo único do citado artigo.

Obviamente, a afirmação acima, da possível repercussão disciplinar para o fato de o servidor figurar como sócio de sociedade cujo objeto seja incompatível com a atribuição pública, merece ressalva. Não se cuida de cogitar de reflexo disciplinar em decorrência de participação societária que tão somente represente um investimento ou uma aplicação financeira por parte do servidor, em que não se verifique nenhuma intenção ou sequer possibilidade de este efetivamente atuar e influir na persecução dos objetivos da sociedade, seja à vista de seu percentual de participação no capital social, seja à vista de sua representatividade pessoal dentre os demais sócios.

Assim, não se insere no alcance ora aventado da matéria disciplinar a situação comum em que um servidor figure como um simples acionista de uma grande sociedade anônima de capital aberto pelo mero fato de ter adquirido ações (destacadamente ações preferenciais, pelo mero interesse de retorno financeiro no mercado de capitais, ou ainda que sejam ações ordinárias, em quantidade que não o eleve a acionista majoritário ou controlador), em oferta

pública em mercado aberto. Aproveitando-se a conceituação doutrinária acima exposta sobre as sociedades, tendo uma sociedade anônima forte traço de sociedade de capital, que os sócios passam a compor ou deixam de integrar em absoluta impessoalidade, sem nenhum laço de *affectio societatis*, e figurando o servidor como um mero acionista minoritário, sem que haja significância em tal participação tanto em termos pessoais em relação ao quadro de sócios quanto em termos de percentual no capital social, não há que se cogitar de afronta ao bem jurídico tutelado nem pelo art. 117, XVIII, nem pelo art. 132, IV e muito menos pelo art. 117, X (já que aqui não se trata de administração ou de gerência), todos da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Aqui se cuida de situação de contornos específicos em que o *status* do servidor dentro da sociedade, à vista das peculiaridades necessárias de serem analisadas em cada caso concreto, se revela inequivocamente relevante em termos de percentuais de participação no capital social ou, ainda que tal percentual não seja relevante, em situações em que se demonstre relevante o grau de vinculação pessoal existente entre o servidor e os demais sócios, administrador e gerente (tais como em próximas relações de parentesco, de afinidade, de amizade ou de qualquer outro tipo de vinculação de *intuitu persona*).

Novamente se aproveitando da conceituação já exposta, o foco acima descrito se aproxima de sociedades limitadas ou, principalmente, de sociedades simples, alicerçadas em forte *affectio societatis*, em que a situação de destaque do sócio servidor - sobretudo por sua intelectualidade afinada com a natureza da atividade social - possa indicar sua intenção de tentar dissimular, por meio do emprego distorcido da permissão legal à participação societária, a ilícita atuação do agente público no objeto social da sociedade, objeto social este incompatível com as atribuições legais do cargo que ocupa ou com as competências do órgão em que é lotado. Em tais constituições societárias, é possível ao servidor se dissimular como mero sócio ao lado de cônjuge, filhos ou amigos próximos em empreitadas cujas atividades-fim sejam intimamente ligadas à intelectualidade e aos conhecimentos técnicos específicos e exclusivos do agente público e que não se estendem aos demais sócios (permitindo a inferência de que o objeto social somente é factível de ser executado pelo próprio servidor), podendo então aí se revelar afronta ao art. 117, XVIII ou ao art. 132, IV, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se a atividade em si, ainda que desempenhada individualmente, se enquadrasse em um ou no outro dispositivo, respectivamente, como simplesmente incompatível ou como ato de improbidade administrativa.

Embora tratando de uma hipótese não exatamente a mesma aqui sob análise, demonstra-se relevante trazer similar posicionamento doutrinário acerca da extensão da repercussão disciplinar contra servidor que se utiliza de pessoa próxima para dissimular a transgressão à proibição estatutária (no caso, a doutrina concorda com o sancionamento disciplinar para servidor que, por meio do cônjuge, afronta o bem jurídico tutelado pela proibição do exercício do comércio, sem adentrar, por óbvio, no círculo de direitos daquela terceira pessoa inalcançável pela Lei nº 8.112, de 11/12/90).

*“Nada obsta, porém, que a mulher do impedido possa exercitar a atividade mercantil. Provado, porém, que o funcionário se serve de sua mulher comerciante para obter vantagens em função de seu cargo, usando-a como testa-de-ferro, sofrerá as sanções administrativas, mas não pelo simples fato de sua mulher desempenhar atividade comercial legítima.”, Rubens Requião, “Curso de Direito Comercial”, 1º volume, pg. 102, Editora Saraiva, 26ª edição, 2006*

Assim, necessário se esclarecer que a interpretação extensiva e sistemática que ora se estabelece para se prever excepcional repercussão disciplinar para o fato de um servidor figurar como sócio (sobretudo cotista, em limites práticos) de sociedade que tenha como objeto social uma atividade incompatível com o seu múnus público não se confunde com a simples condição de acionista de sociedade anônima de capital aberto para cuja obtenção de resultados ele em nada contribui.

#### **4.7.3.10.2 - Exercício do Comércio**

Conforme já abordado, o dispositivo do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com pouca precisão redacional, prossegue, em sua segunda parte, buscando vedar a atuação empresarial individual do servidor, após ter se iniciado com a proibição atinente à participação societária.

A crítica à redação se justifica por dois motivos: primeiramente, por seu encadeamento de ideias infeliz já desde a redação original e ainda mantida e, em segundo motivo, pela não harmonização da terminologia ao novo contexto da lei civil, embora tenha sido o dispositivo alterado já após a vigência do atual CC, o que faz exigir certo esforço de interpretação para melhor compreendê-lo.

Antes de se adentrar na interpretação em si da segunda parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e respeitando a terminologia que menciona o exercício do comércio, apesar da sabida mudança de foco operada na lei civil, deve-se destacar que seu objetivo é específico para aquela atividade-fim quando exercida pessoalmente pelo servidor. Aqui, ao contrário da primeira parte do dispositivo (que veda formas de participações societárias), trata-se do servidor atuando de forma individual, fora de uma sociedade. Para esta segunda parte do dispositivo, apesar da inadequada sequência de ideias expostas, não faz sentido se cogitar de exceções à vedação por ser sócio acionista, cotista ou comanditário, pois, não se tratando de sociedade, o agente não age em nome de uma pessoa jurídica que com ele não se confunde e da qual ele seja mero integrante e sem posições de mando, mas sim age em seu próprio nome, de forma que ele tem sempre o comando da atividade (diferentemente daqueles sócios, para os quais a Lei previu exceção aplicável apenas para a primeira parte do dispositivo), e sobre ele recai a responsabilidade pessoal do exercício da atividade-fim em comento.

Dito isto, partindo da construção optada pelo legislador em primeiramente abordar formas de vedação à participação societária e depois apresentar vedação irrestrita para atuação individual, o texto legal teria sido mais claro se sua sequência primeiramente estabelecesse a vedação à administração e à gerência de sociedades, excetuando as condições de sócio acionista, cotista ou comanditário, para ao final estabelecer a vedação ao exercício do comércio. Da forma como foi redigido, desde sua redação original até sua versão atual já alterada, parece que as exceções daquelas três qualidades de sócio se aplicam, no mínimo, também ou, em pior leitura, exclusivamente a quem exerce o comércio, quando, a rigor, elas se aplicam exclusivamente ao integrante de sociedade (de objeto social comercial ou não).

A propósito, acerca de objeto de sociedade, ainda antes de se aprofundar na literalidade da segunda parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, convém esclarecer que, na primeira parte do dispositivo, mais geral e abrangente, tem-se que o sócio não atua por si próprio, individualmente, mas sim em nome da sociedade que ele integra. Daí porque, por expressa vontade da Lei, na sociedade, o agente público pode participar como sócio acionista, cotista ou comanditário, não podendo apenas atuar como administrador ou gerente, seja o objeto social de finalidade comercial ou não. E mesmo no caso específico de o objeto social ser mercantil, a vedação que recai sobre o servidor em sociedade ainda é a da primeira parte do dispositivo legal, de atuar como administrador ou gerente, de forma que se ele apenas pratica efetivamente a atividade-fim da venda, interpreta-se que ele não atua por si, mas sim pela sociedade e em nome dela, não havendo restrição legal. Ainda nesta hipótese, o exercício do comércio, por si só, praticado como integrante da sociedade e para ela, não é um ato atribuível ao agente individualmente, mas sim à pessoa jurídica, não havendo que se falar de repercussão disciplinar por se enquadrar no dispositivo em comento.

Feita esta introdução, partindo-se para a interpretação da segunda parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, depara-se com a expressão “exercer o comércio”, o que leva à

necessidade de se buscar o que seja atualmente a definição de exercício do comércio. E, para isto, novamente, da mesma forma como feito para a primeira parte acima, para o correto entendimento da segunda parte do dispositivo, necessário se faz expor a atual conceituação na lei civil.

Com a já mencionada adoção da chamada teoria da empresa no ordenamento pátrio, a definição legal de exercício do comércio que atualmente se extrai do CC transcende as definições de “comerciante” e de “ato de comércio” originalmente constantes da parte revogada do Código Comercial. Isto porque a incidência do Direito Comercial foi deslocada do comerciante e dos atos de comércio estritos para a pessoa do empresário e para a empresa, em que se agregaram tanto as atividades que já eram tidas estritamente como comerciais como aquelas que eram tidas como civis.

Antes de prosseguir nesta descrição da inovação legislativa, embora já apresentados ao se analisar a primeira parte do dispositivo legal, convém abrir um parêntese para lembrar que se compreende o empresário individual (ou simplesmente empresário, conforme define o art. 966 do CC) como aquele agente que, sob sua iniciativa e risco, de forma organizada (com o manejo articulado de todos os fatores de produção), com fins profissionais (habituais, reiterados ou permanentes) e econômicos (de busca do lucro), para produção ou circulação de bens ou de serviços (atuando no mercado); por sua vez, compreende-se por empresa o exercício desta atividade profissional econômica organizada. Assim, em outras palavras, o empresário é o titular da atividade da empresa, organizando-a, ao empregar seu capital na aquisição de bens, insumos, tecnologia e mão de obra para pôr em prática a atividade econômica (de busca do lucro), e dirigindo-a, ao controlar a execução da atividade-fim por seus empregados.

E informe-se que a lei civil, além de prever a atuação empresarial (atividade empresarial) na forma do empresário individual, também contempla a possibilidade de a pessoa física adquirir personalidade jurídica de direito privado, constituindo-se na forma de empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli), que é mais uma espécie de pessoa jurídica de direito privado e que não se confunde com o conceito de sociedade, não obstante seja contemplada, no que couber, com os regramentos das sociedades limitadas. Por meio deste ente jurídico personalizado, registrado no Registro Público das Empresas Mercantis, o indivíduo titular da empresa pode exercer, por si só, a atividade empresária, com a peculiaridade de ter sua responsabilidade limitada ao seu aporte de capital, preservando seu patrimônio pessoal protegido e não atingido por dívidas da pessoa jurídica (garantia protecionista que a lei civil não concede ao empresário individual).

*CC - Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:*

*VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 11/07/11)*

*Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 11/07/11)*

*§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI” após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 11/07/11)*

*§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 11/07/11)*

*§ 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 11/07/11)*

*§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas. (Incluído pela Lei nº*

*12.441, de 11/07/11)*

Retornando ao relato da alteração normativa, aquele deslocamento dos focos subjetivo e objetivo do Direito Comercial não se confunde com afirmar a inexistência desta instância jurídica nos dias atuais. A matéria sobrevive, apenas encartada em único diploma sistematizador, que é o atual CC, em título hoje nomeado Direito de Empresa. Tanto é verdade, que este ramo jurídico passou a abarcar, então, além daquelas atividades eminentemente comerciais (compra e venda de bens e mercadorias, intermediação de vendas ou mediação especulativa entre a oferta e a procura de mercadorias, produção industrial, transportes de qualquer modo e atividades bancárias e financeiras), também outras atividades econômicas antes não abrangidas por aquela instância de Direito - como, por exemplo, a prestação de serviços, o mercado imobiliário e a atividade rural (que mereceu atenção destacada em **4.7.3.10.3**) -, desde que organizadas economicamente para a produção ou circulação de bens e de serviços, que eram limitadas à incidência do regramento civil.

Com isto, operou-se no ordenamento a unificação das obrigações comerciais e civis, restando atualmente os empresários sujeitos ao mesmo tratamento jurídico, que engloba não só a responsabilização civil em sentido lato mas também o regime jurídico do antigo comerciante, uma vez que as normas afetas ao comércio passaram a ser aplicadas não apenas aos que exercem o que a lei chamava de mercancia *stricto sensu* mas sim a todo empresário. Neste rumo, não só as atividades eminentemente comerciais mas também todo empreendimento organizado economicamente para a produção ou circulação de bens ou de serviços está atualmente submetido ao disciplinamento do Direito de Empresa encartado no CC.

*CC - Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*

*Art. 2.037. Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis.*

De certa forma, pode-se dizer que as terminologias atuais de atividade empresarial e de empresário individual (ou de titular de Eireli) englobam os tradicionais significados de atividade comercial e de comerciante, agregando nas respectivas novas abrangências também atividades realizadas de forma organizada e com fins lucrativos que, à época da divisão do Direito privado, se enquadravam como atividades civis.

*“O empresário é figura central da empresa. Muitos autores não distinguem o empresário comercial (ou simplesmente empresário após o novo Código Civil) da antiga figura do comerciante. (...)*

*Não há dúvida de que o empresário, na linguagem do direito moderno, é o antigo comerciante. Nesse aspecto, portanto, as expressões são sinônimas. (...)*

*Com a parcial unificação do Direito Privado empreendida pelo Código Civil, e com a nova posição legislativa firmada na figura do empresário, teria desaparecido a figura do comerciante e a profissão correspondente? A resposta, em que pese a perplexidade provocada pela nova legislação, deve ser negativa (...). O comerciante individual passa a se chamar empresário, para atender à nova concepção do Código Civil, que adotou a teoria da empresa.”, Rubens Requião, “Curso de Direito Comercial”, 1º volume, pgs. 75, 76 e 83, Editora Saraiva, 26ª edição, 2006*

A exemplo do que já se comentou para as sociedades empresárias (sociedades que executam atividades de empresário), o empresário individual (e também o titular de Eireli) deve se inscrever no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais, auferindo, nos termos que dispõe a Lei nº 8.934, de 18/11/94, a qualidade de firma mercantil individual (a rigor, esta expressão atualmente é sinônima da expressão doutrinária empresário

individual e do termo empresário, adotado pelo atual CC).

Mas, da mesma forma como o registro e o arquivamento de um contrato social ou estatuto social não confere a uma sociedade a natureza de empresária (pois ele somente o será se exercer com ânimo profissional a atividade de empresa), sabe-se também que o registro mercantil, com a conseqüente inscrição da firma individual, por si só, é meramente declaratório e não constitutivo da condição de empresário (em termos atuais), bem como também não era constitutiva da condição de comerciante (em termos antigos).

Esta percepção tem como conseqüência que o tradicional conceito de comerciante passava, assim como também passa o conceito atual de empresário, necessariamente, pela prática profissional dos atos de comércio e dos atos empresariais, devendo aqui ser entendida como prática profissional aqueles atos por meio dos quais o agente extrai, totalmente ou pelo menos em parte, recursos relevantes para sua subsistência.

Com isto, se compreende o motivo de o legislador ter mantido no art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (mesmo com sua redação tendo sido alterada já após a vigência do atual CC), a expressão em princípio anacrônica de “exercer o comércio”, em lugar de tê-la atualizado com a expressão “exercer atividade empresária”. Apesar de o conceito de atividade empresária atualmente englobar não só as tradicionais atividades mercantis em *stricto sensu* mas também abarcar atividades econômicas de índole civil praticadas de forma organizada, a literalidade de “exercer o comércio” comporta um sentido mais amplo que especificamente exercer atividade empresarial nos termos de hoje, pois agrega ainda meios informais de exercício profissional.

Pode-se inferir que a intenção do legislador em não atualizar a terminologia da segunda parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, foi de abarcar na proibição estatutária também a atividade de o servidor atuar, como profissional autônomo (seja civilmente estabelecido, seja na completa informalidade), em todas as áreas que, se registrado fosse como firma mercantil individual ou como Eireli, são hoje compreendidas como empresárias.

Diferentemente do empresário individual (ou titular de Eireli), que conta com a organização dos fatores de produção e, sobretudo, com a força de trabalho de seus empregados para a realização da atividade-fim, o profissional autônomo a opera direta e pessoalmente ou, no máximo, conta com a colaboração de pessoas próximas ou de poucos auxiliares subalternos, sem a organização empresarial. Não se confunda a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, como elemento necessário (mas não suficiente) para a condição de alguém, individualmente, ser alçado à qualidade de empresário, com o simples fato de um profissional autônomo se estabelecer no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, que não o alça à qualidade de empresário, visto ele não possuir a necessária organização que a lei civil exige para tal conceito (em analogia ao registro também de natureza civil das sociedades simples, que não passam, por isto, à condição de sociedades empresárias). Menos ainda se confunde com o empresário individual (ou com o titular de Eireli) o profissional autônomo que se mantém na absoluta informalidade e que sequer se estabelece civilmente (em analogia à sociedade não personificada).

Não obstante, sem dúvida, se o profissional autônomo (estabelecido ou não) pratica com ânimo profissional aquelas atividades que a atual lei civil define como próprias de empresário, ele se enquadra na tradicional e mais ampla concepção de exercer o comércio.

*“(...) a condição básica para a caracterização do empresário repousa na organização. É a organização que distingue o empresário do profissional autônomo. O autônomo opera pessoalmente, ou, quando muito, com a colaboração de familiares ou de poucos auxiliares subalternos. (...) A empresa demanda um estabelecimento, tanto que não se concebe a existência de uma estrutura organizacional de pessoas ou de meios materiais sem que se disponha do instrumento dessa organização, que é o complexo de bens e*

*peessoas que fazem atuar a empresa.*

*Mas não basta o estabelecimento, para que se tenha a empresa; é necessário, para tanto, que esse estabelecimento conte com elementos de atuação (peessoas ou coisas), que o elevam ao nível da organização.*

*Não se deve esquecer que o profissional autônomo poderá estabelecer-se, sem que essa circunstância venha a retirar-lhe a condição de não-empresário, porquanto o estabelecimento não subentende necessariamente a organização.*  
(...)

*O que separa o empresário e a sociedade empresária, de um lado, do trabalhador autônomo e da sociedade simples, do outro lado, é exatamente o requisito da organização, conforme consignado no art. 966 do Código Civil.*  
(...)

*As sociedades simples são as que não dispõem de uma estrutura organizacional e as que, mesmo dispondo, dedicam-se a atividades intelectuais, atividades rurais (agricultura e pecuária) e a negócios de pequeno porte (pequena empresa), cabendo registrá-las no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.*

*As sociedades empresárias são as que exercem atividades próprias de empresário (art. 982), inclusive a sociedade dedicada a atividade rural, contanto que se inscreva no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 984).*  
(...)

*No campo da atividade econômica, exercida profissionalmente para a produção de bens ou serviços, tem-se portanto a figura do profissional autônomo, que trabalha de forma pessoal, e tem-se o empresário individual, este comanda com uma organização de pessoas ou bens materiais. No universo societário, se não se delineia a organização, a hipótese é de sociedade simples; presente a organização, configura-se a sociedade empresária.*

*As exceções a serem consideradas, inclusive no plano societário, onde seriam sociedades simples, concernem ao trabalho intelectual, que não tem natureza empresarial; à atividade rural, que poderá ser empresária ou não, de acordo com o registro; e ao pequeno empresário que, atendida essa qualificação, poderá se registrar no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, não sendo tratado como empresário.*

*O Código Civil ordenou um sistema de registro fundado em duas organizações preexistentes, o Registro Público de Empresas Mercantis e o Registro Civil das Pessoas Jurídicas, atribuindo à primeira a inscrição dos empresários individuais e das sociedades empresárias, e ao segundo a inscrição das sociedades simples (art. 1.150).*

*O não-empresário individual, que é o profissional autônomo, especialmente quando estabelecido, deveria contar também com um órgão de registro, tal como o empresário individual. E esse órgão seria, naturalmente, o Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Houve, com efeito, uma omissão do legislador, a ser suprida pelo intérprete, através dos processos de integração da norma jurídica (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Cabe aplicar, no caso, a analogia, com base no paralelismo que identifica a sociedade empresária com o empresário individual e a sociedade simples com o profissional autônomo estabelecido ('firma individual não empresária'). Assim, e por essa razão, e para que não permaneça à míngua de um registro, deverá o profissional autônomo estabelecido se inscrever no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (...).”, José Edwaldo Tavares Borba, “Direito Societário”, pgs. 16 a 18, 24 e 25, Editora Renovar, 10ª edição, 2007*

Assim, se, por um lado, com a sistematização única do Direito privado, a expressão atividade empresarial restou acrescida em relação à atividade mercantil como antes definida (pois recebeu em sua abrangência atividades economicamente organizadas que eram tidas como de natureza civil), a forma subsistente de se empregar a expressão “exercício do comércio” ainda resta mais abrangente que a conceituação decorrente do exercício da empresa, uma vez que engloba também a atividade profissional autônoma de busca do lucro. Com tal construção interpretativa, encontra-se a justificativa para que o legislador tenha

mantido na segunda parte do art. 117, X a vedação ao exercício do comércio.

Portanto, diante desta abrangência da previsão normativa, para elucidar a segunda parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, necessário se faz se focar naquilo que de fato aqui se busca, que é a compreensão de exercício do comércio estatutariamente vedado a servidor, subjetiva e objetivamente.

Primeiramente, sob foco subjetivo, tem-se, por óbvio, que o ordenamento se harmoniza. A lei civil apenas menciona a impossibilidade de exercer a atividade de empresário para aqueles que são legalmente impedidos, mas não disciplina tais vedações, restando tais impedimentos disciplinados em leis específicas, como é o caso da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Ratifica-se que a vedação do exercício do comércio aos servidores é de natureza estatutária e não civil. O que a lei civil disciplina (e também a lei penal o faz) é a repercussão dos atos cometidos pelo impedido.

*CC - Art. 972. Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.*

*Art. 973. A pessoa legalmente impedida de exercer atividade própria de empresário, se a exercer, responderá pelas obrigações contraídas.*

Assim, sob ótica estatutária, e mais especificamente em atenção ao art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de acordo com o que já se expôs, repisa-se que, subjetivamente, o exercício do comércio vedado em tela ao servidor é individual, seja como empresário individual, seja como titular de Eireli, seja como autônomo estabelecido ou não (se o agente público atua em sociedade, a apreciação a ser feita é da tutela da primeira parte do dispositivo, que veda apenas as posições de mando).

*Formulação Dasp nº 186. Comércio*

*O funcionário aposentado não está proibido do exercício do comércio.*

*Orientação Coger nº 26*

*Uma vez que o atual regramento civil não mais define ato de comércio, a interpretação da vedação de o servidor exercer o comércio deve ser feita adaptando-se o art. 966 do Código Civil, vedando-se o exercício individual da atividade de empresário.*

*“O Código Comercial havia adotado o sistema, no art. 2º, de enumerar as pessoas que estavam proibidas de exercer atividade comercial, como empresário, em decorrência do desempenho de função pública (...).*

*Existem outras classes, afora os funcionários públicos, a que a lei proíbe o exercício do comércio (...).*

*A nomenclatura do Código Comercial estava evidentemente obsoleta. O atual Código Civil, nos arts. 972 e seguintes, estabelece as condições de capacidade para o exercício da empresa, dizendo, no art. 972, que podem exercer atividade de empresário os que estiverem no pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos, acrescentando, no art. 973, que aqueles que forem legalmente impedidos de exercer atividade própria do empresário, se a exercerem, responderão pelas obrigações contraídas.*

*A matéria das incompatibilidades não é comercial. O moderno direito comercial relega para as leis administrativas a declaração desses impedimentos. (...)*

*A doutrina atual relega a matéria para o domínio do direito administrativo.*

*É a conveniência do serviço que determina a incompatibilidade. Assim explica Pedro Lessa, quando aborda o tema: ‘Quanto aos funcionários de ordem administrativa e judiciária, a necessidade de não se distraírem dos deveres de seu cargo, a conveniência de manter o prestígio e a dignidade de certas autoridades, que uma declaração de falência poderia comprometer gravemente, os perigos do abuso e do monopólio (...), eis os motivos da disposição legislativa que analisamos.’*

*A matéria está, atualmente, esparsa em várias leis, desde a Constituição*

*Federal até os estatutos do funcionalismo civil e militar. (...)*

*Indaga-se se a proibição legal que atinge as várias categorias de funcionários ou pessoas se limita ao exercício individual do comércio, ou se se estende também à participação em sociedade comercial.*

*O art. 3º do Código Comercial já esclarecia que na proibição de comerciar não se compreendia a faculdade de (...) ser acionista em qualquer companhia mercantil, uma vez que não se tomasse parte na gerência administrativa da mesma companhia.*

*Não se veda, portanto, ao proibido, participar como sócio comanditário, cotista ou acionista de qualquer sociedade. Geralmente, essa exceção à regra geral proibitiva é consignada nos estatutos profissionais respectivos. (...)*

*O proibido de comerciar não é incapaz. Convém esclarecer que o exercício do comércio, malgrado a proibição legal, não fere de nulidade o ato de comércio praticado pelo proibido; o ato é realmente válido (art. 973 do novo Cód. Civ.) e o proibido torna-se comerciante, e sofrerá as penalidades administrativas a que sua falta corresponder. (...)*

*Além da punição administrativa a que estiver sujeito, geralmente a demissão, o infrator tornar-se-á passível das sanções da contravenção penal cometida, pelo exercício ilegal de profissão. O art. 47 da Lei das Contravenções Penais, com efeito, dispõe sobre a prisão (de quinze dias a três meses), ou multa, de quem 'exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado seu exercício'. (...)*

*Se tiver insucesso nos negócios, estará sujeito à falência, conforme previa o art. 3º, IV, do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de julho de 1945. No regime da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, a nova Lei de Falências, a declaração de sua quebra terá base no art. 94, I, observando-se o art. 82.", Rubens Requião, "Curso de Direito Comercial", 1º volume, pgs. 99 a 101, Editora Saraiva, 26ª edição, 2006*

Todavia, se, por um lado, se logra sucesso ao se buscar fechar o foco subjetivo, o mesmo não se obtém no foco objetivo. Em termos de atuação, para se enquadrar na vedação legal, esta atividade individual (como empresário individual ou como titular de Eireli ou ainda como autônomo estabelecido ou não) deve estar organizada economicamente para produção ou circulação de bens ou serviços (não mais apenas se cogitando do ato de comércio *stricto sensu*) ou ainda, mesmo que não conte com tal organização, basta que pelo menos seja exercida com ânimo profissional, ainda que à margem de qualquer formalidade. Esta definição mais abrangente da atividade comercial traz em si dois efeitos imediatos e opostos: em contraposição ao inequívoco enquadramento de um espectro mais amplo de atividades, por outro lado, agrega-se, doutrinariamente, que a atividade comercial a merecer vedação deve ser demarcada também pela busca do lucro mediante o profissionalismo (que faz subentender que, se não presente a organização, deve pelo menos se dar com habitualidade, de forma a poder se considerar como uma fonte alternativa e complementar para angariar meios de vida e de subsistência).

*"Quando adotamos o sistema que estrutura o direito comercial sobre o conceito de empresa e da figura do empresário, prometemos não desdenhar do conceito tradicional de comerciante. Não podemos, em uma época de transição em que progride o direito comercial, deixar de atender à antiga doutrina, sob pena de tornar seriamente lacunosas estas dissertações. Tanto o comercialista moderno como os estudantes devem estudar o perfil do comerciante antigo ao lado dos novos conceitos sobre o empresário. (...)*

*A simples prática de atos de comércio não caracteriza o comerciante, pois podem eles ser exercitados por quem não o seja. Um funcionário público que esteja proibido por lei de ser comerciante pratica, todavia, ato de comércio quando assina título de crédito referente à compra a prazo que efetue. Foi necessário crescer, então, para caracterizar a figura do comerciante, o esclarecimento de que a prática de atos de comércio tem que ser efetuada em massa, isto é, deve ser ele um profissional dos atos de comércio. Impõe,*

*portanto, para a qualificação de comerciante que alguém profissionalmente exercite atos de comércio. A definição, em consequência, torna-se válida quando à prática de atos de comércio se acrescer o profissionalismo de seu exercício (...)*

*Verificada a prática de atos de comércio, deve-se provar que essa prática configura uma profissão. O que é profissão? Profissão é a atividade pela qual o indivíduo obtém seus meios de vida. Não é necessário que dela obtenha todos os recursos, pois é admissível a acumulação de atividades, fora do serviço público.”, Rubens Requião, “Curso de Direito Comercial”, 1º volume, pgs. 79 e 80, Editora Saraiva, 26ª edição, 2006*

Com isto, a atividade comercial vedada pela segunda parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não se confunde com vendas isoladas, discretas, pontuais ou de pequena monta, ainda que lucrativas, e desde que não se avolumem de forma incompatível com a natureza do cargo e com a jornada de trabalho do servidor. Ademais, da própria literalidade do dispositivo, verifica-se que o legislador não proibiu o ato isolado ou pontual, mas sim a ação de exercer o comércio, o que, já desde a leitura atenta do ordenamento e de suas fontes integradoras, impõe subentender certa habitualidade, reiteração ou permanência na conduta. A construção acima exposta se presta justamente para afastar o absurdo jurídico que se instalaria caso se cogitasse do presente enquadramento demissivo quando, a mero título de exemplo, o servidor realiza um ato de comércio ao vender um automóvel ou um imóvel de seu próprio uso.

*Orientação Coger nº 28*

*O enquadramento no art. 117, X, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, requer a reiteração da conduta, não se consumando com atos pontuais ou eventuais, que, se tomados isoladamente, não atingem o patamar de ilicitude, conforme a doutrina define ilícito de natureza jurídica habitual.*

*Além disto, repise-se, aqui com sentido extensivo extraído a partir da definição da atividade empresarial, que a lei civil afasta, em princípio, a incidência da definição de exercício do comércio para a produção intelectual, de natureza científica, literária ou artística. Em outras palavras, não se compreendem na vedação estatutária em tela atividades individualmente praticadas pelo servidor que decorram exclusivamente de sua própria intelectualidade, conforme conceituação já exposta em 4.7.3.10.1, a cuja leitura se remete.*

*CC - Art. 966.*

*Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.*

Em síntese, para que se cogite de incorrer nesta proibição de exercer o comércio, deve o servidor, pessoalmente (seja inscrito como empresário individual ou como titular de Eireli, seja, ao contrário, permanecendo como autônomo estabelecido civilmente ou totalmente informal), manter - de fato - atividade paralela de caráter econômico (buscando lucro), com organização ou pelo menos com habitualidade profissional (como fonte alternativa, mas perene e habitual, de auferir recursos que complementem sua subsistência), para a circulação de bens ou serviços.

Ainda que requerendo maior esforço hermenêutico em comparação à primeira parte, sintetizando a interpretação atualmente cabível para a segunda parte do dispositivo punitivo em branco (de exercer o comércio), uma vez que a lei civil não mais define atos de comércio e comerciante, deve-se novamente adaptar a teoria da empresa também à atuação individual do servidor, tomando a definição de empresário individual estabelecido no art. 966 do CC (“quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”), com o que se afasta a incidência sobre um ato isolado ou em caráter eventual de compra e venda de qualquer tipo de bem, sem habitualidade

profissional e sem organização dos fatores de produção (capital, insumos, mão de obra e tecnologia) e à margem do interesse econômico da busca do lucro.

De forma análoga ao que se aduziu para o servidor que figura como gerente ou administrador de sociedade, no caso da vedação ao exercício do comércio, a tutela que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, exerce é de evitar benefício indevido ao servidor como pessoa física ou à sua empresa ou firma individual em sua atividade privada em função do cargo público que ocupa. Assim, por óbvio, também para a segunda parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, tem-se que o enquadramento é precipuamente fático e não apenas de direito. Para que uma comissão cogite de tal enquadramento, deve comprovar a prática efetiva do exercício do comércio (nos termos do atual CC e da doutrina que o interpreta), não se cogitando de este enquadramento ser meramente formal. Em consequência, analogamente ao que se afirmou com a simples figuração do nome do servidor, no ato constitutivo ou em outro ato da sociedade, como seu administrador ou como seu gerente, o mero fato de o servidor possuir inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, como empresário individual (ou como titular de Eireli), ou ainda no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, como autônomo estabelecido, não tem o condão de fazer presumir o efetivo exercício do comércio.

*“(...) o simples registro de alguém no Registro do Comércio (hoje denominado pela Lei nº 8.934/94 como ‘Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins’), com forma individual, não cria a profissão e não dá a condição de comerciante. O registro (...) não é constitutivo, mas simplesmente declaratório da qualidade de comerciante ou empresário. Se houver prova de que o inscrito no Registro do Comércio não exercita profissionalmente atos de comércio, não adquire ele a condição de comerciante.”, Rubens Requião, “Curso de Direito Comercial”, 1º volume, pg. 80, Editora Saraiva, 26ª edição, 2006*

Apresentadas, então, as interpretações para as duas partes do inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, resta claro que o dispositivo legal requer duas leituras distintas e complementares. A primeira é a da vedação da atuação de servidor como administrador ou gerente de qualquer sociedade privada, personificada ou não, de qualquer ramo de negócio, independente de ser ou não compatível com o múnus público, inclusive com objeto social comercial (hipótese em que o simples ato de venda, não individualizado mas sim em nome da sociedade, não configura a proibição legal). A segunda é a da vedação da atuação do servidor pessoalmente, independente de seu registro ou não como empresário individual (ou como titular de Eireli) ou de sua atuação autônoma ou até informal, no exercício do comércio, em sua acepção mais ampla da atual lei civil, qual seja, economicamente organizada, ou pelo menos habitual, em busca de lucro ou de meios complementares de subsistência.

#### **4.7.3.10.3 - A Atividade Rural**

Em razão de suas peculiaridades, a atividade rural, que contempla a agricultura, a pecuária, a silvicultura e o extrativismo, merece abordagem destacada.

A já mencionada codificação única do Direito privado, que acarretou a uniformização do regime jurídico civil-comercial a que todos os empresários e suas atividades se submetem, apresenta ainda como consequência a possibilidade de inclusão da atividade rural como empresária (desde que satisfeitos os requisitos do art. 966 do CC), seja praticada por meio de sociedade empresária, seja praticada pessoalmente como empresário individual (ou como titular de Eireli), o que não ocorria antes da inovação legislativa no CC, quando era classificada como atividade civil.

*“Permitiu o Código que o empresário rural e o pequeno empresário fossem excluídos da condição formal de empresário. Com relação ao empresário rural, a solução adotada pelo legislador foi singularíssima, tanto que, por um lado, permitiu a sua exclusão da condição de*

*empresário (art. 970), e, por outro lado, permitiu que esse empresário rural, mediante registro na Junta Comercial (art. 971), adquirisse a qualificação plena de empresário.*

*A sociedade com atividade rural, se não for empresária - vale dizer, se não contar com uma organização -, será necessariamente uma sociedade simples. Dotada de organização, poderá optar, livremente, entre a condição de sociedade simples e a condição de sociedade empresária. (...)*

*A sociedade rural desfruta de uma situação especial. Mesmo sendo uma empresa, cabe-lhe escolher o seu status jurídico, de sociedade simples ou empresária, para tanto bastando optar, respectivamente, pelo Registro Civil das Pessoas Jurídicas ou pelo Registro Público de Empresas Mercantis.*

*Essa especial situação da empresa rural deita as suas origens na tradição e no contexto histórico que sempre reservaram ao produtor rural um regime diferenciado.*

*A empresa rural compreende todas as atividades que têm na terra o fator principal de sua realização. Neste gênero se situam a agricultura, a pecuária, a silvicultura, o extrativismo, a caça. As atividades conexas, tais como as de beneficiamento dos produtos rurais, promovidas localmente, a fim de adequá-las à comercialização, também ingressariam nesse mesmo contexto.*

*Pode-se, então, assentar que o empresário individual rural não se encontra sujeito a registro, mas, se dispuser de uma organização, poderá promovê-lo, passando a ser tratado formalmente como empresário, e que a sociedade empresária rural, independentemente de seu porte ou patrimônio, poderá inscrever-se no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, assumindo a condição de uma sociedade simples, ou, presente a organização, no Registro Público de Empresas Mercantis, assumindo a condição formal de sociedade empresária.*

*É curiosa a situação ora analisada. A hipótese de que se trata é a de uma sociedade empresária que será tida ou não como sociedade empresária, segundo o registro adotado. Mas é exatamente isto. A empresa rural pode preferir o status de sociedade simples e, como consequência, não se sujeitará à lei de falências e recuperação, nem a processos mais rigorosos de escrituração contábil. (...)", José Edwaldo Tavares Borba, "Direito Societário", pgs. 20 a 22, Editora Renovar, 10ª edição, 2007*

Com a uniformização do regramento, a atividade rural passou a poder figurar ao lado das atividades atualmente definidas como empresariais, não mais estando legalmente reduzida a uma natureza residualmente diferenciada da maioria das demais práticas produtivas, a exemplo de quando era regulada sob ótica civil. Neste sentido, não se verifica da leitura conjunta dos arts. 970, 971 e 984 do CC nenhum sentido excludente que traduzisse intenção por parte do legislador de apartar a atividade rural e de deixá-la à margem do regramento hoje operado pelo Direito de Empresa e de conceder a sua inclusão neste ramo jurídico como algo excepcional.

Ao contrário, não bastasse o fato de aqueles dispositivos legais terem enfatizado em suas literalidades a expressão "empresário rural" (embora não o tenham definido), se dúvida ainda restasse, dispuseram que este pode se equiparar ao empresário. Extreme de dúvidas, os mencionados mandamentos, em conjunto, apontam que a lei civil considera a atividade rural essencialmente empresarial e estabelecem um dispositivo de inclusão apriorística do produtor rural à atual definição legal de empresário e, por conseguinte, ao regramento do Direito de Empresa.

*CC - Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.*

*Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos,*

*ao empresário sujeito a registro.*

*Art. 984. A sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural e seja constituída, ou transformada, de acordo com um dos tipos de sociedade empresária, pode, com as formalidades do art. 968, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da sua sede, caso em que, depois de inscrita, ficará equiparada, para todos os efeitos, à sociedade empresária.*

Não obstante, apenas deve se destacar que a lei civil concedeu um tratamento diferenciado ao produtor rural, provavelmente refletindo históricas considerações e necessidades de incentivo a favor desta atividade de forte cunho social. Exatamente na linha do novo ordenamento, o produtor rural que não ostenta organização dos seus meios de produção é tido como produtor autônomo, se atua de forma individual, ou como sociedade simples, se atua em sociedade personificada. E, em primeiro momento, ainda seguindo sem diferenciação o tratamento normativo vigente para toda a classe empresarial, a lei civil *a priori* considera o produtor rural que conta com estrutura, logística e organização em seus fatores de produção (capital, insumos, mão de obra e tecnologia) como empresário individual, se atua individualmente (e, neste caso, pode-se até se cogitar da possibilidade de se constituir como titular de Eireli), ou como sociedade empresária, se atua em sociedade personificada. Mas, neste ponto, opera-se o tratamento diferenciado concedido a este produtor: diferentemente da exigência que recai sobre o empresário *lato sensu*, ao produtor rural que possui organização e estrutura capazes de qualificá-lo como quem exerce a atividade de empresa, a lei civil não o obriga a se inscrever no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais, como empresário individual (ou como titular de Eireli) ou como sociedade empresária, mas sim faculta-lhe a opção de se manter nesta visão apriorística empresarial ou de ser considerado como produtor autônomo ou como sociedade simples. Por óbvio, a construção interpretativa que aqui se apresenta cogita da hipótese de o produtor rural proceder a registro, mas sem se olvidar da possibilidade de ele optar, à sua conta e risco, por se manter em absoluta informalidade, ainda que ostente estrutura e organização de seus meios de produção, seja individualmente, permanecendo como autônomo informal, seja em sociedade, quando se terá uma sociedade não personificada.

Daí, conforme aduzido acima, a lei civil não excluiu o produtor rural do regime empresarial vigente atualmente no ordenamento para a classe produtiva; diferentemente, o CC concedeu ao produtor rural que se registra a prerrogativa de ele mesmo optar, se for de sua exclusiva conveniência, em se manter à margem do conceito de empresário individual (ou de titular de Eireli) ou de sociedade empresária, independentemente do porte e do grau de organização de sua escala produtiva. Presumivelmente, o legislador quis conceder a esta relevante classe produtiva - de forte impacto social - um tratamento administrativo e tributário diferenciado e incentivador, facilitando a continuidade e a expansão de seus negócios.

Em consequência, como exceção ao que se opera para a classe empresarial em geral, no caso da atividade rural, o registro não é meramente declaratório, mas sim constitutivo, já que, se o produtor rural optar por se inscrever no Registro Público de Empresas Mercantis, isto lhe auferirá a condição de empresário individual (ou de titular de Eireli) ou de sociedade empresária, restando assim equiparado para todos efeitos; ao contrário, caso ele opte, à sua conveniência, em se inscrever no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, isto lhe conferirá a condição de produtor autônomo formalmente estabelecido ou de sociedade simples. Caso não proceda a qualquer registro, mantendo-se na informalidade, será um produtor rural autônomo informal ou uma sociedade não personificada.

Em síntese, o ordenamento atualmente prevê que a atividade rural, que era vinculada ao Direito Civil e ao Direito Agrário, passou a ter *status* de atividade empresária - desde que preenchidos os requisitos de caracterização de empresário individual (ou de titular de Eireli) ou de sociedade empresária e de registro como tal -, tendo apenas facultado a este produtor individual ou em sociedade a opção de qual regime (de natureza civil ou empresarial) melhor

se amolda a seu negócio.

Caso o produtor rural (individualmente ou em conjunto com seus sócios, se houver) opte por se equiparar a empresário (ou a sociedade empresária), procedendo a registro mercantil, sujeitar-se-á aos direitos e obrigações destas pessoas, de natureza comercial; se optar por não adotar o modelo empresarial (seja individualmente, seja em sociedade), o produtor rural permanecerá vinculado ao regime jurídico de natureza civil, respondendo de forma ilimitada e pessoalmente com seu patrimônio nas obrigações contidas naquela atividade. Importante destacar que o CC não dispensa o produtor rural de qualquer registro; apenas lhe faculta a opção entre o registro mercantil ou civil. Caso opte pela absoluta informalidade, não procedendo a qualquer registro, seja individualmente, seja em sociedade (quando se aplicará o regramento das sociedades não personificadas), a responsabilidade também é ilimitada.

Independentemente dos aspectos formais atualmente constantes na lei civil, tem-se que a atividade rural, caso explorada por pessoa física ou pessoa jurídica de forma organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, pode ser considerada atividade empresária, por se encontrar enquadrada nos novos conceitos introduzidos pelo CC. Em outras palavras, os aspectos formais relacionados a esta atividade não afastam sua natureza essencialmente empresarial - mas que somente se formaliza com o competente registro mercantil.

Assim, para o foco do presente interesse, se o servidor atuar como produtor rural, seja em sociedade, seja individualmente, de forma organizada economicamente para produção ou circulação de bens ou de serviços ou pelo menos de forma profissional (habitual, reiterada ou permanente) na busca do lucro, independentemente de formal registro de qualquer natureza, pode vir a ser considerado um integrante de uma sociedade (empresária ou simples ou até mesmo não personificada) ou um empresário individual (ou até mesmo, se for o caso, um titular de Eireli) ou ainda um produtor autônomo estabelecido ou não, podendo, daí, se enquadrar na vedação imposta, respectivamente, pela primeira ou pela segunda parte do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Aplicam-se, então, para o servidor que pratica atividade rural, as duas formas de vedação de forma análoga ao que já se expôs em **4.7.3.10.1** e **4.7.3.10.2** para as atividades societárias e para o exercício do comércio de forma geral, quais sejam, atuar como administrador ou gerente da sociedade empresária ou simples ou não personificada na primeira hipótese e de atuar individualmente (como empresário individual ou como titular de Eireli ou como autônomo estabelecido ou não) na segunda hipótese.

*Orientação Coger nº 27*

*Os comandos do art. 117, X, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, refletem-se nas vedações de o servidor gerenciar ou administrar sociedade que explore atividade rural e exercer individualmente a atividade de empresário rural.*

Destaque-se que a conclusão acima se mantém independentemente de o servidor individualmente ou a sociedade de que faz parte ter optado pela inscrição mercantil (em Registro Público de Empresas Mercantis), ou ter optado pelo regime civil (em Registro Civil das Pessoas Jurídicas) ou até ter se mantido na informalidade, sem nenhum registro. Tendo em vista o caráter eminentemente fático deste enquadramento, não importa para sua configuração ou não o aspecto meramente formal de o servidor produtor rural ter se inscrito como empresário individual (ou como titular de Eireli) ou como autônomo ou ter se mantido em absoluta informalidade ou de a sociedade ser personificada ou não.

Caso o servidor exerça a atividade rural em sociedade (que pode ser sociedade personificada empresária, caso os sócios tenham optado por registro em Registro Público de Empresas Mercantis; ou sociedade personificada simples, caso tenham optado por formalização em Registro Civil das Pessoas Jurídicas; ou, por fim, sociedade não personificada, caso não tenham formalizado a sociedade), em que pese o caráter eminentemente comercial desta atividade, a vedação que sobre ele se impõe não é a do

exercício pessoal do comércio em si, mas sim de exercer as posições de mando - administração ou gerência - da sociedade.

Por outro lado, caso o servidor exerça individualmente a atividade rural, independentemente de se enquadrar e de ter optado ou não pela equiparação como empresário individual ou como titular de Eireli (prática economicamente organizada para produção ou circulação de bens ou de serviços, buscando o lucro) ou de se manter como produtor autônomo estabelecido ou não e também não obstante a forma como tenha optado submeter à tributação a renda de sua atividade (mesmo que ele tenha optado em ser tributado como pessoa física e não submetendo as rendas como receitas de pessoa jurídica, conforme lhe faculta a legislação fiscal), a vedação que se impõe sobre ele é a da prática em si do exercício do comércio.

*“Desta forma, atuando o servidor como gerente ou administrador de sociedade dedicada à atividade rural, ou exercendo o servidor diretamente a atividade, de forma profissional e organizada, visando a produção ou circulação de bens ou serviços, incide na proibição do art. 117, inciso X.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 294, 2013, disponível em [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual_PAD.pdf), acesso em 07/08/13*

Por fim, sintetizando a interpretação atualmente cabível, assentou-se que as interpretações já expostas para as duas partes do dispositivo punitivo em branco se projetam especificamente sobre a atividade rural, quais sejam: é vedado ao servidor participar da gerência e da administração de sociedade, independentemente de esta ser formalmente registrada ou não, e atuar individualmente, na condição de empresário individual (ou de titular de Eireli) ou de autônomo estabelecido ou não, na atividade rural. Com isto, afasta-se a incidência sobre outras formas de mera participação societária e sobre atos isolados ou eventuais de comercialização de excedentes de produção não profissional, não organizada e sem fim econômico de um simples proprietário rural, que não necessariamente se confunde com produtor (ou empresário) rural.

Atentando que o bem jurídico tutelado pelo dispositivo legal em comento é a dedicação exclusiva ao trabalho, pode-se cogitar de ausência de ilicitude na atividade rural desempenhada em nome de um servidor, individualmente, sem integrar sociedade, mas com o emprego de um preposto ou de um empregado, de forma que a atividade, ainda que rentável em decorrência de venda da produção, em nada afete a jornada laboral do agente público. Por óbvio, diante dos tênues contornos desta situação hipotética, a possibilidade aqui aventada não deve ser compreendida como um comando geral, mas sim destacando-se que devem ser cuidadosamente analisadas as condições peculiares de cada caso em concreto.

Portanto, restam ao servidor que atua na atividade rural duas possibilidades de tal prática se preservar estatutariamente lícita e compatível com o múnus público: se ele exerce a atividade rural individualmente, como empresário individual (ou como titular de Eireli) ou como autônomo estabelecido ou não, deve esta atividade comercial manter-se à margem da definição legal de atividade economicamente organizada ou pelo menos não configurar sequer habitualidade profissional na busca de lucro (ou seja, ser uma atividade de pequena relevância e pontual), podendo ainda se cogitar da hipótese de o servidor empregar um preposto ou empregado qualquer para a efetiva prática da atividade rural; se ele exerce a atividade rural em sociedade, deve manter-se apenas como sócio acionista, cotista ou comanditário, sem exercer administração ou gerência, ainda que pratique atos de venda ou de compra e de revenda de insumos e de produtos.

#### **4.7.3.10.4 - Exceção ao Enquadramento em Caso de Licença**

O ordenamento prevê ainda mais uma exceção às proibições estabelecidas no art. 117,

X da Lei nº 8.112, de 11/12/90. O inciso II do parágrafo único do mencionado art. 117 prevê o afastamento das proibições de gerenciar ou administrar empresas e de exercer o comércio para o servidor que esteja em gozo de licença para tratar de interesses particulares (prevista no art. 91 do Estatuto), ressalvando atuações privadas do servidor que possam configurar conflito de interesses.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 117*

*Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos: (Incluído Lei nº 11.784, de 22/09/08)*

*II - gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses. (Incluído pela Lei nº 11.784, de 22/09/08)*

Na mesma linha do entendimento acima, a Medida Provisória (MP) nº 2.174-28, de 24/08/01, que disciplina a redução de jornada, de oito horas diárias e quarenta horas semanais para quatro ou seis horas diárias e vinte ou trinta horas semanais, para servidores efetivos, conforme o *caput* e o § 1º do art. 5º e os arts. 6º e 17, permite que o agente optante por este direito possa exercer o comércio bem como a gerência e administração de sociedades (salvo no caso de o servidor que já cumula licitamente cargo de professor público com cargo de natureza técnica, conforme o § 1º do art. 17). A destacar que tal MP, nos termos do inciso VI do art. 3º, tem sua aplicabilidade reduzida na Secretaria da Receita Federal do Brasil, já que veda a redução de jornada para AFRFB, conforme **4.7.4.10**. Ademais, na leitura literal do ordenamento, teria sido mantida a previsão legal de pena de demissão para o servidor que originalmente tem jornada semanal de vinte ou de trinta horas e que pratica a gestão de sociedades privadas, enquanto não é alcançado por norma punitiva o servidor cujo cargo tinha originalmente jornada semanal de quarenta horas e que reduziu para vinte ou trinta horas com base naquela Medida Provisória, o que, decerto, não se coaduna com o princípio constitucional da isonomia.

*Medida Provisória nº 2.174-28, de 24/08/01 - Art. 3º*

*I - Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional e Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União;*

*II - Procurador Autárquico, Advogado e Assistente Jurídico dos órgãos de execução ou vinculados à Advocacia-Geral da União;*

*III - Defensor Público da União;*

*V - Delegado de Polícia Federal, Perito Criminal Federal, Escrivão de Polícia Federal, Agente de Polícia Federal, Papiloscopista, Policial Federal e Policial Rodoviário Federal; e*

*VI - Auditor-Fiscal da Receita Federal, Auditor-Fiscal da Previdência Social e Auditor-Fiscal do Trabalho.*

*Art. 5º É facultado ao servidor da administração pública direta, autárquica e fundacional, ocupante exclusivamente de cargo de provimento efetivo, requerer a redução da jornada de trabalho de oito horas diárias e quarenta semanais para seis ou quatro horas diárias e trinta ou vinte horas semanais, respectivamente, com remuneração proporcional, calculada sobre a totalidade da remuneração.*

*§ 1º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras ou dos cargos de que tratam os incisos I a III e V e VI do caput do art. 3º.*

*Art. 6º Além do disposto no § 1º do art. 5º, é vedada a concessão de jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional ao servidor:*

*I - sujeito à duração de trabalho estabelecida em leis especiais; ou*

*II - ocupante de cargo efetivo submetido à dedicação exclusiva.*

*Art. 17. O servidor poderá, durante o período em que estiver submetido à jornada reduzida, exercer o comércio e participar de gerência, administração ou de conselhos fiscal ou de administração de sociedades mercantis ou civis, desde que haja compatibilidade de horário com o exercício do cargo.*

*§ 1º A prerrogativa de que trata o caput deste artigo não se aplica ao servidor*

*que acumule cargo de Professor com outro técnico relacionado nos incisos I a VI do caput do art. 3º ou no § 2º do mesmo artigo.*

*§ 2º Aos servidores de que trata o caput deste artigo aplicam-se as disposições contidas no art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, à exceção da proibição contida em seu inciso X.*

De se destacar, conforme já aduzido em **3.2.5** (a cuja leitura se remete), que tal exceção prevista no ordenamento para atos que em tese se enquadrariam no art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (gerência ou administração de empresas e comércio), não tem o condão de afastar repercussões disciplinares para atos cometidos sob a licença em tela e que se enquadrem em outros ilícitos, sobretudo aqueles marcados por conflitos de interesse entre o público e o privado (improbidade administrativa, assessoria tributária, por exemplo), conforme a própria Lei cuidou de ressaltar na parte final do inciso II do parágrafo único do seu art. 117.

#### **4.7.3.11 - Inciso XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro**

Neste inciso, pode-se dispensar a busca da interpretação sistemática da Lei, relatada no inciso X, linhas acima. Enquanto naquele inciso foi necessário extrair interpretação, à vista do que a Lei quer tutelar, para o termo “participar” (para extrair a mera figuração), aqui não cabe discussão, visto que se tutela a ação mais restrita, específica e efetiva de “atuar”.

Assim, de forma até mais clara, aqui se afirma que a tutela da norma é evitar que os pleitos patrocinados pelo procurador ou intermediário, junto a qualquer órgão público, obtenham sucesso tão somente em razão da qualidade específica de aquele agente ser servidor, o que lhe propicia acesso às repartições, seja por conta própria, seja por amizade, coleguismo ou clientelismo. Em síntese, busca-se coibir o indevido uso, por parte do servidor, do prestígio e de sua influência. Apenas para figurar a compreensão, aqui se permitiria estender para o agente público a expressão “tráfico de influência”, que, a rigor, a lei penal emprega para definir similar atitude criminosa cometida pelo particular contra a Administração. Ou seja, até com mais ênfase com que se cogitou no inciso anterior, embora aqui também não positivado na Lei, se poderia ler este inciso acrescentado da condicionante “valendo-se do cargo”, de forma a compreendê-lo como mais uma espécie qualificada da vedação em gênero de “valer-se do cargo”. A hipótese em tela pode repercutir criminalmente como advocacia administrativa, conforme bem definida no art. 321 do CP - em que, a propósito, o legislador foi mais preciso, ao incluir a expressão “valendo-se da qualidade de funcionário”.

A configuração desta irregularidade independe da existência e da validade de instrumento de mandato. No mesmo rumo, para a configuração, dispensa-se que o benefício a favor do terceiro esteja ou não na alçada de atribuições legais do servidor infrator; que se tenha conseguido ou não o objeto do pedido a favor do terceiro; que seja lícito ou ilícito o interesse do terceiro; e que se tenha comprovado o recebimento de vantagem de qualquer espécie pelo infrator. Advirta-se que, nestas duas últimas hipóteses, sendo interesse ilegítimo ou tendo o servidor recebido alguma vantagem por sua atuação, pode-se cogitar de enquadramento mais grave de improbidade.

Na exceção expressamente prevista no enquadramento (atuação em favor de benefícios previdenciários ou assistenciais), uma vez que a Lei não explicitou se os parentes para os quais permite procuração ou intermediação são afins e/ou agregados, interpreta-se que a permissão abrange a ambos. Aliás, a vedação expressa no dispositivo em comento é tão cristalina e inequívoca, cabível como uma espécie do grande gênero “valer-se do cargo”, que até se pode cogitar que o texto legal também se justifica para destacar a exceção, ou seja, para expressar que aquele tipo de conduta (atuação em favor de benefícios previdenciários ou

assistenciais para parentes) é permitido.

Em 4.2.6 foram apresentadas as definições de graus de parentesco e a forma de contá-los, a cuja leitura se remete.

Sob aquela ótica de valer-se de sua qualidade de servidor, a Lei prevê duas hipóteses para o enquadramento: a atuação ostensiva como procurador, em que se requer a comprovação de existência de um mandato, de uma procuração; e atuação disfarçada, como informal intermediário, dispensando-se comprovação de existência de qualquer mandato. Em regra, além de ser mais frequente, a atuação como intermediário, por possibilitar a conduta dissimulada e sub-reptícia, costuma ser mais danosa ao interesse público que a atuação assumida como procurador.

*“Denota infração continuada, e para a subsunção faz-se necessária a demonstração de existência de mandato ou procuração, que decline a outorga escrita à atuação do servidor, não bastando somente o agir, representando ou defendendo interesses de particulares, semelhantemente a um procurador, o que caracterizaria a segunda figura típica descrita como a atuação como intermediário. A intermediação denota infração instantânea, que se satisfaz com apenas uma única conduta e, não obstante, certa informalidade do ato de procurar, não necessitando, por isso, de qualquer mandato escrito ou verbal, mas sim de interposição, até mesmo de forma discreta ou velada, reservada ou dissimulada e mesmo sem a autorização ou ciência do interessado legal, para tutela de interesses alheios. A demonstração de ocorrência dessa segunda tipificação dispensa a prova de outorga de mandato escrito do particular ao servidor público, conformando-se somente com a demonstração verossímil da atuação do servidor com vista a defender ou representar interesse alheio. Com efeito, para a configuração desta segunda infração sequer há a necessidade de conhecimento pelo particular de que o servidor age ou se omite em seu nome e com o fim de tutelar seus interesses. Dispensa-se, assim, a comprovação de união de desígnios entre o particular interessado nos serviços administrativos e o servidor público que atua como intermediário de seus direitos.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pg. 277, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

De uma forma ou de outra, diligências e iniciativas inofensivas e desinteressadas de vantagem por parte do servidor, que não propiciem beneficiamento, não configuram a irregularidade. A mera atuação silenciosa como procurador ou intermediário e à margem de busca de vantagem em função da condição de ser agente público, como, por exemplo, na atuação sem sequer ter se identificado como tal, também inibe o enquadramento expulsivo em tela. Não se pode imaginar que o legislador tenha desejado imputar gravemente pequenas condutas da vida cotidiana do cidadão junto a órgãos públicos, sobretudo em outras unidades em que o agente é desconhecido, ou em outros órgãos federais ou em outras esferas da Administração Pública (como estadual e municipal), para as quais em nada contribui ou agrega favorecimento ou prestígio o fato específico de ser servidor público (a menos, óbvio, que se comprove que o servidor tenha se apresentado nesta condição com o fim de obter diferenciação).

No entanto, faz-se necessária apreciação mais rigorosa quando a atuação se dá dentro do próprio órgão de lotação do servidor ou em órgãos cuja atuação guardem relação de proximidade com o seu órgão de lotação, ainda que ele não se identifique, visto que, neste caso, a influência pode ser notória, diante de sua manifesta qualidade de servidor. Daí, o servidor deve abster-se de atuar em nome de outrem, sobretudo na própria Secretaria da Receita Federal do Brasil, mesmo em unidades distintas de sua lotação, e também em outros órgãos cuja atuação guarde correlação com o Fisco, como a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), etc. Este tipo de intermediação conta com um contexto plenamente propício para a configuração imediata da irregularidade, à vista do prestígio, da amizade, do coleguismo, da troca de favores, do livre

acesso, etc.

Justamente pela forte possibilidade de atuação dissimulada, não é um ilícito de fácil detecção e menos ainda de fácil comprovação. A detecção deste ilícito depende, basicamente, apenas de duas possibilidades. A primeira se refere à possibilidade de, no curso de investigação policial, com regular interceptação telefônica ou telemática, a autoridade policial identificar conversas ou trocas de mensagens eletrônicas com tratativas acerca de atuação de um servidor como intermediário ou procurador a favor de terceiros e daí representar ao sistema correcional. A segunda possibilidade se refere ao rechaço de um agente público ao se sentir objeto da intervenção do servidor infrator, em razão das competências regimentais (no caso de ser uma autoridade) ou das atribuições legais do cargo daquele conferirem algum poder decisório do interesse do particular a que este busca beneficiar. Diante das sugestões, pedidos, diligências e toda forma de tentativa de persuasão e convencimento por parte do infrator, o agente público vítima da atuação indevida formula representação, reportando conversas verbais, mensagens eletrônicas e documentos fornecidos pelo infrator.

Para fim de comprovação da materialidade, se a situação se encerra em um ou em alguns procedimentos ou processos decorrentes de pleitos de terceiros, deve-se solicitar cópia integral dos respectivos dossiês ou autos, a fim de pesquisar se há algum elemento que demonstre a atuação ilícita de servidor ou para identificar agentes públicos que, tendo atuado no caso, possam ter sido objeto da intervenção do infrator - sobretudo aqueles detentores de algum poder decisório - e que possam testemunhar ou que possam fornecer documentos que comprovem as tratativas e iniciativas indevidas do intermediador. Caso haja inquérito policial ou ação penal em curso, deve a comissão provocar a autoridade instauradora para que peça o compartilhamento de acesso aos autos, a fim de verificar a existência de prova da atuação ilícita, dentre os resultados de interceptação telefônica ou telemática e dentre os muitos documentos, mídias de armazenamento de dados e bens objeto de provável apreensão. Pode ser valorado também como elemento formador de convencimento o fato de haver mandato ou procuração em nome do infrator em cartórios extrajudiciais.

Ademais, mesmo para atuações como procurador ou intermediário na via administrativa, fora do próprio órgão de lotação do servidor, deve-se destacar que o dispositivo visa a impedir sua operação de forma costumeira. Assim, vislumbra-se que a atuação não eventual, ainda que em órgão distinto, pode vir a configurar o ilícito em questão, cuja penalidade associada é a demissão, motivo pelo qual se deve compreender que o Estatuto é fortemente refratário ao exercício da intermediação de interesses no âmbito administrativo por servidor, independentemente do seu cargo.

*“Desde já se afasta a configuração da infração quando o servidor não almeja nem obtém um tratamento diferenciado em função da sua qualidade de agente público, porque sequer é reconhecido como tal, situação em que a conduta não tem a potencialidade lesiva exigida pela norma, tratando-se, convém frisar, de infração sujeita à pena expulsiva.*

*Entretanto, deve-se investigar com maior cuidado quando o servidor age como procurador ou intermediário de terceiro na repartição em que trabalha, onde se presume seja conhecido e os laços de coleguismo ou amizade sejam mais fortes. Também merecem cuidados especiais os casos em que o servidor atua como procurador ou intermediário de forma habitual.*

*Para se caracterizar a infração, dispensa-se a comprovação do sucesso do pedido ou interesse patrocinado pelo servidor; da licitude deste interesse; ou mesmo da comprovação de que a atuação do servidor em nome de outrem tenha proporcionado vantagem indevida a este. Basta, para que a conduta infrinja o dispositivo, que haja a possibilidade de que a atuação do servidor possa proporcionar um tratamento diferenciado do pleito do terceiro.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 294 e 295, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/>*

Advirta-se que a razoabilidade acima defendida para este enquadramento reside no fato de que a pena prevista é capital. Não obstante a motivação que se pode obter para afastar este enquadramento gravoso no caso de uma atuação eventual e de ínfima afronta a deveres de ordem moral, pode-se ter configurada outra irregularidade de menor gravidade, punível com advertência ou suspensão.

Uma hipótese em especial merece destaque, que é a atuação como síndico de condomínio de imóveis. Conforme já exposto em **4.7.3.10.1**, esta atuação, por si só não afronta dispositivos estatutários (nem de deveres e nem de proibições), mas a representação do condomínio junto a repartições públicas em geral pode sim ser uma conduta enquadrável no dispositivo legal em tela, devendo então ser evitada pelo servidor que administre condomínio.

Acrescente-se ainda que pode ocorrer situações concretas *a priori* enquadráveis no enquadramento em tela mas que também se amoldem aos comandos mais específicos do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, voltados de forma mais direcionada, reservada e extrema a condutas suscitadoras de conflito de interesses. Estes casos, de grande gravidade, conforme se aduzirá em **4.7.3.18.6**, podem atrair a aplicação do enquadramento de improbidade administrativa (por ofensa a princípios reitores da Administração, conforme define o *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92), sendo a pena expulsiva capitulada no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

#### **4.7.3.12 - Inciso XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições**

Esse enquadramento tutela o recebimento de qualquer vantagem por parte do servidor para realizar ato regular, inserido em suas atribuições legais, não alcançando a realização de ato vedado ou beneficiamento indevido ao particular. É de se atentar para a literalidade do enquadramento, que veda o recebimento de vantagem de qualquer espécie, ou seja, não se limita a vantagens financeiras ou materiais.

*“O termo “presente” refere-se a bens materiais, à benesse distinta da propina e da comissão, que são vantagens em pecúnia, sendo esta última uma porcentagem do todo ... Anote-se que perfaz o tipo em apreço a singular percepção de propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições, prescindindo, para a sua consumação, de qualquer ação ou omissão do servidor posteriormente ao seu recebimento. A suposta entrega de vantagem desinteressada do particular, sem finalidade de contrapartida, desprovida do intuito de obter um favor específico e imediato do agente público, caracteriza o tipo ora versado, na medida em que poderá haver a intenção de benefícios indiretos, a exemplo de favoritismos ilegais, em momentos oportunos, porém imprevisíveis de plano. Com efeito, tipifica-se o simples “receber”, sem desdobramentos daí decorrentes ... Com isso há também distinção entre o tipo em comento e a corrupção, prevista no art. 132, XI, na medida em que na corrupção, apesar de preceito demasiadamente aberto, há de se denotar uma percepção indevida de vantagem, com o agir também indevido do servidor público, ferindo os estatutos de atribuições ou desviando de suas finalidades.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pgs. 280, 281 e 282, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

A rigor, a simples aceitação, por parte do servidor, de qualquer vantagem oferecida pelo particular - ainda que espontaneamente - configuraria o ilícito demissivo em tela. Mas, em que pese a legalidade, uma vez que este enquadramento impõe pena capital, há de se ter bom senso e razoabilidade na prática, diante de presentes de valor irrisório, dados pelo particular apenas como mero reconhecimento ou agradecimento por um atendimento

prestativo, atencioso, eficiente e de acordo com a lei, sem nenhum beneficiamento escuso.

Por outro lado, a comprovação da correlação entre o presente de ínfimo valor e a atuação conscientemente irregular por parte do servidor, em favor do particular, configura grave infração, tal como o valimento de cargo (art. 117, IX da Lei nº 8.112, de 11/12/90, descrito linhas acima), uma vez que o caráter indigno da conduta prevalece sobre a quantificação.

*Parecer AGU nº GQ-139, não vinculante: “16. O contexto do regime disciplinar e a positividade do transcrito inciso XII, mormente o sentido que se empresta à expressão ‘em razão de suas atribuições’, induzem ao entendimento de que o recebimento de propina, comissão, presente ou qualquer modalidade de vantagem é decorrente das atribuições regularmente desenvolvidas pelo servidor, sem qualquer pertinência com a conduta censurável de que resulte proveito ilícito.”*

*Parecer PGFN/CJU/CED nº 605/2009: “60. No caso do presente processo administrativo disciplinar, o indiciado praticou ato ilícito, manifestamente alheio à prática regular de seus atos de ofício, e, como recompensa, recebeu uma elevada quantia de dinheiro. Portanto, deve também ser afastada a aplicação do art. 117, inciso XII, da Lei nº 8.112, de 1990, mantendo-se apenas, para fins de enquadramento da conduta, os artigos 117, inciso IX (valimento do cargo), e 132, inciso IV (improbidade administrativa).”*

*Parecer PGFN/Cojed nº 2.210/2013: “95. Noutro giro, impõe-se a análise da imputação feita pela Comissão referente à infração descrita no inciso XII do artigo 117 da Lei nº 8.112/90, consubstanciada em receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão das suas atribuições.*

*96. Ocorre que o acusado recebeu valores para a prática de conduta ilícita, consistente em utilizar-se do cargo com o intento de gerar benefício à contribuinte e, ao mesmo tempo, beneficiar-se com a percepção de montantes em pecúnia, tudo em detrimento da dignidade da função pública. Se o recebimento dos valores fosse para não proceder de forma ilícita, mas para a prática de ato de ofício (lícito, portanto), a capitulação referente ao ‘recebimento de propina’ estaria correta.”*

*Formulação Dasp nº 150. Infração disciplinar*

*A infração prevista no art. 195, X, do Estatuto dos Funcionários pressupõe que a vantagem ilícita se destine a retribuir a prática regular de ato de ofício.*

*(Nota: O inciso X do art. 195 do antigo Estatuto proibia ao servidor receber propinas, comissões, presentes e vantagens de qualquer espécie em razão das atribuições.)*

*“(…) É comum que em certas épocas do ano, aqueles que utilizam os serviços da repartição, sentindo-se satisfeitos com os trabalhos prestados (...), procuram agradecer aos servidores, ofertando-lhes algum mimo (...). Dependendo das circunstâncias, pode haver até indelicadeza, em caso de recusa no recebimento (...), por parte de pessoas mais simples que se sentem agradecidas. Caso bem diferente é o daquele que vende, que aliena os interesses públicos e é recompensado (...).” Regis Fernandes de Oliveira, “Servidores Públicos”, pg. 133, Malheiros Editores, 1ª edição, 2004*

Como referência, o Código de Conduta da Alta Administração Federal, de 18/08/00 (que não se insere nas normas de natureza disciplinar, dirigido, para livre adoção, apenas a Ministros e Secretários de Estado, ocupantes de cargos de natureza especial, integrantes do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS código 101.6, e diretores e presidentes de agências nacionais, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista - no caso, apenas o Secretário da Receita Federal do Brasil se compromete com aquele Código, visto ocupar cargo de natureza especial), e a Comissão de Ética Pública consideram como meros brindes, passíveis de aceitação tão somente por aquelas autoridades, os presentes distribuídos com periodicidade não inferior a doze meses, de caráter geral (não pessoal, em que os brindes

poderiam ser recebidos por qualquer servidor e não apenas por um específico servidor) e sem valor comercial ou, de valor até cem reais, desde que distribuídos como cortesia, propaganda ou em eventos e datas comemorativas.

*Código de Conduta da Alta Administração Federal, de 18/08/00 - Art. 9º É vedada à autoridade pública a aceitação de presentes, salvo de autoridades estrangeiras nos casos protocolares em que houver reciprocidade.*

*Parágrafo único. Não se consideram presentes para os fins deste artigo os brindes que:*

*I - não tenham valor comercial; ou*

*II - distribuídos por entidades de qualquer natureza a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas, não ultrapassem o valor de R\$ 100,00 (cem reais).*

*Comissão de Ética Pública - Resolução nº 3, de 23/11/00*

*Brindes*

*5. É permitida a aceitação de brindes, como tal entendidos aqueles:*

*I - que não tenham valor comercial ou sejam distribuídos por entidade de qualquer natureza a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos ou datas comemorativas de caráter histórico ou cultural, desde que não ultrapassem o valor unitário de R\$ 100,00 (cem reais);*

*II - cuja periodicidade de distribuição não seja inferior a 12 (doze) meses; e*

*III - que sejam de caráter geral e, portanto, não se destinem a agraciar exclusivamente uma determinada autoridade.*

*“Uma vez que o dispositivo sujeita o infrator à pena de expulsão, o enquadramento nesta proibição deve ser feito com cautela, afastando-se na hipótese de recebimento de presentes de valor irrisório como gratidão por bom serviços prestados pelo servidor, podendo-se cogitar do enquadramento em infração mais leve (art. 116, inciso IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa).*

*Embora se trate de planos distintos de verificação da conduta dos servidores, não há como negar a influência do quanto previsto no Código de Conduta da Alta Administração Federal e na Resolução nº 3, de 23/11/2000, da Comissão de Ética Pública da Presidência da República, na interpretação deste dispositivo.*

*Segundo preveem aqueles regulamentos, é permitida a aceitação de brindes que não tenham valor comercial, ou até o valor de R\$ 100,00, que detenham determinadas características que afastam a presunção de pessoalidade ou imoralidade do ato, descaracterizando a potencialidade lesiva da conduta, e, por consequência, a própria infração disciplinar.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 296, 2013, disponível em [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual_PAD.pdf), acesso em 07/08/13*

Por fim, este enquadramento disciplinar também pode configurar simultaneamente o ato de improbidade administrativa definido no inciso I do art. 9º da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

E, mais especificamente, pode ocorrer situações concretas *a priori* enquadráveis no enquadramento em tela mas que também se amoldem aos comandos mais específicos do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, voltados de forma mais direcionada, reservada e extrema a condutas suscitadoras de conflito de interesses. Estes casos, de grande gravidade, conforme se aduzirá em **4.7.3.18.6**, podem atrair a aplicação do enquadramento de improbidade administrativa (por ofensa a princípios reitores da Administração, conforme define o *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92), sendo a pena expulsiva capitulada no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

#### **4.7.3.13 - Inciso XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro**

Inciso de definição autocompreensível e de aplicação inafastável, em que se tutela a lealdade e a confiabilidade do servidor para com seu Estado. O dispositivo veda o possível comprometimento do servidor com Estado estrangeiro que pudesse afetar sua relação de fidelidade para com o Estado brasileiro. Neste rumo, não comporta, pelo menos em princípio, qualquer exceção diante da configuração.

Tanto é verdade que, no antigo ordenamento constitucional, tal conduta, sem autorização prévia ou licença por parte do Presidente da República, era até causa de perda da nacionalidade brasileira. A atual CF não impõe esta sanção, mas, em contrapartida, a Lei, não estabelecendo ressalva, impõe o enquadramento ainda que haja anterior autorização por parte do Presidente da República.

*“(...) nem com autorização do Presidente da República pode o servidor federal aceitar comissão, emprego ou pensão de Estado estrangeiro.” Edmir Netto de Araújo, “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, pg. 87, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

*“O Vocábulo “ comissão “ refere-se à retribuição, vantagem, gratificação, prêmio, percentagem, por serviços prestados ou demandas realizadas. O vocábulo “ emprego “ corresponde à relação de trabalho que contenha os elementos pessoalidade, não eventualidade, onerosidade, subordinação e alteridade. Importante reparar que a tipificação não faz menção à relação de trabalho, mais abrangente que a relação de emprego, fazendo-se denotar, por força do princípio da legalidade, que a aceitação de trabalho distinto do conceito de emprego não perfaz a infração em questão, podendo, no entanto, caracterizar outra infração subsidiária, a exemplo do ilícito disciplinar de improbidade administrativa, consoante art. 132, IV da Lei 8.112/90 ... Mister reparar que a tipificação legal não fez menção a organizações internacionais, fixando-se somente no termo “ Estado estrangeiros “, o que nos permite assinalar que a aceitação de comissão, emprego ou pensão dessas instituições não perfaz subsunção ao tipo em comento. Não obstante, pode-se caracterizar infração ao dever de lealdade, ou ainda, outra infração grave ou gravíssima, a depender do caso concreto, a exemplo, para o servidor policial federal, ofensa ao dever de exercício exclusivo do cargo público, previsto no art. 43, LIII, da Lei 4.878/65, ou mesmo ilícito disciplinar de improbidade administrativa, consoante art. 132, IV, da Lei 8.112/90 ... Há, como visto linhas acima, a distinção técnica entre os vocábulos “ emprego “ e “ trabalho “, na medida em que a relação de emprego é específica e requer para sua caracterização as presenças dos elementos pessoalidade, onde o trabalhador emprega sua força de trabalho de forma direta, presencial, sem substituições por outra pessoa; não eventualidade, como pessoa integrante permanente dos quadros da empresa; onerosidade, trabalho mediante remuneração (não gratuito), correspondente ou em contrapartida aos serviços prestados; subordinação, representando a relação de trabalho subordinada juridicamente ao empregador; e alteridade, relação de trabalho onde os riscos são assumidos pelo empregador; ou seja, os serviços realizados pelo empregado são por conta e risco do empregador. A situação que venha a caracterizar relação de trabalho não contém ao menos um dos elementos referidos para a relação de emprego. Desta monta, fiel ao princípio da tipicidade estrita, não se pode capitular a aceitação de trabalho de Estado estrangeiro ao preceito ora em análise, posto que o tipo somente se refere à relação de emprego e não à de trabalho. Não obstante, a aceitação de trabalho de Estado estrangeiro ofende o dever ou, sendo o caso de análise das circunstâncias concretas, outro tipo de proibição grave ou gravíssima, a exemplo de insubordinação grave, corrupção, acumulação ilegal de cargo ou função pública.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pgs. 284, 285 e 286, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

#### 4.7.3.14 - Inciso XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas

O termo “usura” pode compreender diversas atitudes de ordem prática, tais como o empréstimo de dinheiro a juros exorbitantes, a agiotagem, a especulação, a extorsão, em busca de lucro excessivo.

*“O Decreto 22.626/33, ainda em vigor, dispõe sobre os limites máximos dos juros de empréstimo em dinheiro, definindo o crime de usura. A tipificação faz menção à usura “sob qualquer de suas formas”, abrangendo a cobrança de juros elevados e ou capitalizados, ou, ainda, integrados por comissões embutidas nos valores. Deste modo, o servidor público que empresta dinheiro a juros elevados, ou pratica o anatocismo, definido como a cobrança de juros sobre juros, ou juros capitalizados, comete o crime de usura e, simultaneamente a infração administrativa disciplinar de usura. A infração administrativa disciplinar se configura não com o empréstimo de dinheiro a juros, mas sim com a cobrança excessiva desses juros, em valores elevados ou procedimentos escusos ... O núcleo da figura típica disciplinar é o verbo “praticar”, o que denota necessidade de habitualidade, para a configuração do ilícito. Desta feita, um ou outro ato de usura não configuram a habitualidade, não perfazendo a subsunção para tipificação. Diferentemente, teríamos ilícito instantâneo, prescindindo de reiteradas condutas, se o verbo empregado fosse o ‘cometer’ a usura.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pgs. 287 e 288, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

A definição jurídica da usura encontra-se no art. 4º da Lei nº 1.521, de 26/12/51, que define crimes contra a economia popular, como um delito daquela natureza. Embora tal Lei, definindo um crime comum, volte-se a toda a sociedade e possa ter sob sua aplicabilidade quaisquer atos de vida privada de qualquer pessoa, no que aqui interessa, aplica-se, de forma restritiva, tal conceito jurídico para atos cometidos por servidor no exercício de seu cargo.

*Lei nº 1.521, de 26/12/51 - Art. 4º Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:*

*a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro, superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;*

*b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.*

Conforme já abordado em **3.1**, o processo administrativo disciplinar está voltado para os atos ilícitos que tenham sido cometidos em função, direta ou indireta, do exercício do cargo. Assim, não se pode impor a interpretação da expressão “sob qualquer de suas formas” de maneira dissociada da leitura sistemática da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (destacadamente em seu art. 148), como se configurasse a irregularidade disciplinar por atos de usura que o servidor pratica em sua vida particular, fora da repartição e do horário de trabalho, completamente desvinculados do cargo que ocupa.

*Formulação Dasp nº 286. Usura*

*Pratica usura o funcionário que, aproveitando-se da precária situação financeira de colega, compra-lhe a preço vil, para revenda, mercadoria adquirida em Reembolsável mediante desconto em folha.*

#### 4.7.3.15 - Inciso XV - proceder de forma desidiosa

Configura-se a desídia com a conduta continuada ou habitual por parte do servidor, marcada, de forma injustificada, pela ineficiência, desatenção, desinteresse, desleixo, indolência, descaso ou incúria no desempenho das atribuições legais do seu cargo. Todavia, à vista de ser apenada com pena expulsiva, não é qualquer conduta ineficiente sobre algum

aspecto irrelevante da instância administrativa que configura o ilícito. A configuração da desídia requer que a ineficiência por parte do servidor resida em aspecto significativo para o serviço ou para o interesse público ou para a instituição, a tal ponto de merecer forte tutela do Direito Administrativo Disciplinar.

Mas isto não basta para a configuração da desídia, visto aqui se tratar de matéria punitiva, obviamente inserida no contexto de responsabilidade subjetiva. Não é suficiente para potencial aplicação de responsabilização ao servidor apenas a configuração objetiva de um fato criticável (prejuízo à eficiência administrativa, no caso). Deve-se ainda ter demonstrado o ânimo subjetivo do agente, o que conduz à necessidade de se configurar que o tal prejuízo decorreu de postura imprudente, imperita ou negligente do servidor, conforme a seguir se justifica.

Em última análise, o resultado da conduta desidiosa do servidor afeta a eficiência da própria Administração, prejudicando a qualidade ou a quantidade do serviço prestado pelo agente público. Daí, advém que a desídia não é considerada ilícito de natureza dolosa, pois não é esta a intenção do servidor - afetar a eficiência do serviço público. A desídia não se amolda à definição de ilícito doloso (em que a intenção do autor é atingir o resultado delituoso da conduta). No caso, o servidor tem a intenção de tão somente diminuir ou eliminar sua própria carga de trabalho, mitigando suas responsabilidades, em conduta que, em relação ao resultado final (ineficiência do serviço público), eiva-se de negligência, de imperícia ou de imprudência. Portanto, a desídia é hipótese de aplicação de pena capital de natureza culposa e nela não se cogita de dolo; a rigor, é a única infração expulsiva de natureza culposa na Lei nº 8.112, de 11/12/90.

*STJ, Recurso Especial nº 875.163: “Ementa: 3. No caso concreto, o Tribunal de origem qualificou equivocadamente a conduta do agente público, pois a desídia e a negligência, expressamente reconhecidas no julgado impugnado, não configuram dolo, tampouco dolo eventual, mas indiscutivelmente modalidade de culpa. Tal consideração afasta a configuração de ato de improbidade administrativa por violação de princípios da administração pública, pois não foi demonstrada a indispensável prática dolosa da conduta de atentado aos princípios da Administração Pública, mas efetiva conduta culposa, o que não permite o reconhecimento de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92.”*

Sintetizando as duas ideias anteriores, pode-se dizer que, embora o resultado da conduta desidiosa (ineficiência do serviço público) não configure o ânimo subjetivo do autor, dele não se abre mão para se configurar o ilícito. Ou seja, embora o servidor não tenha a determinada intenção de, com sua conduta culposa, afetar a eficiência da instância administrativa, é necessário que haja este prejuízo decorrente da conduta para que se cogite de imputar tal enquadramento ao servidor, afastando-se então tanto as condutas dolosas quanto aquelas de que resulte pequena afronta ou baixa lesividade à Administração.

Não obstante a definição de desídia exigir o comportamento reiterado, com habitualidade ou continuidade no tempo, há autores que admitem que uma única conduta, ainda que culposa, mas causadora de grande dano, já possa configurar desídia. Assim já se manifestou a Advocacia-Geral da União, no Parecer AGU nº GQ-164, vinculante, reproduzindo citações doutrinárias:

*“12. (...) Desídia (e). É falta culposa, e não dolosa, ligada à negligência: costuma caracterizar-se pela prática ou omissão de vários atos (comparecimento impontual, ausências, produção imperfeita); excepcionalmente poderá estar configurada em um só ato culposo muito grave; se doloso ou querido pertencerá a outra das justas causas. (...)” (Valentim Carrion - Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 18ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pp. 362/3). (...)*  
*‘Quando a desídia é intencional, como na sabotagem, onde há a idéia*

*preconcebida de causar prejuízos ao empregador, por esse aspecto doloso, ela se identifica com a improbidade. (...)’ (Mozart Victor Russomano - Comentários à CLT, 13ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 561).”*

*“No entanto, não se deve descartar a possibilidade do enquadramento no art. 117, inciso XV, tão só pelo fato de que trata-se de uma conduta única, devendo-se ponderar a gravidade e circunstância do ato, conforme se observa do Parecer AGU GQ-164, vinculante, que reproduz citações doutrinárias neste sentido”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 300, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Mas, em regra, a desídia requer continuidade ou habitualidade. Por exemplo, uma (ou até mais de uma) irregularidade isoladamente cometida em um único dia, beneficiando indevidamente terceiro, pode ser enquadrada em valimento de cargo (art. 117, IX do Estatuto) ou em improbidade administrativa (art. 132 IV do Estatuto), que não se harmonizam com desídia, quando se verifica que aquela mesma atividade, sob mesmas condições da concessão irregular, sempre foi devidamente executada pelo servidor ao longo do tempo, comprovando sua capacitação e, daí, inferindo seu dolo em fazer de forma irregular em uma situação específica.

A configuração da desídia passa pelo mau exercício das atribuições legais do cargo, tendo, então, como imprescindível, o real exercício do cargo, não se confundindo com hipóteses de total afastamento das atribuições. Em princípio, reiterações de atrasos ou faltas merecem enquadramentos outros (desde o descumprimento do dever de assiduidade e de pontualidade, até os ilícitos de abandono de cargo ou de inassiduidade habitual, conforme arts. 116, X, 138 e 139 da Lei nº 8.112, de 11/12/90), que não a desídia.

*Parecer AGU nº GQ-87, não vinculante: “14. O novo estatuto dos servidores públicos civis da União (Lei nº 8.112, de 1990) estatui a responsabilidade administrativa pelo exercício irregular das atribuições e proíbe que se proceda de forma desidiosa, cominando a penalidade de demissão ao transgressor da norma (arts. 117, 121 e 132). Constitui pressuposto da infração o exercício de fato das atribuições cometidas ao servidor.”*

Também não se cogita do aspecto disciplinar quando a ineficiência no exercício das atribuições legais advém de incapacidade física ou mental do servidor para o cargo (aí se incluindo a hipótese de desvio de função), para a qual se requer providência da área de gestão de pessoas. A ineficiência disciplinarmente punível é aquela associada à negligência.

*“(...) a ineficiência tem outro significado: exatamente a falta de eficiência, tirocínio ou capacidade, mas tendo como origem outras causas que não a negligência ou formas assemelhadas. A ineficiência não levaria à demissão (salvo no caso de ineficiência negligente, que é a desídia), relacionando-se mais à readaptação, exatamente como fez a Lei nº 8.112/90 (art. 24 e §§): ineficiência de origem física e mental induz a readaptação que, se não for possível, determinará a aposentadoria (art. 24, § 1º) (...).” Edmir Netto de Araújo, “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, pg. 220, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

A definição da desídia guarda relação, em princípio, com a habitualidade ou continuidade no tempo, nos termos já dispostos em **2.5.3.4**, de atos culposos de descaso e de descompromisso com a qualidade do serviço. Ou seja, a desídia tem em sua base contínuas ou habituais afrontas a deveres funcionais elencados no art. 116 do Estatuto. Todavia, não se tem como pré-requisito essencial para se enquadrar um servidor em desídia que ele já tenha sido apenas uma ou mais vezes por falta de zelo, dedicação ou lealdade ou por inobservância de normas, por exemplo. Óbvio que a existência comprovada de tais antecedentes reforçam a convicção da desídia, mas não é imprescindível.

*“(...) resulta de uma conduta voluntária reveladora de negligência, imprudência e imperícia (descaso, incúria, falta de zelo, etc), atribuída ao funcionário.*

*Entretanto, ressalte-se que o ‘proceder de forma desidiosa’, para configurar causa motivadora da pena capital de demissão, requisita, além dos elementos acima referidos, que a incúria imputada ao agente público se revista de certa gravidade, sob pena de se afrontarem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade previstos no art. 2º da Lei nº 9.784/99. (...)*

*Na seara do direito do trabalho, onde a desídia, também caracterizando-se como a violação ao dever de diligência (descaso, incúria, falta de zelo), não requer, como pressuposto, a prévia punição das negligências anteriormente cometidas, ou que sejam elas perpetradas numa gradativa sequência de rigor.” José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pg. 398, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

A comprovação material da conduta desidiosa pode se revelar uma tarefa difícil se a seara gerencial não prover uma representação rica em elementos da conduta pretérita do infrator, sobretudo em que tenha registrado a pouca dedicação e as reiteradas cobranças.

No caso mais frequente de se cogitar de desídia, qual seja, diante de conduta reiteradamente culposa, pode-se elencar como primeiros indícios a serem buscados: a análise do Dossiê do RH do servidor, onde se lêem se já houve registros disciplinares anteriores, sobretudo associados à falta de zelo; a realização de oitivas com o representante ou denunciante, com a chefia e com colegas de trabalho, para se tentar elaborar um padrão comportamental e de produtividade no local de trabalho do suposto desidioso; e a análise da qualidade, da celeridade e da correção dos procedimentos realizados pelo servidor em comparação com procedimentos similares realizados por colegas de trabalho da mesma unidade, em similar grau de complexidade. Por fim, caso a atividade laboral do possível desidioso seja controlada por algum sistema informatizado, é importante pesquisar os relatórios gerenciais de sua produtividade (quantidade de casos trabalhados e tempo médio necessário para solução de cada caso, por exemplo) e comparar com os mesmos dados gerenciais para colegas de trabalho com similares tarefas e com equiparado grau de experiência e capacitação.

E, no caso mais incomum da desídia por fato único, não havendo indícios de conduta dolosa que fariam de imediato o enquadramento migrar para valimento do cargo ou improbidade administrativa, pode-se elencar como iniciativas da comissão: verificar se há registro de conduta do servidor eivada da mesma falha em casos anteriores; ponderar o grau de complexidade do procedimento funcional com a experiência e capacitação do servidor e a sua conduta em casos pretéritos similares; estimar o prejuízo não só material mas também à imagem institucional decorrente da conduta em apreço e o quanto o caso em tela poderia ser tido como comum e cotidiano ou, ao contrário, como excepcional, diferenciado e exigente de uma atenção qualificada, com o que se exclui a concessão do instituto do erro escusável. Por fim, caso a atividade laboral do infrator seja controlada por algum sistema informatizado, é importante pesquisar o tempo gasto com o caso em tela com a média de tempo que o próprio servidor e que os colegas de trabalho costumam dedicar para casos similares (um tempo absurdamente exíguo pode indicar desleixo e descompromisso com a qualidade); e se o procedimento objeto de crítica tiver associado algum valor financeiro (crédito tributário, por exemplo), é importante comparar o valor nele inscrito com a média dos valores dos casos pretéritos, a fim de enriquecer a estimativa, acima já abordada, do grau de relevância do caso dentro do contexto de trabalho.

Por fim, uma vez comprovada a desídia, o enquadramento no art. 117, XV absorve as irregularidades previstas no art. 116, I, II ou III, todos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, dentre outras de menor gravidade.

#### **4.7.3.16 - Inciso XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares**

Na gradação mais gravosa do inciso II deste mesmo art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (que proíbe a retirada inautorizada de documentos e bens da repartição), este inciso visa a impedir que o servidor faça da repartição um escritório particular, para uso em favor de serviços ou de atividades, sejam do próprio infrator, sejam de terceiro, estranhos ao interesse da Administração. Este dispositivo não se reporta, portanto, ao mau emprego de pessoal ou de material no exercício do cargo, visto que o foco é voltado para o desvio deste emprego, a favor de serviços ou atividades particulares.

Como é um ilícito ensejador de pena capital, o enquadramento deve ser criterioso, de bom senso, razoável e proporcional. *A priori*, não se justifica a instauração de instância administrativa, com vista a tal enquadramento, em virtude de atos insignificantes.

*“Com relação à aplicação desse princípio [da insignificância], nos crimes contra a administração pública, não existe razão para negar incidência nas hipóteses em que a lesão ao erário for de ínfima monta. É o caso do funcionário público que leva para casa algumas folhas, um punhado de clips ou uma borracha. Como o Direito Penal tutela bens jurídicos, e não a moral, objetivamente o fato será atípico, dada a sua irrelevância. (...)”, Fernando Capez, “Curso de Direito Penal”, vol. 1, pgs. 12 e 13, Editora Saraiva, 10ª edição, 2006*

Ademais, se destaca que este enquadramento disciplinar também pode configurar simultaneamente os atos de improbidade administrativa definidos nos incisos IV ou XII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

#### **4.7.3.17 - Inciso XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias**

Os arts. 129 e 132, XIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, especificam que a infringência aos incisos I a VIII e XIX do art. 117 implica pena de advertência, originariamente, ou de suspensão, secundariamente; por sua vez, a violação aos incisos IX a XVI do art. 117 implica pena expulsiva. No entanto, a Lei não expressa pena para o descumprimento dos incisos XVII e XVIII do art. 117. Portanto, como aplicação residual, no art. 117 do Estatuto, resta apenas a inobservância destes dois incisos como hipóteses originárias de imposição de suspensão (existe ainda a previsão específica do art. 130, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90).

Dito isto, o dispositivo visa a coibir o chamado desvio de função. O indicador de que tal prática é repugnada na Administração pode ser inferido na comparação com o inciso VI deste mesmo art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, linhas acima. Em leitura apressada, poder-se-ia criticar de incoerente a norma, ao apenar originariamente com advertência (e, apenas no extremo, com suspensão) algo que *a priori* aparenta ser mais absurdo e distanciado da regularidade (cometer a um particular a atribuição legal do próprio servidor infrator ou de algum seu subordinado) do que a hipótese em tela (cometer as atribuições legais a outro servidor), apenável já de plano com suspensão.

A inferência que se extrai é a relevância que o legislador quis emprestar ao desvio de função, como fato desorganizador da seara pública e violentador da legalidade (visto que os cargos são criados por lei, que já estabelece suas atribuições).

Sem prejuízo da responsabilização imposta pelo presente inciso a quem comete suas atribuições legais, o servidor para o qual foram cometidas atribuições legais de outrem responde disciplinarmente por irregularidades porventura cometidas enquanto na situação de desvio de função.

*“(...) Se (...) o servidor desviado de função comete infração (...) em razão*

*daquele cargo que estava ocupando de modo irregular, é cabível a apuração pela via do processo disciplinar, ou este deve apenas ser instaurado quando forem irregularidades (...) que tenham relação com as atribuições do seu cargo, o de investidura regular? Em nosso entender, quando o dispositivo fala em 'cargo em que se encontre investido', a expressão atinge a investidura regular, o desvio de função ou mesmo a situação por demais anômala do funcionário de fato." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pgs. 102 e 103, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Obviamente, situações emergenciais e transitórias, que obrigam a desviar servidor de suas funções, com motivação e interesse público, têm afastadas seu caráter ilícito.

Sendo ilegal a ordem de um superior que comete a um subordinado atribuições estranhas ao seu cargo, a recusa por parte deste servidor não configura o descumprimento do dever estabelecido no art. 116, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

#### **4.7.3.18 - Inciso XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho - em Associação com Conflito de Interesses Definido na Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013**

O presente inciso estabelece as condições em que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, veda a prática de atividades privadas concomitantemente com o exercício de um cargo público, cabendo, então, de imediato, se esclarecer que este dispositivo não se confunde com a ilegalidade em geral intrínseca à acumulação de cargos, empregos ou funções públicas, definida nos arts. 118 a 120 e enquadrada no art. 132, XII, todos daquela mesma Lei, conforme se abordará em **4.7.4.12**.

Dito isto, inicia-se a apresentação do presente inciso - e como de outra forma não poderia ser - à luz restritivamente da Lei nº 8.112, de 11/12/90, interpretando-o no delimitado contexto normativo e temporal em que o dispositivo se insere - qual seja, apenas daquele diploma legal que, de forma abrangente e estática no tempo, sem ter sofrido atualização redacional, regula a relação estatutária vigente na Administração Pública federal como um todo. Neste primeiro momento, não se vai enriquecer o texto com menções a outras normas específicas e destacadamente posteriores ao Estatuto e que tornaram mais abrangente e relevante o tema da incompatibilidade de atividades privadas. Além da crescente aproximação do texto com as normas mais recentes, no seu transcurso, à medida que a análise se aprofundar, se buscará a aplicação do presente inciso no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil e, mais precisamente, da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, enriquecendo o tema com as normas mais específicas e com as peculiaridades institucionais.

Conforme afirmado em **4.7.3.17**, o inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, possui o destaque de ser um dos poucos enquadramentos puníveis originariamente com pena de suspensão (o único outro enquadramento com mesma sanção é o antecedente inciso XVII do mesmo artigo). A configuração de prática de atividade privada incompatível com jornada de trabalho ou com a natureza do cargo impõe, no mínimo, a aplicação de pena de suspensão, podendo variar de um a 90 dias (ou até pena expulsiva, caso a conduta fática se amolde a outro enquadramento mais gravoso, conforme se abordará adiante), não se cogitando de aplicação de pena de advertência.

#### **4.7.3.18.1 - Atividades Privadas Incompatíveis sob a Ótica da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**

Preambularmente, deve-se lembrar que a regra geral da matéria correcional estatutária é de que atos de vida privada (entendidos como atos sem nenhuma correlação com a Administração Pública, com a instituição ou com o cargo), em princípio, não acarretam

repercussão disciplinar, conforme já se detalhou em **3.2.3.1**. Não obstante, conforme a parte final do dispositivo do art. 148 do Estatuto, pode haver repercussão disciplinar para atos, ainda que cometidos fora da instituição ou do horário de trabalho, mas que se relacionem com o cargo ou que nele interfiram. Esta dinâmica assume relevância na análise do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, pois, se de um lado, o dispositivo concede, em rota de exceção, poder à Administração para interferir na liberdade individual da pessoa, por outro lado, requer o equilíbrio garantidor de que o órgão estatal atuará na aplicação do seu poder punitivo de forma circunscrita às previsões legais.

Tomando-se a literalidade do dispositivo em tela, tem-se que o instituto da “incompatibilidade”, em termos jurídico-normativos, significa uma espécie de vedação absoluta, sem ressalvas, em contraposição às construções em que o legislador emprega o instituto do “impedimento”, quando quer expressar uma espécie de vedação parcial, que permite algum grau de exceção ou de flexibilização.

Não obstante, ressalte-se que a ação verbal do enquadramento do presente art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (“exercer atividade”), faz subentender pelo menos uma certa habitualidade na conduta tida como incompatível, nos termos já dispostos em **2.5.3.4**, não sendo razoável, teoricamente, enquadrar aqui uma única conduta de pouco teor ofensivo ao cumprimento de jornada ou à natureza do cargo ocupado (casos em que, talvez, se pudesse cogitar de enquadrar como ausência desautorizada ao serviço, no art. 117, I da citada Lei, ou como inobservância de norma, no art. 116, III da mesma Lei, ou ainda em outro dispositivo punível originalmente com pena de advertência).

Ainda introdutoriamente, é preciso interpretar, além da literalidade, as duas formas de incompatibilidade previstas no art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90. A lógica impõe que se conclua que a conjunção aditiva “e” não tem valor cumulativo, mas sim enumerativo ou exemplificativo da lista de condutas vedadas. De outra forma, caso se quisesse acreditar na necessidade de configuração simultânea de ambos os conflitos (tanto de natureza do cargo quanto de horário de trabalho) para o cometimento desta irregularidade, far-se-ia necessário conceber que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, autorizaria a realização de uma atividade incompatível com a natureza do cargo desde que não interferisse no cumprimento da jornada ou, por outro lado, a realização de uma atividade incompatível com a jornada de trabalho desde que fosse consentânea com o exercício do cargo. Óbvio que esta tese não se sustenta, de forma a se interpretar, logicamente, aquela conjunção aditiva como alternativa: o ilícito se configura se a atividade é incompatível com a natureza do cargo ou se é incompatível com a jornada de trabalho.

Todavia, em sentido contrário aponta o Parecer AGU nº GQ-121, considerando as duas hipóteses cumulativas para poder se falar deste enquadramento. Não obstante ser o órgão máximo de assessoramento jurídico do Poder Executivo, o que faz com que todas as suas manifestações (mesmo as não vinculantes) tenham, no mínimo, um certo valor referencial, com todas as vênias, não se pode concordar com tal tese. Destaca-se que tal Parecer não é vinculante em toda a Administração, mas tão somente nos dois órgãos envolvidos (Ministério da Saúde e Casa Civil), vez que não foi oficialmente publicado, nos termos do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10/02/93.

*Parecer AGU nº GQ-121, não vinculante: “12. Incabível realmente, como alvitado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, a apenação do indiciado com supedâneo no item XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, porque, ao proibir o servidor de “exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho”, esse dispositivo tornou elemento constitutivo da configuração da falta administrativa o desempenho da atividade incompatível durante o horário de trabalho. Esta condição não se exclui quando o servidor desempenha a atividade incompatível com o cargo de que é titular fora do seu horário de expediente. Essa a finalidade da utilização da aditiva ‘e’, no aludido inciso*

**XVIII.”**

Tendo se adotado aqui a firme convicção de que o art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, impõe dois comandos de aplicações independentes, conclui-se esta abordagem introdutória ao enquadramento buscando a mais imediata identificação do que o dispositivo quer tutelar. Inequivocamente, o inciso em tela comporta dois comandos proibitivos à execução de atividades privadas - remuneradas ou não - que se ramificam em duas tutelas distintas. Primeiramente, em leitura mais imediata, o inciso visa a vedar a prática de qualquer atividade privada que ponha ou possa pôr em risco a dedicação à jornada de trabalho, tutelando o comprometimento do servidor com sua carga horária. Além disto, de forma mais proeminente, porém requeredora de uma leitura mais cautelosa e aprofundada - a que aqui não se tem pretensão de atingir apenas com as sintéticas palavras que se seguem -, o inciso também visa a vedar a prática de qualquer atividade privada que configure ou possa configurar incompatibilidade material com a natureza do cargo, nos sentidos de que seja ou possa ser favorecida ou beneficiada, no momento de sua execução, em razão de seu executante possuir a qualidade especial de ser servidor; ou que esta execução de alguma forma prejudique ou possa prejudicar, em qualquer momento, o imparcial e impessoal desempenho das atividades do cargo ou prejudique ou possa prejudicar o interesse público.

É de se perceber que, nem na tutela da preservação da jornada de trabalho e nem mesmo na tutela da incompatibilidade das naturezas pública e privada das atividades concomitantes, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, se volta para a existência ou não de remuneração de ordem financeira ou de qualquer outra forma de contraprestação, seja de que natureza for, porventura obtida pelo agente público na empreitada pessoal. Embora se saiba que, em regra, a natureza do termo “atividade” que causa maior preocupação ao legislador e faz merecer mais forte tutela legal relaciona-se mais especificamente com atividades remuneradas ou retribuídas com alguma espécie de contraprestação, nada impede que se estenda sua aplicação também para práticas que, ainda que sem nenhum tipo de retribuição financeira ou de qualquer espécie, se mostrem de alguma forma incompatíveis com o interesse público. Afinal, não se pode desprezar a possibilidade de o servidor praticar gratuitamente determinada atividade em favor de terceiro com a intenção de auferir vantagem futura ou de compensar vantagem já obtida em outro tipo qualquer de contato, negociação ou relação. E, nos casos em que há contraprestação financeira ou outra qualquer, a ação verbal do presente enquadramento é o exercício de atividade incompatível e não o eventual recebimento de alguma forma de retribuição maculada por qualquer outra conduta ilícita (que merece tutela em outro enquadramento mais específico).

#### 4.7.3.18.1.a - A Incompatibilidade com o Horário de Trabalho

A incompatibilidade de jornada de trabalho é algo que não requer maiores esclarecimentos, visto ser de configuração meramente física e concreta, e, mesmo quando há compensação de horário por parte do servidor e ainda que seja autorizada por superior hierárquico, já significa uma mitigação da supremacia da função pública, em favor de interesses privados priorizados em termos de momento e de tempo de dedicação - e, portanto, uma sujeição do interesse público à empreitada privada, o que não se tolera. Qualquer atividade privada, ainda que lícita e não remunerada, que seja praticada em concomitância com a jornada de trabalho, significa uma priorização da empreitada pessoal em detrimento da dedicação ao cargo público, ou seja, uma submissão do interesse público ao interesse particular e, portanto, configura a irregularidade em tela, em razão da incompatibilidade de horário.

O bem jurídico tutelado nesta parte final do texto do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em que se trata da questão de compatibilidade de horários da função pública com uma atividade privada, é de dedicação (não necessariamente exclusiva) ao múnus público. O legislador quis inibir que o servidor priorizasse sua dedicação de horário à outra atividade,

ainda que materialmente não conflitante com as atribuições legais do cargo que ocupa, a fim de que a função pública não fosse rebaixada a um grau menor de relevância nas valorações e ponderações cotidianas que qualquer homem mediano é impelido a fazer, diante dos mais diversos interesses, compromissos e escolhas que se lhe apresentam a cada dia. O dispositivo legal estabelece uma questão de comprometimento, de responsabilização, de atribuição de supremacia do interesse público em comparação a qualquer atividade ainda que não materialmente incompatível mas que sua prática exponha ao descaso a prioridade que deve ser dada à função pública.

Sendo a incompatibilidade de horário um ilícito facilmente detectável e compreensível - mediante mero confronto físico e concreto de jornadas de trabalho para atestar se há ou não superposição -, a seguir, a presente análise se concentrará na incompatibilidade com a natureza do cargo.

#### ***4.7.3.18.2 - A Incompatibilidade com a Natureza do Cargo ou da Função e Suas Duas Formas de se Configurar***

Antes de se adentrar no cotejamento prático e concreto do que possa a vir ou não configurar atividade incompatível com a natureza do cargo, uma vez que a literalidade do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não cuidou de fazê-lo, convém buscar esclarecer se há uma clara definição formal para a ideia empírica que acima se sintetizou, em poucas palavras, para esta espécie de incompatibilidade material. Embora seja o próprio núcleo central do enquadramento, a Lei não esclarece, em seu texto, o sentido e o alcance do termo “incompatibilidade”, requerendo, então, do aplicador do Direito, a tarefa hermenêutica de melhor interpretá-lo.

Diante da lacuna do ordenamento, pouco eficiente seria buscar o esclarecimento do presente tópico com base em linha de interpretação autêntica e sistemática. Faz-se necessário lançar mão de ferramenta hermenêutica que vá além da positividade normatizada, para identificar o fim pretendido pelo legislador e o bem jurídico que se quis tutelar na redação do ordenamento regente do tema. Em outras palavras, emprega-se o critério sistemático-teleológico, com o qual se pretende esclarecer a intenção traçada na normatização, buscando a teleologia que norteou a crítica exposta pelo legislador para a prática de atividade privada incompatível com o múnus público.

Sem dúvida, o esclarecimento da questão acerca da incompatibilidade de uma determinada atividade em confronto com o múnus público passa pela apreciação do interesse que move o servidor a se engajar naquela empreitada pessoal, a ela dispensando parte de sua energia, de seus esforços, de seus recursos humanos e materiais, de sua disponibilidade e de seu tempo. Diante das características de seletividade e de racionalidade intrínsecas às condutas e às escolhas do homem médio, é de se presumir que, quando alguém se predispõe a determinado empreendimento, o faz em busca da satisfação de algum interesse que valha aqueles sacrifícios, no sentido semântico de alguma motivação ou de algum objetivo que importa ou que se faz relevante.

Mas, para o foco presente, em que se quer esclarecer a incompatibilidade da atividade praticada em busca da satisfação de determinado interesse, é necessário ajustar a análise para o viés jurídico, de forma a se agregar, àquela visão empírica e concreta da motivação ou do objetivo pelos quais a pessoa divide suas atenções e suas prioridades em favor de outra atividade, a qualidade mais específica de este interesse se configurar em desarmonia com as atribuições legais do cargo que concomitantemente é exercido pelo mesmo agente público.

Com isto, de certa forma, se aceita que, na busca da definição do que sejam as atividades incompatíveis mencionadas no art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se caminhe no sentido de que há um critério a se utilizar, associado ao interesse qualificado, suscitar de incompatibilidade entre o público e o privado.

Se, por um lado, é certo que se deve buscar identificar, como critério de aferição, se há algum interesse (no sentido de motivação ou objetivo) que correlacione a atividade privada exercida e as atribuições legais do cargo, por outro lado, também é inconteste que não é qualquer um daqueles elementos motivadores e impulsionadores que possui o condão de inquinar uma atividade privada como incompatível, mas sim apenas aquele que, situado entre ambas atividades, faz digladiarem, no círculo delimitado da atuação funcional e da matéria referente ao cargo, os interesses público e privado, levando o servidor, de forma anfíbia, a defender este em detrimento daquele ou ao menos expondo o servidor ao risco potencial de assim agir.

A necessária eleição de um critério de aferição, portanto, aperfeiçoa-se para a busca da identificação da existência de um interesse, de uma motivação, de um objetivo em colisão entre o público e o privado, aferido na área da atuação funcional do servidor. Se, inserido no limite da atuação funcional, identifica-se a existência do critério de aferição escolhido, qual seja, o interesse, a motivação, o objetivo assimétrico situado entre o correto e o regular desempenho das atribuições públicas do servidor e as iniciativas que o movem em sua empreitada particular, revela-se a incompatibilidade com que se inquina a atividade privada por ele praticada e, assim, tem-se que o bem jurídico tutelado pelo art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, está violado na forma de lesão ou, no mínimo, está sob potencial perigo de lesão.

Face a relevância dada ao bem jurídico tutelado no inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a inibição da prática privada já desde a configuração de mero risco potencial - preventivamente evitando o desvio de conduta que possa de fato ou apenas potencialmente comprometer a garantia de independência, imparcialidade e moralidade que devem reger toda atuação pública - é importante na questão em tela e possui amparo jurídico. Primeiramente, resgatando da instância penal uma dentre tantas formas de se classificar os crimes, tem-se, em função do resultado, o crime de lesão, quando a conduta típica efetivamente viola o bem jurídico tutelado, e o crime de perigo de lesão, que coloca o bem jurídico tutelado em risco de forma tão grave que recebe proteção da lei penal. Ademais, como se verá em **4.7.3.18.6.b**, a consideração do risco potencial também se harmoniza com a leitura sistemática da Lei nº 11.890, de 24/12/08, cujo art. 3º tratou como hipótese de impedimento a prática de atividade potencialmente causadora de conflito de interesses, e da Lei nº 12.813, de 16/05/13, cujo art. 3º, I definiu como conflituosa a situação que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar o desempenho da função pública.

Assim, conforme superficialmente já se previu no enfoque introdutório, a correta interpretação da parte do dispositivo do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que tutela a possível incompatibilidade de naturezas das atividades pública e privada exercidas concomitantemente pelo agente público requer uma análise muito mais aprofundada que aquela suficiente para compreender e identificar submissão e sujeição da jornada de trabalho aos interesses particulares. Neste rumo, deve-se lembrar o que também já se introduziu em **4.7.3.18.1**, de que o principal objetivo da Lei foi vedar a prática de atividade privada, remunerada ou não, que tenha ou possa ter agregada, no momento de sua execução, alguma vantagem a qualquer dos intervenientes (o particular contratante e/ou o servidor contratado) em decorrência do cargo ocupado pelo agente público ou que, em qualquer momento, prejudique ou possa prejudicar o isento desempenho das atribuições públicas deste agente ou que prejudique ou possa prejudicar o interesse público.

Portanto, é da superposição dos focos cumulativamente restritivos extraídos tanto daquela interpretação sistemático-teleológica quanto da percepção acima, acerca do critério de aferição, de que não é qualquer interesse que inquina uma atividade privada de incompatibilidade, que se deve compreender o sentido do termo “incompatível” para a atividade privada exercida. O termo, para o fim jurídico de que aqui se cuida, pode ser compreendido como aplicável a duas ramificações teóricas de atividades, com o efeito comum de ambas propiciarem a prevalescência do interesse particular em detrimento do interesse

privado, em inaceitável postura anfíbia do agente público.

Na primeira forma de compreensão, voltada ao momento do exercício ou da feitura da atividade, a mácula de “incompatível” é aplicada àquela atividade que o servidor vier a estabelecer e para cuja prática, no momento da sua execução, em razão exatamente de o executante ser agente público, podem ser agregadas vantagens, benefícios, preferências e privilégios irregulares - os quais, sem dúvida, com visão pragmática e realística, na grande maioria dos casos, se farão repercutir na natureza e na quantificação da contraprestação recebida, que pode ser de quaisquer formas, como remuneração financeira ou retribuições de outros tipos, ou pode até nem sequer existir. Em complemento, na segunda forma de compreensão, indistintamente voltada a momentos tanto antes quanto depois do exercício ou da feitura, a mácula de “incompatível” é aplicada àquela atividade cujo acerto, contratação, pré-estabelecimento ou ainda cuja prática ou execução possam, em qualquer momento, interferir na isenção e na impessoalidade necessárias para que o desempenho das atribuições legais do cargo se dê em sintonia com o interesse público.

Em sintéticas palavras, adotam-se duas possibilidades de se configurar a incompatibilidade de que trata o art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e que se somam, diferenciadas pela possibilidade de a contaminação da isenção e da imparcialidade do servidor, em razão das dubiedades de seus interesses, se manifestar na prática da conduta ou de se manifestar no exercício do cargo. Na primeira hipótese de aplicação do conceito, tem-se a incompatibilidade se manifestando na forma indevida de o agente público praticar (ou de poder vir a praticar) a conduta inaceitável no momento desta execução, sem repercutir no desempenho do seu cargo; diferente e complementarmente, na segunda forma de aplicação do conceito, a incompatibilidade não repercute no momento da prática da conduta, mas sim antes ou depois dela, quando o servidor ainda está na sua função de agente público ou quando já a retomou, na forma indevida de desempenhar (ou de poder vir a desempenhar) seu cargo.

Aqui então se cogita de duas possibilidades de uma prática privada enquadrar-se na definição genérica de atividade materialmente incompatível acima apresentada: na primeira possibilidade, embora não haja contaminação no desempenho do múnus público, a incompatibilidade se configura porque a empreitada particular se beneficia ou pode vir a se beneficiar pelas atribuições legais do cargo; e, na segunda possibilidade, a incompatibilidade se configura porque o desempenho do múnus público se contamina ou pode se contaminar em razão daquela empreitada particular.

*Orientação Coger nº 31*

*A incompatibilidade material da atividade privada se configura quando o desempenho do múnus público se contamina ou pode contaminar-se em razão da empreitada pessoal, ou quando a esta se agregam vantagens, benefícios, preferências ou privilégios competitivos pelo fato de seu executante ser servidor.*

Imprescindível deixar muito claro que a possível conclusão de que determinada atividade privada configura uma das duas formas de incompatibilidade material aqui teoricamente modeladas (quais sejam: ou de as atribuições legais do cargo do servidor poderem levar a uma contaminação da prática particular, no momento de sua execução; ou de a relação firmada com o ente particular poder contaminar a isenção do desempenho das atribuições quando aquele contratante se coloca como o administrado) requer a convicção de que a conduta ilícita do agente público decorre tão somente do interesse em conflito (ou seja, do preciso critério de aferição adotado) e não de qualquer outro estímulo, ânimo subjetivo, desvio comportamental, vício de vontade ou até mesmo mácula de caráter dissociados da relação privada estabelecida com o contratante.

Em outras palavras, se, por um lado, até é possível que um servidor que pratique determinada atividade privada possa acessar dados sigilosos do órgão para individualizar a capacidade financeira de cada cliente e daí cobrar-lhes diferentes remunerações ou quaisquer

outros tipos de contraprestação ou, em razão do acerto, da contratação ou do estabelecimento para a prática já realizada ou a realizar, possa afrouxar os critérios de controle e de aplicação da legislação sobre aquele administrado, por outro lado, não se tendo indícios de que tais condutas do servidor são única e indissociavelmente vinculadas àquela empreitada particular, mas sim de que decorrem de outros estímulos, ânimos subjetivos, desvios comportamentais, vícios de vontade ou máculas de caráter específicos, não há que se falar do cometimento da ilicitude de praticar atividade incompatível, mas sim do cometimento de irregularidades outras - as quais provavelmente este agente público cometeria mesmo se não tivesse a formação ou a habilitação para a prática daquela atividade.

Se assim não fosse, antecipando-se o foco para qualquer cargo em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil, não haveria atividade privada que restasse compatível no âmbito da instituição, uma vez que, mediante o possível indevido acesso a dados fiscais reveladores do estado de riqueza do seu particular contratante, o servidor poderia exigir maior ou menor contraprestação, de acordo com a capacidade financeira daquele que o contratou - inclusive em atividades *a priori* compatíveis. No mesmo sentido, tanto é verdade que a incompatibilidade em razão da natureza do cargo dissocia-se das meras potencialidades e até mesmo dos efetivos poderes de o cargo agregar vantagens à contraprestação financeira ou de qualquer outra espécie, que é possível se cogitar de incompatibilidade mesmo em atividade privada regulada pelo Poder Público e na qual os agentes não têm poder de influenciar ou interferir na remuneração controlada de ofício.

Ainda neste rumo, é de se destacar que as meras possibilidades de o servidor poder acessar dados fiscais (irrelevantes e dispensáveis para prática do serviço particular) para empregá-los na valoração da contraprestação a receber pelo exercício de uma atividade privada qualquer totalmente dissociada do múnus público ou de, em razão do acerto para a realização de tal atividade inespecífica, poder afrouxar as imposições legais sobre o contribuinte que o contrata ou que é seu cliente não fazem parte do bem jurídico ora em questão no art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, mas sim integram bens jurídicos tutelados em outros enquadramentos disciplinares específicos para sancionar o acesso imotivado, o valimento de cargo ou a violação do sigilo dos dados particulares em poder do órgão.

A eventual adoção de uma interpretação que abrangesse a simples possibilidade de acesso a dados fiscais para serem transportados para os interesses da atividade privada como o critério de aferição, com o fim de inquinar como materialmente incompatível uma atividade privada qualquer de objeto não colidente com o múnus público (e que, para cuja feitura, aquelas informações se mostram completamente dispensáveis e irrelevantes, não fazendo parte da execução da atividade), concederia ao intérprete uma inaceitável aplicação ilimitada do conceito de incompatibilidade material e levaria a uma construção absurda, desproporcional, desprovida de bom senso e contrária ao princípio da segurança jurídica de que toda empreitada particular restaria incompatível na Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Isto porque a grande maioria das atividades inseridas no contexto jurídico-econômico, de alguma forma e sob algum grau, submete-se às incidências de controle ou de fiscalização ordinariamente exercidas pela instituição, gerando dados de natureza fiscal a serem armazenados sob cláusula de sigilo. Daí, se poderia inferir que a prática de qualquer atividade privada por servidor exerceria sobre este agente público alguma parcela de interesse de acesso às aquelas informações reveladoras da capacidade econômico-financeira de seus potenciais clientes e contratantes, o que faria sempre se cogitar de indevida influência dos interesses privados sobre a conduta do servidor, seja na execução daquela atividade, fora do ambiente da repartição, seja no imparcial e impessoal desempenho de suas atribuições legais. A suposta adoção de um modelo que alçasse as consecutivas possibilidades de acesso a dados fiscais para empregos outros que não a efetiva prestação do serviço (já que tais informações não são relevantes e indispensáveis para a prática em si, que tem objeto distante das atribuições legais

do cargo) como critério de aferição da incompatibilidade material explicaria o exemplo acima mencionado, em que o sistema jurídico de aferição se demonstraria inconsistente, porque não fecharia o ciclo, já que, ao seu final, buscaria a tutela de proteção de um bem jurídico distinto daquele que se estabelece e cuja afronta se pune no art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Ademais, esta hipotética adoção levaria à incoerência de o trabalho hermenêutico conduzir a uma inadequada conclusão de exigência absoluta de dedicação exclusiva, não prevista pelo legislador.

Em sentido contrário, após o descarte do contraexemplo, pode-se cogitar da validação do modelo que elege como critério de aferição da incompatibilidade material, na área de atuação funcional do servidor, a não convivência ou a imiscibilidade do correto e regular desempenho das suas atribuições públicas com as motivações e os objetivos que movem a atividade privada por ele praticada. Este modelo se demonstra circularmente coerente porque revela que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seu art. 117, XVIII, prevê um enquadramento disciplinar, tutelando o bem jurídico da isenção e da imparcialidade da atuação funcional, e, caso se detecte uma conduta concreta que afronta, viola, lesiona ou expõe a perigo de lesão tal bem jurídico (conduta em que se atesta a existência daquele objetivo que faz com que se antagonizem o público e o privado), a norma incide sobre o infrator, impondo o enquadramento e estabelecendo a devida penalidade estatutária.

#### **4.7.3.18.3 - Profissões Liberais**

Apresentados o escasso balizamento normativo e a consequente modelação hermenêutica sistemático-teleológica, reconhece-se que, na prática, o principal exemplo para análise da questão da incompatibilidade em virtude da natureza do cargo reside nas profissões liberais, as quais, presumidamente, são remuneradas. Mas, antes, ainda é preciso ratificar que, sob o enfoque generalista típico de um diploma legal de índole estatutária e aplicável a todos os servidores públicos civis do Poder Executivo federal, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não tem a intenção - e nem poderia mesmo tentar fazer - de apresentar a lista de profissões liberais materialmente tidas como incompatíveis a cada órgão, a cada carreira, a cada cargo de toda a Administração federal. Afinal, diante da multiplicidade das tutelas públicas constitucional e legalmente dispostas a inúmeros órgãos, carreiras e cargos, determinada atividade privada tida como materialmente incompatível com a natureza de um cargo pode não ser em relação a outro e vice-versa. Faz-se então indispensável um trabalho de construção e de elaboração, interno a cada órgão, para que se interprete, no respectivo âmbito das funções e dos múnus públicos ali exercidos e das carreiras e dos cargos específicos que o integram, quais empreendimentos e iniciativas particulares são cristalina e inequivocamente incompatíveis e que, portanto, aquela própria instituição não tolera que seus agentes públicos pratiquem.

Sem prejuízo da competência normativa infralegal, que se abordará em **4.7.3.18.6.c**, atribuída à respectiva Comissão de Ética Pública Seccional e sobretudo ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13, para se manifestarem, quando provocadas, no caso de resistir dúvida acerca da compatibilidade ou não de determinada atividade em concreto com o cargo do executante, nada obsta que, antes e acima de tudo, o próprio órgão, como melhor e insubstituível conhecedor de si mesmo e de suas competências e de seus autocontroles, manifeste as profissões liberais que afrontam suas tutelas internas. Pode-se compreender que, no complexo contexto técnico-jurídico do tema em apreço, quando um órgão toma a iniciativa de, *ex officio*, apenas e tão somente declarar - seja por que instrumento interno for, tais como normas ou soluções de consultas ou notas técnicas - que determinada profissão liberal é materialmente incompatível com as suas competências e prerrogativas institucionais, nada mais faz do que zelar pela tutela preventiva que permeia os arts. 4º e 8º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e o faz sem afrontá-los, porque determinadas atividades podem ser tidas desde sempre e inequivocamente incompatíveis, de forma a não resistir dúvida

suscitadora da provocação do rito estatuído na Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13. Assim, por exemplo, é hialino que cabe à própria Secretaria da Receita Federal do Brasil, e mais especificamente, por previsão regimental, a seu sistema correccional, interpretar quais as profissões liberais destoam da compatibilidade material com as funções públicas de quaisquer cargos em exercício no órgão.

Para se atingir este objetivo, conforme a conceituação teórica já exposta, parte-se da premissa de que não é qualquer profissão liberal que deva ser considerada como materialmente incompatível, pois requer-se a existência do critério de aferição, qual seja, a superposição de interesses colidentes. Ao contrário, em princípio, pode não se vislumbrar incompatibilidade entre diversas profissões liberais e o exercício do múnus público, desde que para a prática daquelas atividades, de nada sirvam as atribuições legais, prerrogativas e acessos do cargo e que o regular desempenho do múnus público não possa ser afetado pelos interesses, objetivos e motivações que norteiam e estimulam tais empreitadas particulares.

Assim, na regra geral da Administração Pública federal, a menos de carreiras com regimentos ou estatutos específicos, e em especial na Secretaria da Receita Federal do Brasil, pode o servidor, após cumprir sua jornada regular de trabalho na repartição, desempenhar, fora do expediente, profissões liberais e remuneradas, não só em decorrência de sua formação acadêmica que não digladiem com o múnus público (tais como, apenas exemplificadamente, veterinária, odontologia, engenharia, psicologia, medicina, jornalismo, etc, a menos que atue nestas áreas na seara pública) mas também de qualquer tipo de conhecimento ou habilidade adquirido no curso da vida. Desde que as atribuições legais do seu cargo não guardem nenhuma relação de conflito com a prática daquelas profissões liberais ou com outras atividades lícitas e com os interesses privados que as movem, não é finalidade da Lei nº 8.112, de 11/12/90, tolher o conhecimento humano e seu exercício e desenvolvimento.

E, de outra forma não poderia mesmo ser a construção apriorística do Estatuto. É de se relembrar que vigora no ordenamento pátrio, com a solenidade de preceito constitucional pétreo, a garantia fundamental, insculpida no inciso XIII do art. 5º da CF:

*CF - Art. 5º*

*XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;*

Ou seja, em outras palavras, vigora, *a priori*, o livre exercício de trabalho, ofício ou profissão. Mas percebe-se que o próprio texto constitucional cuidou de deixar a ressalva de que tal liberdade é condicionada às qualificações profissionais estabelecidas em lei. A regra geral é da liberdade laboral; mas esta, como todo direito ou garantia fundamental, não é absoluta. Relembre-se que a construção jurisprudencial pacificada e já aduzida em **4.4.14.2** firma que nenhum direito ou garantia fundamental que a CF atribui a um indivíduo é absolutamente inafastável, o que, neste caso, somado à própria literalidade do texto constitucional, indica que aquela garantia da liberdade laboral pode ser mitigada em razão de lei.

Trazendo o foco desta liberdade fundamental e de suas possíveis limitações para o seio da Administração Pública, adicione-se à discussão o *caput* do art. 39 da CF, que estabelece a obrigatoriedade de a União possuir regime jurídico único para seus servidores, bem como o § 7º do art. 37 da CF, segundo o qual cabe à lei dispor sobre requisitos e restrições ao ocupante de cargo que acesse informações privilegiadas.

*CF - Art. 37.*

*§ 7º A lei disporá sobre os requisitos e as restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 04/06/98)*

*Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os*

*servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.*

Neste rumo, pode-se considerar então a Lei nº 8.112, de 11/12/90 (que estabeleceu o regime jurídico dos servidores), e a Lei nº 12.813, de 16/05/13 (que correlaciona ocupantes de cargos com informação privilegiada, na linha de proteção da inviolabilidade da intimidade e da vida privada), como diplomas legais regulamentadores daquela garantia fundamental de base constitucional. A aparente antinomia entre estes preceitos constitucionais - de um lado homenageando a liberdade, e de outro lado contemplando a proteção da intimidade e da honra - se soluciona com a aferição caso a caso.

As perguntas que se deve fazer, para aquilatar a compatibilidade ou a incompatibilidade daquelas profissões liberais (apenas exemplificativas, dentre inúmeras outras) com o cargo público é se o veterinário, o odontólogo, o engenheiro, o psicólogo, o médico, o jornalista, etc, pelo simples fato de serem servidores, podem se ver estimulados, tentados ou seduzidos a carrear para prática, para o exercício, para a execução ou para a feitura da empreitada particular as informações estratégicas ou sigilosas a que porventura tenham acesso em razão do cargo ou demais formas de vantagens, benefícios, preferências ou privilégios irregulares, podendo obter com isto clientes, pacientes, contratantes, leitores, etc, ou qualquer outro tipo de recompensa; ou ainda se tais profissões liberais podem, a qualquer tempo, macular a necessária impessoalidade, imparcialidade e independência com que devem ser exercidas as atribuições legais do cargo. Em princípio, parece não haver incompatibilidade para que servidores ocupantes de cargos de requisitos inespecíficos de investidura (como é o caso de todos os cargos em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil, em que, no máximo, se exige nível superior de escolaridade), em horário fora da jornada de trabalho, atendam às suas respectivas clientelas nas áreas de veterinária, odontologia, psicologia ou medicina, ou que executem projetos em área de engenharia ou que redijam matérias de cunho jornalístico, apenas para seguir a linha já adotada de exemplificações não exaustivas, pois não se cogita de o momento do exercício de tais profissões liberais poder se contaminar pela qualidade de servidor ocupante de um cargo de investidura inespecífica e menos ainda se espera que possa haver alguma contaminação no exercício deste tipo de cargo em razão da prática daquelas atividades.

Todavia, o prognóstico pode ser outro se os servidores daqueles mesmos exemplos forem da área de saúde oficial ou engenheiro público ou assessor de imprensa do órgão. Ou seja, conforme já exposto acima, não há uma resposta pré-concebida para todos os casos. Somente a análise concreta, caso a caso, à luz do trabalho interpretativo intenso em cada órgão e, complementarmente, nos termos do entendimento que a CGU sedimentar, é que indicará precisamente a incompatibilidade entre as duas atividades.

***4.7.3.18.4 - A Relação Entre Atividade Incompatível e Conflito de Interesses e a Aplicabilidade Residual do Inciso XVIII do Art. 117 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990***

Na esteira, convém também apreciar se há uma distinção legal ou ao menos infralegal entre as expressões “atividades incompatíveis”, constante da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e “situações que configuram conflito de interesses”, constante da Lei nº 12.813, de 16/05/13, ou se há entre os dois conceitos uma relação de gênero e espécie ou se, tecnicamente, é correto o emprego informal como sinônimos que a estes institutos se empresta.

Para este fim, como de outra forma não se poderia prosseguir na presente análise, convém primeiramente insistir na busca do entendimento que se extrai da fonte primária, qual seja, da normatização como um todo em que o tema da incompatibilidade material é tratado. Em outras palavras, a leitura iniciada pela Lei nº 8.112, de 11/12/90, deve se estender a todo o conjunto de normas legais e até mesmo infralegais que regem o tema, de forma a se aprimorar

e a se aprofundar a análise com a harmonização das ferramentas hermenêuticas das interpretações autêntica e sistemática.

#### 4.7.3.18.4.a - Esforços Iniciais de Conceituação Infralegal de Conflito de Interesses, Associados à Concessão de Licenças

A apresentação didática do tema mostra ser necessário resgatar os esforços iniciais da conceituação infralegal de conflito de interesses, que remontam ao disciplinamento da concessão da licença para tratar de interesses particulares, prevista no art. 91 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, já abordada em **3.2.5**, quando se expôs a manutenção das vinculações estatutárias do servidor ainda que esteja de férias, de licença ou sob qualquer outra espécie de afastamento legal.

Na sequência do que foi exposto, nos aspectos materiais do Direito Disciplinar, assume relevância o conceito de conflito de interesses, como elementar da promiscuidade entre o público e o privado e da atuação anfíbia do agente público. Doutrinariamente, o conflito de interesses público e privado pode ser compreendido como o incidente configurado sempre que a atuação do servidor, seja em seara pública, seja em órbita particular, ao tangenciar interesse pessoal seu próprio ou de terceiros, efetiva ou potencialmente, beneficie, privilegie ou favoreça este interesse privado quando da prática de atividade privada a seu múnus público ou prejudique, vincule ou influencie o desempenho de sua função pública, em ambas hipóteses em detrimento da causa pública.

Em patamar normativo, este conceito encontra-se desde sempre embutido, de forma não expressa, em diversos dispositivos das Leis nº 8.112, de 11/12/90, nº 9.784, de 29/01/99, nº 8.429, de 02/06/92, e nº 11.890, de 02/12/08, e no CP. Em acréscimo, mencione-se que o conflito de interesses também é mencionado, sem definição expressa, no Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (aprovado pelo Decreto nº 1.171, de 22/06/94), no Código de Conduta da Alta Administração Federal, de 18/08/00, e no Decreto nº 6.029, de 01/02/07 (que estabelece o Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo). Mas, de forma expressa, o instituto do conflito de interesses somente veio a receber específica e detalhada definição legal com o advento da Lei nº 12.813, de 16/05/13.

Não obstante, até o ordenamento pátrio atingir este grau de refinamento, houve um longo caminho de tentativas infralegais de se conceituar o instituto do conflito de interesses e de se normatizar a instrumentalização de suas prevenção e aferição e de seu sancionamento. A seguir, busca-se descrever e deixar registrado, de forma cronológica e detalhada, este percurso dos esforços administrativos de conceituação e de procedimentalização, até culminarem nas definições legais do instituto em si e no tratamento instrumental a ser dado ao tema.

De certa forma, pode-se inferir que, de início, a Administração foi naturalmente provocada a enfrentar a questão da conceituação do conflito de interesses em razão de eventuais notícias ou de conhecimento de condutas suscitadoras de dúvidas acerca de sua regularidade, praticadas por agentes públicos, em órbita privada, ao tempo em que se encontravam no efetivo exercício de suas atribuições legais, mesmo sem amparo de qualquer espécie de afastamento. E, no foco destas discussões, as primeiras definições infralegais para o conflito de interesses advieram de manifestações em instância ética.

Neste rumo, a Comissão de Ética Pública, vinculada à Presidência da República e que pode ser tomada como abalizada referência (embora se saiba que suas manifestações vinculam apenas as autoridades submetidas ao Código de Conduta da Alta Administração Federal, de 18/08/00, - no caso, apenas o Secretário da Receita Federal do Brasil se compromete com aquele Código, visto ocupar cargo de natureza especial), editou a Resolução Interpretativa CEP nº 8, de 25/09/03, em que, em esforço pioneiro, pela primeira vez no ordenamento pátrio, tentou definir as situações que caracterizam o conflito de interesses, conforme se segue:

*Comissão de Ética Pública - Resolução Interpretativa CEP nº 8, de 25/09/03. 1. Suscita conflito de interesses o exercício de atividade que:*

*a) em razão da sua natureza, seja incompatível com as atribuições do cargo ou função pública da autoridade, como tal considerada, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias afins à competência funcional;*

*b) viole o princípio da integral dedicação pelo ocupante de cargo em comissão ou função de confiança, que exige a precedência das atribuições do cargo ou função pública sobre quaisquer outras atividades;*

*c) implique a prestação de serviços a pessoa física ou jurídica ou a manutenção de vínculo de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão individual ou coletiva da autoridade;*

*d) possa, pela sua natureza, implicar o uso de informação à qual a autoridade tenha acesso em razão do cargo e não seja de conhecimento público;*

*e) possa transmitir à opinião pública dúvida a respeito da integridade, moralidade, clareza de posições e decoro da autoridade.*

*2. A ocorrência de conflito de interesses independe do recebimento de qualquer ganho ou retribuição pela autoridade.*

Verifica-se, desde esta primeira iniciativa conceituadora, que a materialidade do conflito de interesses embute a ideia de proteção ao mero risco potencial, ainda que sem a concretização da relação conflituosa, e não se vincula à efetiva auferição de qualquer ganho ou vantagem (remuneratória ou de qualquer outra natureza) por parte do agente público.

Apresentada esta primeira definição material do conflito de interesses, em âmbito administrativo infralegal, posteriormente, a Administração passou a cuidar da instrumentalização da questão. Neste sentido, o grau de provocação para o enfrentamento do tema cresceu com a detecção das necessidades de se identificar e de se controlar eventuais atividades privadas ensejadoras de conflito de interesses e perpetradas por agentes públicos no gozo de licenças ou de outros afastamentos e, conseqüentemente, de se regular a concessão de tais direitos funcionais. E, destacadamente, em razão da percepção de que agentes públicos em licença para tratar de interesses particulares poderiam estar incorrendo na prática de atividades conflituosas, a Comissão de Ética Pública recomendou a todos os órgãos federais que exijam do servidor solicitante desta licença, conforme prevê o art. 91 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, cuja concessão subordina-se ao interesse da Administração, a indicação de qual atividade privada pretende desempenhar enquanto licenciado e que coteje tal atividade com as regras de compatibilidade com o cargo que ocupa, bem como o faça para licenças já concedidas, à vista do dispositivo legal de que pode ser interrompida a qualquer tempo, não só a pedido mas também no interesse do serviço. Tal manifestação faz prevalecer a tese de que a licença não afasta os vínculos estatutários do servidor com a Administração, já exposta em **3.2.5.**

*Comissão de Ética Pública - Ofício nº 145/06-SE/CEP, de 28/03/06: “A Comissão de Ética Pública, em razão da questão específica que lhe foi submetida, decidiu, em reunião realizada em 21.3.2006, recomendar a todos os órgãos e entidades que integram o Poder Executivo Federal que, no exame de pedidos de licença não remunerada, levem em conta o exame da compatibilidade da atividade profissional que o servidor irá desempenhar quando em licença, deixando de concedê-la sempre que seu exercício suscitar conflito de interesses com o órgão público, nos termos do que dispõe a Resolução CEP nº 8, e em linha com o que dispõe o art. 91 da Lei nº 8112/90, que estabelece que a licença não remunerada para tratar de assuntos particulares será concedida ‘a critério da Administração’, podendo igualmente, conforme seu parágrafo único, ser interrompida a qualquer tempo, a pedido do servidor ou no interesse do serviço.”*

Este Ofício foi reforçado pelo Ofício nº 180/07-SE/CEP, de 10/05/07.

Em paralelo a isto, especificamente no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, em atenção àquela manifestação da Comissão de Ética Pública e ainda com base

naquela única definição material então existente de conflito de interesses, a Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep) enviou Memorando-Circular às Divisões de Gestão de Pessoas (SRRF/Digep), esclarecendo que o servidor, ao solicitar a licença para tratar de interesses particulares, deve informar a atividade profissional que desempenhará no período de afastamento e que, em caso de incompatibilidade com as atribuições legais do cargo e competências legais e regimentais institucionais, tal pedido deverá ser indeferido, bem como deverá ser interrompida, em seu curso, licença já deferida, antes ou depois do citado Memorando.

*Memorando-Circular SRF/Cogep nº 997, de 27/04/06 - “4. A atividade profissional a ser exercida pelo servidor licenciado não poderá suscitar qualquer conflito com as atividades e finalidades da SRF.”*

O Memorando-Circular acima foi reforçado pelo Memorando-Circular RFB/Cogep nº 1.728, de 11/07/07, fazendo remissão ao já mencionado Ofício nº 180/07-SE/CEP, de 10/05/07, da Comissão de Ética Pública.

*Memorando-Circular RFB/Cogep nº 1.728, de 11/07/07 - “Informamos que a Comissão de Ética Pública, no Ofício nº 180/07-SE/CEP, de 10.5.07, reforça a recomendação para que, no exame dos pedidos de licença não remunerada, leve-se em conta o exame da compatibilidade da atividade profissional que o servidor irá desempenhar quando em licença, deixando de concedê-la sempre que seu exercício suscitar conflito de interesses, nos termos do que dispõe a Resolução CEP nº 8, e em linha com o que dispõe o art. 91 da Lei nº 8.112/90. Ante o exposto, não obstante o exame da incompatibilidade já ser prática consolidada no âmbito da Cogep, solicitamos às unidades que instruem o processo já com a análise supra, bem como com declaração do servidor de que não irá desempenhar atividade conflitante com o desempenho do cargo, nos termos da Resolução CEP nº 8, de 25.9.03.”*

Ainda calcada na única definição infralegal até então existente para conflito de interesses (elaborada na Resolução Interpretativa CEP nº 8, de 25/09/03), a instrumentalização da questão ganhou normatização interna, por meio da Portaria MF nº 249, de 12/06/09, já mencionada em 3.2.5 e que, em atendimento à recomendação exarada pelo Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) para toda a Administração federal (no caso do Ministério da Fazenda, através do Aviso-Circular CGU nº 3, de 13/06/08), determinou que o servidor, ao peticionar por licença para tratar de interesses particulares, informe a área do setor privado e a atividade profissional que almeja desenvolver, com o fim de se avaliar potencial conflito de interesses. A norma exige ainda que, anualmente, o servidor licenciado preste informação à sua unidade de lotação acerca das atividades desempenhadas durante a licença.

*Portaria MF nº 249, de 12/06/09 - Art. 1º O requerimento solicitando concessão de licença para tratar de interesses particulares deve ser instruído pelo servidor com, no mínimo, as seguintes informações:*

- a) período da licença;*
- b) descrição das atividades que vem desempenhando nos últimos 12 meses;*
- c) identificação da área do setor privado e da descrição da atividade profissional que pretende desenvolver durante o período de licença;*
- d) descrição das propostas de trabalho ou de negócio oriundas do setor privado para o período de licença; e,*
- e) relação de atos que, no exercício do cargo, tenha praticado, nos últimos doze meses, em processos ou outros expedientes de interesse das pessoas de quem recebeu proposta referida no item anterior.*

*Art. 2º O órgão em que o servidor encontrar-se lotado e/ou em exercício deve verificar se a licença para tratar de interesse particular pode implicar em potencial conflito de interesses entre a natureza da atividade desenvolvida pelo requerente no Ministério da Fazenda e a natureza daquelas que irá desenvolver no decorrer da licença.*

*Art. 6º O servidor licenciado obriga-se a prestar anualmente ao órgão em que encontrar-se lotado e/ou em exercício, esclarecimentos a respeito de atividades desempenhadas durante o período de licença, em especial sobre as atividades profissionais, mesmo que não remuneradas.*

Por fim, com a edição da Portaria RFB nº 2.324, de 23/09/09, também já mencionada em **3.2.5**, o conflito de interesses ganhou conceituação infralegal interna, tendo se adaptado para o quadro funcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil as definições anteriormente adotadas pela Comissão de Ética Pública em sua Resolução Interpretativa CEP nº 8, de 25/09/03. Esta conceituação preservou o caráter de tutelar o mero risco potencial da conduta, independentemente da configuração concreta do conflito, e manteve a dispensa da auferição de qualquer ganho ou vantagem (remuneratória ou de qualquer outra natureza) por parte do agente público.

Além desta definição material do instituto, a Portaria RFB também regulamentou a instrumentalização da questão, dispondo que, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, para fim de apreciação de pedido de licença para tratar de interesses particulares, diante de suspeita de ocorrência de conflito de interesses entre a atividade a ser praticada na atividade privada e as atribuições legais do cargo efetivo ocupado pelo servidor, deve a Cogep remeter a apreciação para a respectiva Comissão de Ética Pública Seccional - CEPS-RFB (esta análise coube ao sistema correccional apenas no período que antecedeu a designação daquela CEPS-RFB). Ressalte-se ainda que a mencionada Portaria RFB determinou maior atenção às atividades funcionais desempenhadas em fiscalização, arrecadação, aduana e administração tributária.

*Portaria RFB nº 2.324, de 23/09/09 - Art. 5º A Cogep verificará se a licença para tratar de interesse particular implica em potencial conflito de interesses entre a natureza da atividade desenvolvida pelo requerente no órgão e a natureza daquela(s) que irá desenvolver no decorrer da licença.*

*Art. 6º Suscita conflito de interesses o exercício de atividade que:*

*I - em razão da sua natureza, seja incompatível com as atribuições do cargo ou função pública do servidor, como tal considerada, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias afins à competência funcional;*

*II - implique a prestação de serviços a pessoa física ou jurídica ou a manutenção de vínculo de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão individual ou coletiva do servidor;*

*III - possa, pela sua natureza, implicar o uso de informação à qual o servidor tenha acesso em razão do cargo e não seja de conhecimento público;*

*IV - possa transmitir à opinião pública dúvida a respeito da integridade, moralidade, clareza de posições e decoro do servidor.*

*Parágrafo único. A ocorrência de conflito de interesses independe do recebimento de qualquer ganho ou retribuição pela autoridade.*

*Art. 7º Havendo potencial conflito de interesses, a Cogep encaminhará o pedido à Comissão de Ética da RFB, que analisará e decidirá conclusivamente a respeito.*

*Parágrafo único. Na análise dos casos concretos para identificação de potencial conflito de interesses, a Comissão de Ética deverá dar especial atenção às áreas e às funções que possibilitam o acesso à informação privilegiada, tais como administração, fiscalização e arrecadação tributária e aduaneira, gestão de compras e contratos e tecnologia de informação, sem prejuízo do disposto no art. 3º da Portaria MF nº 249, de 12 de junho de 2009.*

*Art. 14. A licença para tratar de interesses particulares não isenta o servidor dos deveres, impedimentos e vedações previstos no regime administrativo disciplinar, ressalvado o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 117, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*

Destaque-se que a Cogep é mencionada no presente tema porque, como é comum na Administração Pública federal, e conforme já aduzido em **3.2.3.3**, o Regimento Interno da

Secretaria da Receita Federal do Brasil divide as competências de acordo com as diversas áreas de atuação administrativa interna, cabendo todo o macroprocesso de gestão de pessoas (no qual se situa a apreciação de pedido de licenças e afastamentos, por exemplo) à Cogep e às suas projeções, à parte da instância disciplinar, de competência da Coger e dos Escor. Ou seja, mesmo que nos limites internos da via administrativa, reflete-se a máxima da independência das instâncias, preservando-se a autonomia das competências e das áreas de atuação.

Neste contexto, conforme destaca o art. 14 da Portaria RFB nº 2.324, de 23/09/09, o deferimento de um pedido de nova licença ou a não interrupção de uma licença já em curso, por parte da Cogep ou suas projeções, propiciando que o servidor venha a praticar atividade em conflito de interesses com o cargo que ocupa, não pode ser interpretado como se a Administração tivesse referendado o possível ato ilícito do servidor e, conseqüentemente, não tem o condão de vedar a instauração, se for o caso, da apuração disciplinar, em especial se a atividade não estiver sendo desempenhada exatamente como no pedido de licença. Analogamente, o mero ato de gestão de interromper a licença no curso da qual o servidor pratica atividade conflituosa com o cargo também não tem o condão de sanar a ilicitude supostamente cometida e de impedir a possível apuração disciplinar.

Ressalve-se ainda que esta normatização interna do Ministério da Fazenda e da Secretaria da Receita Federal do Brasil carece de ser harmonizada com a evolução do ordenamento jurídico como um todo. O tema de conflito de interesses ganhou crescente relevância e, por conseguinte, tem sido objeto de extensa e detalhada normatização. Daí, conforme se aduzirá em **4.7.3.18.6.c**, o pedido de licença para tratar de interesses particulares passa pela condição da manifestação prévia favorável por parte da CEPS-RFB ou da CGU, nos casos em que o servidor pretenda exercer atividade privada ou atividade potencialmente geradora de conflito de interesses, que deverá ser obtida por meio do Sistema Eletrônico de Prevenção de Conflito de Interesses (SeCI).

E o comando da Portaria MF nº 249, de 12/06/09, que determina a verificação da existência de conflito de interesses na concessão de licença para tratar de interesses particulares, ganhou reflexo para toda Administração, com a edição da Portaria Normativa MPOG/Segep nº 4, de 06/07/12. Mais que isto, a norma do então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) ratificou a aplicabilidade do regime disciplinar, no que cabível, ao servidor em licença, conforme se descreveu em **3.2.5**. Esta norma também definiu que a concessão da licença para tratar de interesses particulares no âmbito dos órgãos da Administração direta compete ao respectivo Secretário-Executivo da Pasta, ou seja, no caso da Secretaria da Receita Federal do Brasil, cabe ao Secretário-Executivo do Ministério da Fazenda a concessão ou não da pleiteada licença.

*Portaria MPOG/Segep nº 4, de 06/07/12 - Art. 2º A licença para tratar de interesses particulares será concedida no interesse da Administração, por um período de até três anos consecutivos, incluindo eventuais prorrogações, podendo ser interrompida a qualquer tempo, a pedido do servidor, ou por necessidade do serviço.*

*§ 4º A licença de que trata o caput será autorizada: (Incluído pela Portaria Normativa MPOG/Segep nº 1, de 25/02/15)*

*I - pelo Secretário Executivo ou autoridade equivalente, no caso de órgãos setoriais do SIPEC; ou (Incluído pela Portaria Normativa MPOG/Segep nº 1, de 25/02/15)*

*II - pelo dirigente máximo da autarquia ou fundação, no caso de órgãos seccionais. (Incluído pela Portaria Normativa MPOG/Segep nº 1, de 25/02/15)*

*Art. 4º O servidor que esteja usufruindo a licença para tratar de interesses particulares observará os deveres, impedimentos e vedações da legislação aplicável ao conflito de interesses. (Redação dada pela Portaria Normativa MPOG/Segep nº 1, de 25/02/15)*

De forma praticamente simultânea a estes esforços administrativos na busca da definição material e procedimental do conflito de interesses, veio à tona a Lei nº 11.890, de 24/12/08, que reestruturou a composição remuneratória de diversas carreiras típicas de Estado (assim consideradas aquelas integradas por cargos efetivos cujas atribuições voltam-se para o desenvolvimento de atividade exclusivas de Estado), estabelecendo-lhes a remuneração exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado qualquer tipo de acréscimo (nos termos previstos no art. 39, § 8º da CF, em decorrência da Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, que estendeu a possibilidade de emprego do instituto à remuneração dos servidores públicos organizados em carreira). Nesta linha, além de originalmente a Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), citam-se alguns outros exemplos de carreiras (ou cargos) submetidos a esta sistemática de remuneração por subsídio: Área Jurídica; Auditoria-Fiscal do Trabalho; Grupo de Gestão (abrangendo as Carreiras de Finanças e Controle; de Planejamento e Orçamento; de Analista de Comércio Exterior; e de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental); Especialista do Banco Central do Brasil; Diplomata; Analista Técnico da Superintendência de Seguros Privados (Susep); Analista e Inspetor da Comissão de Valores Mobiliários (CVM); Planejamento e Pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea).

Ressalve-se que, embora a Carreira TARFB seja típica de Estado, a remuneração dos titulares dos cargos que a compõem, ou seja, os ocupantes de cargos de Auditor-Fiscal e de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil (AFRFB e ATRFB), deixou de ser por subsídio, voltando a ter vencimento (com inovação de bônus de eficiência e produtividade) com a alteração promovida pela Lei nº 13.464, de 10 de julho de 2017.

Conforme o histórico já resgatado em **3.2.3.2**, a cuja leitura se remete para evitar desnecessária repetição aqui, para aquelas carreiras e respectivos cargos, a Lei nº 11.890, de 24/12/08, em sua redação original, ao estabelecer o impedimento para o exercício de outra atividade remunerada, privada ou pública, “potencialmente causadora de conflito de interesses”, ressalvado o magistério em horário compatível, conforme melhor se abordará em **4.7.3.18.5.a**, apenas mencionou o instituto em tela em seus dispositivos, sem ter se dedicado a defini-lo.

Ainda no mesmo contexto de iniciativas de normatização restritas ao *status* infralegal com o fim de se lograr um balizamento conceitual do que seja conflito de interesses, é de se registrar a diligência da Administração para que o instituto alcançasse definição em lei, no sentido estrito. Assim, em 27/10/06, por iniciativa da CGU, a Presidência da República encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 7.528/2006, com proposta de definição legal de conflito de interesses (aproveitando, em parte, algumas das definições adotadas pela Comissão de Ética Pública, em sua Resolução Interpretativa CEP nº 8, de 25/09/03) e de estabelecimento de um rito procedimental para o tratamento do tema.

Esta iniciativa, enfim, resultou na edição da Lei nº 12.813, de 16/05/13, que inovou o ordenamento pátrio com a primeira definição, constante de lei, não só de conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal mas também dos requisitos e restrições a agentes públicos (tanto servidores estatutários quanto empregados celetistas) que tenham acesso a informações privilegiadas, dos impedimentos posteriores àquele exercício e das competências para fiscalização e prevenção de ocorrência do incidente.

Finalizando então esta descrição cronológica, a ser retomada com detalhes em **4.7.3.18.6.b**, culmina-se que a definição legal de conflito de interesses, estabelecida no art. 3º, I da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e que se impõe a todos os agente públicos ocupantes de cargos ou empregos no Poder Executivo federal, funda-se na ideia central de confronto, colisão, superposição, excludência, imiscibilidade e impossibilidade de coexistência, integridade, objetivos, motivações, dedicações, relevâncias e priorizações e associa esta ideia a uma partição em duas linhas, ainda que meramente potenciais, de indesejadas repercussões, quais sejam, no possível comprometimento do interesse público e na possível contaminação

do desempenho da atividade pública. Assim, de acordo com este dispositivo legal, de forma consentânea com o que se introduziu em sintéticas palavras acerca da incompatibilidade material do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em **4.7.3.18.1**, conflito de interesses é a situação de confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse público ou influenciar, de forma indevida, o desempenho das atribuições legais do cargo pelo agente público.

*Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 3º Para os fins desta Lei, considera-se:*

*I - conflito de interesses: a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública; e*

*Art. 4º*

*§ 2º A ocorrência de conflito de interesses independe da existência de lesão ao patrimônio público, bem como do recebimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público ou por terceiro.*

*Art. 5º*

*Parágrafo único. As situações que configuram conflito de interesses estabelecidas neste artigo aplicam-se aos ocupantes dos cargos ou empregos mencionados no art. 2º ainda que em gozo de licença ou em período de afastamento.*

Ademais, o § 2º do art. 4º e o parágrafo único do art. 5º, ambos da mesma Lei, reiteraram que o conflito de interesses independe de recebimento de qualquer vantagem ou ganho e pode se caracterizar inclusive com o servidor em período de licença ou de afastamento.

Fechando a leitura circular deste tema do ordenamento pátrio, eis que o legislador, por fim, harmonizou a redação dos diversos dispositivos da Lei nº 11.890, de 2008, com a Lei nº 12.813, de 2013, ao impedir o exercício de atividade privada ou pública, independentemente de remuneração, que potencialmente venha a configurar conflito de interesses, conforme esta lei específica e mais recente define. Este tipo de construção praticamente se repete a cada carreira dentre as acima listadas que a Lei aborda, sendo bastante aqui reproduzir apenas o *caput* do seu art. 3º, que se aplica especificamente à Carreira TARFB, integrada pelos cargos de AFRFB e ATRFB.

*Lei nº 11.890, de 2008 - Art. 3º Os ocupantes dos cargos integrantes das carreiras de que trata o art. 1º da Lei nº 10.910, de 15 de julho de 2004, são impedidos de exercer outra atividade, pública ou privada, potencialmente causadora de conflito de interesses, nos termos da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013. (Redação dada pela Lei nº 13.328, de 29 de julho de 2016).*

#### 4.7.3.18.4.b - Incompatibilidade Material Como Espécie do Gênero Conflito de Interesses

Da leitura autêntica e sistemática dos dispositivos infralegais até aqui mencionados, por um lado, até se pode depreender que já seria defensável a tese de que a atividade materialmente incompatível tratada no art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se encaixaria como uma espécie do gênero mais abrangente das atividades potencialmente causadoras de conflito de interesses mencionadas na redação original da Lei nº 11.890, de 24/12/08. Mas, por outro lado, depreende-se que o legislador, até então, não havia concedido ao aplicador do Direito a clara noção das conceituações de atividade materialmente incompatível e de conflito de interesses. De início, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, incluiu a atividade incompatível como elemento do seu art. 117, XVIII mas não a definiu; dezoito anos mais tarde, a Lei nº 11.890, de 24/12/08, inovou, estabelecendo que o impedimento (vedação parcial) sobre atividades privadas recai sobre aquelas que suscitam conflito de interesses, todavia não definiu esta expressão, enquanto a Resolução Interpretativa CEP nº 8, de 25/09/03, e a Portaria RFB nº 2.324, de 23/09/09, associaram o conflito de interesses como gênero do qual a atividade incompatível é espécie.

Ademais, o legislador também permitiu a permanência da dúvida acerca do alcance e da natureza jurídica da vedação imposta, visto que ora empregou o instituto da incompatibilidade, ora empregou o instituto do impedimento para disciplinar o exercício de atividades privadas; e, como se sabe, a incompatibilidade, que acima foi presumida como espécie, acarreta vedação absoluta, enquanto o impedimento acarreta a vedação parcial, apesar de aqui estar associado ao conflito de interesses, que foi presumido como gênero.

Daí, diante da ausência de rigor técnico com que o legislador até então havia empregado os distintos institutos em apreço, tendo as definições legais estabelecido um ciclo circular de recíproca menção e de mútua dependência do pré-conhecimento de um instituto para a definição do outro, mostrava-se infrutífera a busca da interpretação autêntica e sistemática da fonte primária (qual seja, de todo o conjunto da normatização positivada) com o fim de lograr a definição estabelecida pelo próprio legislador para “atividades incompatíveis” absolutamente vedadas no dispositivo estatutário e restava então, de certa forma, inconclusa a questão de diferenciar ou de situar a incompatibilidade material em relação ao conflito de interesses.

Não obstante, em reflexo da relevância do tema em apreço, o ordenamento foi inovado com a edição da Lei nº 12.813, de 16/05/13, que enfim estabeleceu, no inciso I do seu art. 3º, a definição legal de conflito de interesses, reproduzido linhas acima, em **4.7.3.18.4.a**.

E o inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, sedimentando os conceitos introduzidos ao ordenamento pela Comissão de Ética Pública desde a sua já mencionada Resolução Interpretativa CEP nº 8, de 25/09/03, ratificou a relação legal de que o exercício direto ou indireto de atividade de natureza incompatível com as atribuições legais do cargo é uma espécie do gênero das situações causadoras de conflito de interesses.

*Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 5º Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:  
III - exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas;*

#### 4.7.3.18.4.c - A Atual Aplicabilidade do Comando Estatutário

Com a edição da Lei nº 12.813, de 16/05/13, estabelecendo a relação de gênero e espécie entre conflito de interesses e incompatibilidade material, pertine avaliar a parcela que restou de aplicabilidade do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Se, de um lado, se antecipa não ter havido revogação (a rigor, derrogação), nem parcial nem tácita do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, pela Lei nº 12.813, de 16/05/13, conforme se abordará com detalhes em **4.7.3.18.6.b**, de outro lado, se reconhece ter restado uma aplicabilidade apenas residual do comando estatutário generalista após a edição da lei específica sobre conflito de interesses.

Não é de imediata e exata resolução o elucidamento de que atividades privadas podem ser enquadradas no inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. De pronto, ratifique-se que, como regra geral, as atividades privadas, ainda que remuneradas, cometidas sem confrontação com o horário de trabalho e que não guardem nenhuma espécie de correlação com o múnus público do servidor não configuram ilícito disciplinar e, portanto, não se enquadram nem neste e nem em qualquer outro dispositivo estatutário.

A análise da questão da incompatibilidade material se turva de fato e se demonstra de mais difícil resposta no caso concreto em que a atividade privada guarda ou pode guardar relação de incompatibilidade com o múnus público do servidor, sendo pertinente se apresentarem, de forma sintética, as possíveis diferentes conclusões, de efeitos graduais, a que se pode chegar.

Buscando a conceituação modelada para aquilo que disciplinarmente se assentou, em **4.7.3.18.2**, chamar de materialmente incompatível, vislumbram-se duas possibilidades residuais para as quais se pode defender a aplicabilidade do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

A primeira possibilidade é mais cristalina de se cogitar. Diante da competência intrínseca ao órgão de entender, de forma cristalina e indubitável, que determinada atividade privada é incompatível com os cargos em exercício em seu âmbito interno ou diante da competência da respectiva Comissão de Ética Pública ou do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), nos moldes já antecipados em **4.7.3.18.3** e nos termos da Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13, para declararem, em caso dúvida, que determinada atividade privada em concreto é conflitante em relação ao múnus público ali desempenhado, há de se levar em conta a possibilidade de o servidor praticar determinada empreitada pessoal sem saber de sua consideração institucional ou sistêmica como conflitante em gênero e incompatível em espécie com as atribuições legais do cargo ou com as competências legais e infralegais do órgão de lotação. Ainda que intencionalmente cometa a atividade privada em si e esta tenha sido declarada incompatível, se se presumir ou se se provar que desta declaração o servidor não tinha ciência, resta, em relação ao resultado final da conduta ilícita, um ânimo subjetivo culposo. Ainda que a prática da atividade privada seja dolosa, o fato de o servidor não ter conhecimento da sua natureza incompatível retira-lhe a total consciência de todos os elementos do enquadramento, não se podendo dizer então que a conduta como um todo seja dolosa. Esta atuação culposa do servidor, em praticar uma atividade tida como materialmente incompatível, ainda que não remunerada e realizada fora do horário de trabalho, pode ter enquadramento no inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112/90.

A segunda possibilidade de se cogitar do presente enquadramento exige muito maiores esforços de abstração e de descrição, sendo aqui elaborada como uma hipótese apenas residual, pois sua configuração requer a inferência ou comprovação de uma condicionante muito sutil da conduta envolvendo até mesmo uma atividade de cuja natureza incompatível se presume ser do conhecimento por parte do agente. Se o servidor pratica a atividade privada tida como incompatível, ainda que não remunerada e feita fora do horário de expediente, mesmo que sabendo ou podendo ao menos inferir o caráter incompatível daquela atividade com o seu múnus público mas o faz sem usar o aparato da repartição e, se porventura passa informações ao público externo, apenas o faz para dados corretos e disponibilizáveis, somente pelo simples fato em si de praticá-la, tida como incompatível, já se pode imputar-lhe cometimento de irregularidade *a priori* enquadrável no inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, acarretando responsabilização administrativa, em virtude da incompatibilidade material. Na hipótese em tela - mesmo se reconhecendo sua menção se dever apenas ao extremo apego ao esgotamento de hipóteses, até as menos plausíveis -, diante da inafastável incompatibilidade, é punível com suspensão o servidor que pratica atividade que guarda, mesmo que apenas potencialmente, alguma correlação com seu múnus público, ainda que o faça sem se valer de acesso ou sem agregar conhecimento especificamente franqueados pelo seu cargo, ou seja, ainda que qualquer outra pessoa mediana também a fizesse da mesma maneira e o interessado na atividade obtivesse o mesmo resultado se tivesse sido realizada por outro qualquer, não servidor.

Também é possível se cogitar de plausibilidade de enquadramento no residual inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, quando se tem como agente servidor ocupante de cargo meramente administrativo, incumbido de atividades de apoio, sobre quem se presume menor grau de vinculação normativa em termos de atribuições legais, responsabilidades e acessos (em comparação aos servidores que ocupam cargos de AFRFB e de ATRFB, integrantes da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil).

Diante da convicção de que o inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não foi revogado (a rigor, não foi derogado), quer se deixar registrada a possibilidade de, à

margem da restritividade e da limitação da simples literalidade dos textos legais, se poder, na prática, se deparar com um caso concreto em que a comissão, ponderando todas as circunstâncias da conduta, sinta desproporcional ou pouco razoável enquadrar o exercício de determinada atividade incompatível como ato demissivo. Assim, a modelação acima proposta permite a salutar elasticidade e a ponderação dinâmica - que claramente a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não rigidamente típica, permite - no momento de enquadrar a conduta, escolhendo pelo enquadramento que não apenas se perfaz por sua literalidade, mas também que atende aos princípios caros da razoabilidade e da proporcionalidade.

Não obstante tudo acima exposto, tendo o servidor sofrido sanção de suspensão em decorrência de a Administração ter concedido à sua conduta um tratamento mais cauteloso e benéfico (como, por exemplo, ter admitido a hipótese de que ele poderia não ter conhecimento do caráter incompatível de sua prática e tê-la realizado sob culpa), caso venha a reincidir na mesma conduta incompatível, faz-se agora presumido o dolo (vez que ele tem clara a intolerância estatal para com sua prática), pode vir a ter sua ação inquinada como improbidade administrativa, punível com demissão.

Para diferenciar dos parágrafos acima, figurando que tipo de conduta jamais caberia ser enquadrada aqui como suspensiva e ao mesmo tempo em que se avança na análise à medida que se aprofunda a gravidade cogitada, menciona-se a hipótese de a atividade privada, ainda que sem remuneração e fora do horário de expediente, ter agregada alguma qualidade em função exclusivamente de o executor ser servidor. Neste caso, se o servidor, por meio desta atividade, dolosamente, repassa ou disponibiliza técnicas de elisão fiscal ou de evasão fiscal (entendidas como, respectivamente, condutas lícitas ou ilícitas com o fim de evitar, retardar ou modificar a ocorrência de fato gerador de obrigação tributária ou os efeitos dela decorrentes) ou ainda informações sigilosas ou estratégicas que beneficiem terceiros em detrimento do interesse público ou que propiciem ao particular burlar as tutelas e os controles exercidos pela Administração, já se ultrapassa o enquadramento nesta mera incompatibilidade material, punível com suspensão, e já se cogita de ato de valer-se do cargo (art. 117, IX do Estatuto) ou até, no limite, de ato de improbidade administrativa (conforme o art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a título da definição que se pode extrair do art. 9º, VIII ou do art. 11, III ou *caput* da Lei nº 8.429, de 02/06/92), ou ainda, se presente a mácula em especial do instituto do conflito de interesses, pode-se também enquadrar como improbidade administrativa, no *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, por força do art. 12 da Lei nº 12.813, de 16/05/13, em todos estes caso cabendo a punição com pena expulsiva.

O tema foi tratado na Nota Técnica Coger nº 2014/1.

*Nota Técnica Coger nº 2014/1: “8. Nessa linha, o exercício de atividade privada incompatível com as atribuições do cargo público somente se enquadrará no art. 5º, III, da Lei nº 12.813, de 2013 - configurando, portanto, improbidade administrativa - nos casos em que estiver caracterizado o dolo por parte do agente infrator, o qual se consubstancia na realização de atividade privada que o agente sabe ser incompatível.*

*10. Por outro lado, se o elemento subjetivo da conduta for a culpa - ou seja, se se tratar de conduta em que não se constate a vontade livre e consciente do agente em praticar atividade privada que sabe ser incompatível com as atribuições do cargo ou função, nos termos indicados nos dois parágrafos precedentes -, então, estar-se-á diante da infração administrativa disciplinar consignada no art. 117, inciso XVIII, da Lei nº 8.112, de 1990, passível de punição com a sanção de suspensão.*

*11. Nesse último caso, apesar de restar caracterizada a ilegalidade da conduta do agente, não se verifica a ocorrência do elemento subjetivo capaz de qualificar a ilegalidade perpetrada e de transmutá-la em ato de improbidade.*

*12. Noutro giro, aplicada a penalidade disciplinar de suspensão ao servidor, caso este venha posteriormente a reincidir na prática da atividade incompatível, ficará caracterizado o dolo, devendo recair sobre o ato a*

*qualificação de ímprobo.*

*Pelo exposto, conclui-se:*

*A Lei nº 12.813, de 2013, não revogou o disposto na primeira parte do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990;”*

Reiterando-se o que já foi mencionado, na análise sistemática do ordenamento, é certo que, em todos os casos de incompatibilidade material com o cargo, a restrição deve ser mantida mesmo antes da efetiva concretização fática, bastando o risco potencial de ocorrer, e ainda que o servidor esteja de férias, licenças ou demais afastamentos, já que a tutela é de comprometimento com a moralidade, inafastável por aqueles direitos funcionais.

Também é certo que, tratando-se aqui da tutela da preservação da necessária dedicação à atuação pública quando concomitante com prática de atividade de atividade privada que não se confunde com acumulação ilegal de cargos, não que se falar, em nenhuma das hipóteses em comento (nem mesmo naquelas marcadas pelo ânimo subjetivo culposo), de se ofertar ao servidor o direito de manifestar opção e de espontaneamente fazer cessar aquela sua empreitada pessoal dentro de dez (ou mais) dias. Não cabe no presente contexto trazer, extensivamente, o comando do *caput* do art. 133 da Lei nº 8.112, de 1990, que determina que, uma vez detectada a acumulação ilegal de cargo, se dê ao infrator o prazo de dez dias para optar para optar por um dos seus provimentos públicos. Nesta linha também já se manifestou a PGFN, por meio do seu Parecer PGFN/Cojed nº 295/2017.

*Parecer PGFN/Cojed nº 295/2017: “32. A disposição do art. 133, que permite a escolha do cargo, quando se está em regime de acumulação ilegal, é restrita e não deve ser aplicada nem mesmo quando se está em exercício de atividade incompatível (caracterizada como infração do art. 117, XVIII, da Lei n. 8112/1990). Para essa Hipótese, o servidor deverá se afastar da atividade conflitante com sua função e, ainda, estará sujeito à responsabilização disciplinar por constituir infração administrativa. Nesse sentido, já se posicionou a Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União):”*

#### ***4.7.3.18.5 - Especificidades da Carreira Típica e da Secretaria da Receita Federal do Brasil no Âmbito das Leis nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e nº 11.890, de 24 de dezembro de 2008***

Uma vez que os comandos do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e também do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, tutelam desde o mero risco potencial (com o que se alcançam não só as condutas que resultam em efetiva lesão mas também aquelas que resultam em perigo de lesão ao bem jurídico tutelado), obriga-se a se considerar que a espécie de incompatibilidade material não se vincula às momentâneas condições em que o servidor cumpre suas funções.

Daí, torna-se necessário contemplar as peculiaridades da Secretaria da Receita Federal do Brasil e da sua específica carreira típica de Estado cujos cargos desempenham atividades exclusivas de Estado, a Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB).

Trata-se de órgão que, em razão de suas competências legais e regimentais, goza de grande presença institucional, com intensa ramificação em sua representação física e na área de jurisdição de suas unidades, atuando em seu múnus fiscalizador sobre todo o território nacional. Diante da multidisciplinariedade de sua atuação, segmenta sua atuação em diversos macroprocessos de trabalho, que se subdividem em inúmeros processos de trabalho (tais como de controle aduaneiro, de fiscalização, de atendimento, de arrecadação, de gestão do crédito tributário, dentre outros). Em qualquer destas áreas de atuação, sejam aquelas focadas na matéria-fim, voltadas ao contribuinte e às demandas de fiscalização e de arrecadação, sejam aquelas dirigidas unicamente à estruturação operacional interna, o desempenho das

competências regimentais se dá pela força de trabalho precipuamente dos servidores ocupantes dos cargos que integram a sua carreira específica. Isto constrói que, de forma muito peculiar, as noções de “competências legais e regimentais do órgão” e de “atribuições legais dos cargos” se misturem de forma dinâmica e salutar, quase impossibilitando a incisão estanqueizada de uma fronteira entre ambas.

A diversidade de competências do órgão e de atribuições dos agentes (ambas voltadas ao universo externo ou voltadas a seu próprio universo interno) e a intensa capilaridade institucional ao longo do território nacional fazem com que de nada importem as unidades de lotação e de exercício, a localidade onde se situam e as tarefas concretamente desempenhadas pelos servidores (sejam elas efetivamente relacionadas à matéria-fim, em tributos internos ou em comércio exterior, sejam elas contidas em tarefas-meio meramente corporativas e administrativas), a qualquer tempo. Primeiramente focando-se apenas no agente público, a incompatibilidade de uma determinada atividade em relação à natureza de um cargo tem sua configuração vinculada à integral extensão das atribuições legais deste cargo, independentemente das condições momentâneas, de tempo e de local, e individuais com que cada servidor tem sua lotação, seu exercício e sua localização interna (bem como se está em efetivo exercício ou em gozo de licença ou de qualquer espécie de afastamento). E, estendendo a análise, diante da extrema associação e do inafastável entrelaçamento dos cargos da carreira específica com a instituição, a crítica também pode atingir uma atividade que se revele incompatível com as competências legais e regimentais ou com as tutelas em geral desenvolvidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Ainda que, sob determinadas condições momentâneas, realmente não se vislumbre que uma prática privada do servidor afronte o bem jurídico tutelado pelo art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ou pelo art. 3º, I da Lei nº 12.813, de 16/05/13, em razão da mobilidade e da extensão de tais condições, não se afasta o perigo de lesão.

*Orientação Coger nº 32*

*A incompatibilidade material da atividade privada não se vincula às momentâneas condições em que o servidor cumpre suas funções, em termos de lotação, exercício e localização interna, nem ao fato de estar ele em gozo de licença ou afastamento, mas sim à integral extensão das atribuições legais de seu cargo.*

Neste rumo, primeiramente cabe expor o relevante papel atribuído pela Lei nº 11.457, de 16/03/07, à RFB, destacando seu caráter essencial e permanente e a indelegabilidade da sua atuação na administração tributária e aduaneira da União, por intermédio de seu quadro funcional.

*Lei nº 11.457, de 16/03/07 - Art. 1º A Secretaria da Receita Federal passa a denominar-se Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão essencial ao funcionamento do Estado, de caráter permanente, estruturado de forma hierárquica e diretamente subordinado ao Ministro de Estado da Fazenda e que tem por finalidade a administração tributária e aduaneira da União. (Redação dada pela Lei nº 13.464, de 10 de julho de 2017)*

*Parágrafo único. São essenciais e indelegáveis as atividades da administração tributária e aduaneira da União exercidas pelos servidores dos quadros funcionais da Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Incluído pela Lei nº 13.464, de 2017)*

Na esteira do comando redigido pela Lei nº 13.464, de 10/07/17, no parágrafo único do art. 1º da Lei 11.457, de 16/03/07, o art. 5º daquela própria Lei, além de atribuir novo nome à carreira específica, também ratificou a relevância estratégica de um dos seus cargos componentes.

*Lei nº 13.464, de 10/07/17 - Art. 5º A carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil, de que trata o art. 5º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, passa a ser denominada carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do*

*Brasil, composta de cargos de nível superior de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil.*

*Parágrafo único. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, no exercício das atribuições previstas no inciso I do art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, são autoridades tributárias e aduaneiras da União.*

Em seguida, convém reproduzir as atribuições legais dos cargos de AFRFB e de ATRFB, componentes da carreira específica, a Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), previstas no art. 6º da Lei nº 10.593, de 06/12/02, complementadas, em grau de regulamentação, nos arts 2º a 5º do Decreto nº 6.641, de 10/11/08, com destaque para os arts. 4º e 5º, únicos a não repetirem comandos daquela Lei.

*Lei nº 10.593, de 06/12/02 - Art. 6º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 16/03/07)*

*I - no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em caráter privativo: (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 16/03/07)*

*a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário e de contribuições; (Alínea com redação dada pela Lei nº 11.457, de 16/03/07)*

*b) elaborar e proferir decisões ou delas participar em processo administrativo-fiscal, bem como em processos de consulta, restituição ou compensação de tributos e contribuições e de reconhecimento de benefícios fiscais; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 16/03/07)*

*c) executar procedimentos de fiscalização, praticando os atos definidos na legislação específica, inclusive os relacionados com o controle aduaneiro, apreensão de mercadorias, livros, documentos, materiais, equipamentos e assemelhados; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 16/03/07)*

*d) examinar a contabilidade de sociedades empresariais, empresários, órgãos, entidades, fundos e demais contribuintes, não se lhes aplicando as restrições previstas nos arts. 1.190 a 1.192 do Código Civil e observado o disposto no art. 1.193 do mesmo diploma legal; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 16/03/07)*

*e) proceder à orientação do sujeito passivo no tocante à interpretação da legislação tributária; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 16/03/07)*

*f) supervisionar as demais atividades de orientação ao contribuinte; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 16/03/07)*

*II - em caráter geral, exercer as demais atividades inerentes à competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 16/03/07)*

*§ 1º O Poder Executivo poderá cometer o exercício de atividades abrangidas pelo inciso II do caput deste artigo em caráter privativo ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 16/03/07)*

*§ 2º Incumbe ao Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil, resguardadas as atribuições privativas referidas no inciso I do caput e no § 1º deste artigo: (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 16/03/07)*

*I - exercer atividades de natureza técnica, acessórias ou preparatórias ao exercício das atribuições privativas dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 16/03/07)*

*II - atuar no exame de matérias e processos administrativos, ressalvado o disposto na alínea b do inciso I do caput deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 16/03/07)*

*III - exercer, em caráter geral e concorrente, as demais atividades inerentes às competências da Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 16/03/07)*

*Decreto nº 6.641, de 10/11/08 - Art. 4º São atribuições dos ocupantes dos cargos efetivos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil, em caráter geral e concorrente:*

*I - lavrar termo de revelia e de preempção;*

*II - analisar o desempenho e efetuar a previsão da arrecadação; e*

*III - analisar pedido de retificação de documento de arrecadação.*

*Art. 5º Os ocupantes dos cargos efetivos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil, em caráter geral e concorrente, poderão ainda exercer atribuições inespecíficas da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil, desde que inerentes às competências da Secretaria da Receita Federal do Brasil, em especial:*

*I - executar atividades pertinentes às áreas de programação e de execução orçamentária e financeira, contabilidade, licitação e contratos, material, patrimônio, recursos humanos e serviços gerais;*

*II - executar atividades na área de informática, inclusive as relativas à prospecção, avaliação, internalização e disseminação de novas tecnologias e metodologias;*

*III - executar procedimentos que garantam a integridade, a segurança e o acesso aos dados e às informações da Secretaria da Receita Federal do Brasil;*

*IV - atuar nas auditorias internas das atividades dos sistemas operacionais da Secretaria da Receita Federal do Brasil; e*

*V - integrar comissão de processo administrativo disciplinar.*

Reitera-se que, ao se associar o entendimento acerca da existência ou não incompatibilidade material à integral extensão das atribuições do cargo, no caso específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão com atuação e múnus públicos muito bem demarcados e de execução intrínseca e biunivocamente associados às atribuições legais dos cargos integrantes da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, importa, em grau indireto, que aquele entendimento também guarda relação com as competências legais e regimentais do órgão. Esta inter-relação entre atribuições de cargos e competências do órgão não é mera ilação mas sim objeto de cristalina leitura dos incisos I e II do *caput* e do inciso III do § 2º do art. 6º daquela Lei.

As competências legais da Secretaria da Receita Federal do Brasil se encontram dispersas em inúmeras leis, desde a época da Secretaria da Receita Federal, antes da fusão dos Fiscos federais. Na ocasião, a Lei nº 12.457, de 16/03/07, reconhecendo, em seu art. 2º, por meio do emprego da expressão “legislação vigente”, esta dispersão de diplomas legais, apenas elaborou um comando genérico, ao qual agregou as novas competências advindas da seara previdenciária, tendo antes assegurado, preambularmente já em seu art. 1º, seu caráter essencial e permanente e sua finalidade de exercer a administração tributária e aduaneira da União, tanto sob ótica institucional quanto sob ótica individual de seus agentes.

*Lei nº 11.457, de 16/03/07 - Art. 1º A Secretaria da Receita Federal passa a denominar-se Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão essencial ao funcionamento do Estado, de caráter permanente, estruturado de forma hierárquica e diretamente subordinado ao Ministro de Estado da Fazenda e que tem por finalidade a administração tributária e aduaneira da União. (Redação dada pela Lei nº 13.464, de 10 de julho de 2017)*

*Parágrafo único. São essenciais e indelegáveis as atividades da administração tributária e aduaneira da União exercidas pelos servidores dos quadros funcionais da Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Incluído pela Lei nº 13.464, de 2017)*

*Art. 2º Além das competências atribuídas pela legislação vigente à Secretaria da Receita Federal, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição.*

Já as competências regimentais da Secretaria da Receita Federal do Brasil, por seu turno, concentram-se no art. 1º do seu Regimento Interno, de que se reproduzem os incisos mais relevantes.

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 1º A Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, órgão específico singular, diretamente subordinado ao Ministro de Estado da Fazenda, tem por finalidade: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

*I - planejar, coordenar, supervisionar, executar, controlar e avaliar as atividades de administração tributária federal e aduaneira, inclusive as relativas às contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social e às contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, na forma da legislação em vigor;*

*III - interpretar e aplicar a legislação tributária, aduaneira, de custeio previdenciário e correlata, editando os atos normativos e as instruções necessárias à sua execução;*

*V - preparar e julgar, em primeira instância, processos administrativos de determinação e exigência de créditos tributários e de reconhecimento de direitos creditórios, relativos aos tributos por ela administrados;*

*VI - preparar e julgar, em instância única, processos administrativos de aplicação de pena de perdimento de mercadorias e valores e de multa a transportador de passageiros ou de carga em viagem doméstica ou internacional que transportar mercadoria sujeita à pena de perdimento;*

*VII - acompanhar a execução das políticas tributária e aduaneira e estudar seus efeitos sociais e econômicos;*

*VIII - planejar, dirigir, supervisionar, orientar, coordenar e executar os serviços de fiscalização, lançamento, cobrança, arrecadação e controle dos tributos e demais receitas da União sob sua administração;*

*IX - realizar a previsão, o acompanhamento, a análise e o controle das receitas sob sua administração, bem como coordenar e consolidar as previsões das demais receitas federais, para subsidiar a elaboração da proposta orçamentária da União;*

*XVI - negociar e participar da implementação de acordos, tratados e convênios internacionais pertinentes à matéria tributária e aduaneira;*

*XVII - dirigir, supervisionar, orientar, coordenar e executar os serviços de administração, fiscalização e controle aduaneiros, inclusive no que diz respeito a alfandegamento de áreas e recintos;*

*XVIII - dirigir, supervisionar, orientar, coordenar e executar o controle do valor aduaneiro e de preços de transferência de mercadorias importadas ou exportadas, ressalvadas as competências do Comitê Brasileiro de Nomenclatura;*

*XX - planejar, coordenar e realizar as atividades de repressão ao contrabando, ao descaminho, à contrafação e pirataria e ao tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins, e à lavagem e ocultação de bens, direitos e valores, observada a competência específica de outros órgãos;*

*XXI - administrar, controlar, avaliar e normatizar o Sistema Integrado de Comércio Exterior - Siscomex, ressalvadas as competências de outros órgãos;*

*XXII - articular-se com órgãos, entidades e organismos nacionais, internacionais e estrangeiros que atuem no campo econômico-tributário, econômico-previdenciário e de comércio exterior, para realização de estudos, conferências técnicas, congressos e eventos semelhantes;*

*XXIV - orientar, supervisionar e coordenar as atividades de produção e disseminação de informações estratégicas na área de sua competência, em especial as destinadas ao gerenciamento de riscos ou à utilização por órgãos e entidades participantes de operações conjuntas, visando à qualidade e fidedignidade das informações, à prevenção e ao combate às fraudes e práticas delituosas, no âmbito da administração tributária federal e aduaneira; e*

*XXV - realizar e disseminar estudos e estatísticas econômico-tributários e relativos à matéria de comércio exterior, em estreita colaboração com a Secretaria de Política Econômica e com a Secretaria de Acompanhamento Econômico, visando aprimorar os estudos e as políticas públicas a seu cargo.*

E estão sintetizadas em texto institucional, constante no sítio eletrônico do órgão na

internet, em <http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/institucional>:

*“A Secretaria da Receita Federal do Brasil é um órgão específico, singular, subordinado ao Ministério da Fazenda, exercendo funções essenciais para que o Estado possa cumprir seus objetivos. É responsável pela administração dos tributos de competência da União, inclusive os previdenciários, e aqueles incidentes sobre o comércio exterior, abrangendo parte significativa das contribuições sociais do País.*

*Também subsidia o Poder Executivo Federal na formulação da política tributária brasileira, previne e combate a sonegação fiscal, o contrabando, o descaminho, a pirataria, a fraude comercial, o tráfico de drogas e de animais em extinção e outros atos ilícitos relacionados ao comércio internacional.”*

Atesta-se que a Secretaria da Receita Federal do Brasil é um órgão estratégico e, para o desempenho de tamanho rol de competências legais e regimentais, a instituição, além de compartimentar sua atuação nos já mencionados diversos macroprocessos de trabalho subdivididos em inúmeros processos de trabalho, tem de lidar com informações de caráter restrito, acobertadas pelo sigilo funcional ou por sigilo fiscal por se referirem respectivamente desde a dados cadastrais até à capacidade econômica dos contribuintes. Portanto, independentemente do cargo que ocupam, sejam de AFRFB ou ATRFB, integrantes da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, sejam cargos administrativos integrantes do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda - MF (Pecfaz do Quadro de Pessoal do MF, instituído pela Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, para o qual foram transpostos os cargos do Plano de Classificação de Cargos - PCC, instituído pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970; do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo - PGPE, tais como Analista Técnico-Administrativo, de nível superior, e Assistente Técnico-Administrativo, de nível intermediário, instituído pela Lei nº 11.357, de 19 de outubro de 2006; e demais cargos administrativos daquele Quadro, bem como cargos das Carreiras Previdenciária; da Seguridade Social e Trabalho; do Seguro Social; e da Previdência, Saúde e Trabalho) e também independentemente da unidade em que são lotados e/ou em que tenham exercício e das tarefas que desempenham, os servidores que exercem as atribuições legais de seus cargos no âmbito do órgão podem atuar em quaisquer das áreas da competência legal ou regimental e, para isto, naturalmente, há sempre o risco potencial de terem acesso a documentos e informações sujeitos ao sigilo fiscal por serem capazes de trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro.

Vejam-se, em contraposição às específicas atribuições legais dos cargos de AFRFB e de ATRFB, as atribuições legais dos cargos de Analista Técnico-Administrativo (de nível superior) e de Assistente Técnico-Administrativo (de nível intermediário), apenas para se mencionar aqui os dois cargos com maior quantidade de novas investiduras. Ainda assim, se percebe a umbilical associação das atribuições legais destes cargos administrativos às competências legais do órgão em que têm exercício.

*Vejam-se, em contraposição às específicas atribuições legais dos cargos de AFRFB e de ATRFB, as atribuições legais dos cargos de Analista Técnico-Administrativo (de nível superior) e de Assistente Técnico-Administrativo (de nível intermediário), apenas para se mencionar aqui os dois cargos com maior quantidade de novas investiduras. Ainda assim, se percebe a umbilical associação das atribuições legais destes cargos administrativos às competências legais do órgão em que têm exercício. Lei nº 11.357, de 19/10/06 - Art. 1º Fica estruturado o Plano Geral de Cargos do Poder Executivo - PGPE composto por cargos efetivos de nível superior, intermediário e auxiliar não integrantes de Carreiras específicas, Planos Especiais de Cargos ou Planos de Carreiras instituídos por leis específicas e voltados ao exercício de atividades técnicas, técnico-administrativas e de suporte no âmbito dos órgãos e entidades da administração federal direta, autárquica e fundacional. (Redação dada pela Lei nº 11.490, de 20/06/07)*

*Parágrafo único. Integrarão o PGPE, nos termos desta Lei, os seguintes cargos*

*de provimento efetivo: (Redação dada pela Lei nº 11.907, de 02/02/09)*

*I - cargos de nível superior, intermediário e auxiliar, do Plano de Classificação de Cargos instituído pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, do Plano de Classificação de Cargos de que trata a Lei nº 6.550, de 5 de julho de 1978, e dos Planos correlatos das autarquias e fundações públicas, não integrantes de Carreiras estruturadas, Planos de Carreiras ou Planos Especiais de Cargos, regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, pertencentes ao Quadro de Pessoal da administração pública federal; (Incluído pela Lei nº 11.907, de 02/02/09)*

*II - Analista Técnico-Administrativo, de nível superior, com atribuições voltadas ao planejamento, supervisão, coordenação, controle, acompanhamento e à execução de atividades de atendimento ao cidadão e de atividades técnicas e especializadas, de nível superior, necessárias ao exercício das competências constitucionais e legais a cargo dos órgãos e entidades da administração pública federal, bem como à implementação de políticas e à realização de estudos e pesquisas na sua área de atuação, ressalvadas as atividades privativas de Carreiras específicas, fazendo uso de todos os equipamentos e recursos disponíveis para a consecução dessas atividades; (Incluído pela Lei nº 11.907, de 02/02/09)*

*III - Assistente Técnico-Administrativo, de nível intermediário, com atribuições voltadas à execução de atividades técnicas, administrativas, logísticas e de atendimento, de nível intermediário, relativas ao exercício das competências constitucionais e legais a cargo dos órgãos ou entidades da administração pública federal, ressalvadas as privativas de Carreiras específicas, fazendo uso de todos os equipamentos e recursos disponíveis para a consecução dessas atividades, além de outras atividades de mesmo nível de complexidade em sua área de atuação; (Incluído pela Lei nº 11.907, de 02/02/09)*

Conforme já aduzido em **4.7.3.18.1**, a presente abordagem da questão de atividades privadas iniciou-se sob o enfoque da própria Lei nº 8.112, de 11/12/90, ou seja, à vista de seu poder vinculante para toda a Administração Pública federal, independentemente de cargo ou carreira. Todavia, há peculiaridades acerca deste tema para os integrantes de uma carreira típica de Estado, com atribuições legais muito específicas, como é o caso da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil.

Reiterando o já exposto em **4.7.3.18.4.a**, quando se iniciou a aproximação da abordagem para a Secretaria da Receita Federal do Brasil, uma primeira peculiaridade a se mencionar (e outras peculiaridades institucionais se mencionarão em **4.7.3.18.7**, já dirigidas à aplicação da Lei nº 12.813, de 16/05/13), é que, por força do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, os ocupantes de cargos de AFRFB e ATRFB passaram a se submeter também à vedação específica ao exercício de outra atividade remunerada, privada ou pública, potencialmente causadora de conflito de interesses.

Nos termos detalhadamente já expostos em **3.2.3.2**, a cuja leitura aqui se remete para poupar desnecessária repetição, a redação original destes comandos legais comportava a contradição de mencionar um regime de dedicação exclusiva ao mesmo tempo em que flexibilizava a vedação de atividades privadas, permitindo práticas não conflituosas.

Nos termos expostos em **4.7.3.18.4.c**, este dispositivo, embora específico para a Carreira TARFB (e repetido, na mesma Lei, para outras carreiras típicas), a rigor, naquela época em que foi introduzido no ordenamento jurídico, não trouxe relevante inovação em relação ao já existente art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e à interpretação sistemático-teleológica do Estatuto de que atos de vida privada totalmente dissociados do cargo não merecem repercussão disciplinar. Da mesma forma como o art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, desde sempre não tolera a prática de atividades incompatíveis com o cargo, este *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, passava a vedar o exercício de atividade remunerada que pudesse acarretar conflito de interesses. À vista do que se aduziu em **4.7.3.18.4.b**, de certa forma, se, de um lado, inicialmente era comum tomar-se como de

iguais significado e abrangência as expressões “atividades incompatíveis” e “atividades potencialmente causadoras de conflito de interesses”, após a edição da Lei nº 12.813, de 16/05/13, que trouxe a definição legal de atividades privadas suscetoras de conflito de interesses - considera-se a primeira expressão como uma das espécies do gênero descrito pela segunda.

E assim se sucedeu a harmonização do ordenamento, com o legislador ajustando a redação original do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, oito anos depois, por meio da Lei 13.328, de 29/07/16, que, acertadamente não só eliminou a contraditória expressão “dedicação exclusiva” como também, de um lado, vinculou a proibição de prática de atividades públicas ou privadas que se enquadrem na definição de conflito de interesses dada pela Lei nº 12.813, de 16/05/13, e, de outro lado, dissociou da condição de tais atividades serem remuneradas.

*Lei nº 11.890, de 2008 - Art. 3º Os ocupantes dos cargos integrantes das carreiras de que trata o art. 1º da Lei nº 10.910, de 15 de julho de 2004, são impedidos de exercer outra atividade, pública ou privada, potencialmente causadora de conflito de interesses, nos termos da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013. (Redação dada pela Lei nº 13.328, de 29 de julho de 2016).*

Não obstante este acerto posterior do ordenamento, no presente, a sutil diferenciação conceitual entre as expressões “atividades incompatíveis” e “atividades potencialmente causadoras de conflito de interesses” não importa, sendo relevante aduzir que as atividades privadas que sujeitam o servidor à possível responsabilização, seja por conta do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, seja por conta do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, não são práticas privadas quaisquer, mas sim aquelas que, mesmo exercidas em esfera privada, em algum grau, guardem uma correlação de incompatibilidade material com o múnus público e com a tutela pública exercida pelos cargos de AFRFB e de ATRFB, de forma que sua execução pode ser contaminada pelas prerrogativas do cargo ou a isenção e a imparcialidade necessárias ao correto desempenho das funções públicas podem ser contaminadas pelos interesses particulares daquelas empreitadas.

Retomando para o foco da Lei de aplicação específica, na verdade, embora dezoito anos mais recente e voltado especificamente para a Carreira TARFB, o *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, se amolda à interpretação sistemática que sempre se extraiu da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de preservar à margem do regime disciplinar a vida privada do servidor em toda a sua extensão que não mantém nenhum contato ou correlação, sequer potencial, com o cargo público. Ademais, enquanto o Estatuto prevê pena de suspensão para atividades privadas, remuneradas ou não, incompatíveis com o cargo e até demissão para acumulação ilegal em seara pública, aquele dispositivo da Lei específica e mais recente estabelece a vedação para atividades privadas ou públicas, remuneradas ou não, de forma que, dentro da interpretação sistemática, a afronta ao *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, consistiria em descumprir norma legal, capitulada como infração estatutária no art. 116, III da Lei nº 8.112, de 11/12/90, punível com advertência. Pode mesmo se dizer que o *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, mais do que se amoldar, complementa a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não tanto pela similaridade das vedações expostas, mas sim ao expressar a rejeição ao conflito de interesses. Neste rumo, jamais se pode interpretar que o *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, revogou (melhor dizendo, derogou), para as carreiras típicas, o art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90; ao contrário, de certa forma, é como se tivesse vindo ao ordenamento com o valor de uma norma de natureza interpretativa autêntica.

Ademais, pode-se interpretar também que, havendo prática de atividade incompatível, o servidor da Carreira TARFB incorre no art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e mesmo que esta atividade seja remunerada, este pormenor não tem o condão de alterar o enquadramento estatutário suspensivo, restando a inobservância do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, absorvida pelo ilícito mais grave da incompatibilidade, como o critério válido para esclarecer o que poderia ser um conflito aparente de normas, mas sem prejuízo de

se tomar a existência de remuneração como um parâmetro a aumentar o *quantum* da suspensão.

Ademais, reitera-se que não se cogita de nenhuma forma de aplicação do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, a servidor ocupante de cargo administrativo em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil, pois esse agente público não se vincula àquela lei.

#### 4.7.3.18.5.a - A Atividade do Magistério

Mesmo tendo sido derogada da redação original do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, a expressa permissão para o magistério, é de se asseverar que a atividade em tela, por seu forte clamor social, sempre mereceu, desde o legislador constituinte, um tratamento diferenciadamente mais permissivo, conforme se exporá e se justificará no curso do presente tópico.

Ademais, convém discorrer - até mesmo para o enfoque mais generalista do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90 - que o sentido do termo não se restringe à atuação como professor nos três níveis de escolaridade regular existentes no País. Além de contemplar a possibilidade de o servidor atuar como professor nos ensinos fundamental ou médio ou na educação superior (conforme define o art. 21 da Lei nº 9.394, de 20/12/96, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação), também se pode considerar excetuada da vedação a atuação para as diversas modalidades de ensino e de educação, tais como, a mero título de exemplo não exaustivo, os cursos preparatórios para concursos públicos.

*Lei nº 9.394, de 20/12/96 - Art. 21. A educação escolar compõe-se de:*

*I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio;*

*II - educação superior.*

*Art. 67.*

*§ 2º Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico. (Incluído pela Lei nº 11.301, de 11/05/06)*

De acordo com o § 2º do art. 67 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o legislador até aquiesceu com a aplicação extensiva da expressão “exercício do magistério”, além da função de docência dentro da sala de aula, estendendo-a para atividades extraclasse. Mas é de se destacar que, tendo se manifestado apenas com vista a dispositivos constitucionais atinentes a regime previdenciário (art. 40, § 5º e art. 201, § 8º da CF), o legislador estabeleceu determinado limite a esta extensão. Não obstante, para fim de definição de atividade incompatível por parte de servidor de carreiras típicas de Estado, em que a tutela é distinta (não de delimitar o direito à aposentadoria para servidor que atua na educação infantil e nos ensinos fundamental e médio mas sim de definir excepcional permissão para atividades lícitas por parte de servidores vinculados ao regramento estatutário e às demais leis esparsas), a extensão a se adotar para a expressão “exercício do magistério” é de ser ainda mais abrangente, não se limitando a atividades de direção, coordenação e assessoramento por parte de professores e especialistas em educação e realizadas no âmbito formal de uma entidade cujo objeto social seja ensino. Em outras palavras, a definição contida no dispositivo legal não impede interpretação mais extensiva da expressão “exercício do magistério” para fim de afastar repercussão disciplinar.

A presente interpretação extensiva para o vocábulo “magistério”, alçando-o além do ensino regular e levando-o até qualquer forma de exercício da atividade de disseminar conhecimentos e de ensinar, ainda que promovida e realizada à margem de uma entidade

regular de ensino, encontra apoio em pesquisa léxico-etimológica, tanto jurídica quanto em âmbito geral, conforme abaixo se reproduzem conceituações para o vocábulo encontradas nos mais renomados Dicionários pátrios.

*“Derivado do latim ‘magisterium’, de ‘magister’ (que ensina), é o vocábulo empregado para designar o cargo e função de professor. (...) Quando se trata de professores mantidos pelos poderes públicos, diz-se ‘magistério público’, em distinção ao ‘magistério particular’, empregado para exprimir o professorado livre, que leciona sem perceber dos cofres públicos, mas é mantido pelos estabelecimentos particulares ou recebe dos próprios alunos.”, De Plácido e Silva, “Dicionário Jurídico”, pg. 125, vol. III, Editora Forense, 7ª edição, 1982*

*“1. cargo ou ofício de professor; professorado; 2. exercício desse ofício; ensino; professorado (...).”, Antônio Houaiss, “Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa”, Editora Objetiva, versão 1.0, 2001*

*“1. Cargo de professor. 2. O exercício desse cargo, ou a classe dos professores; professorado.”, Aurélio Buarque de Hollanda, “Novo Dicionário Eletrônico Aurélio”, Editora Positivo, versão 5.0.40, 2004*

Além disto, a mesma interpretação de que o termo “magistério” engloba qualquer forma de ensino também pode ser extraída do ordenamento pátrio e, mais especificamente, desde a CF, quando são tratadas as carreiras da magistratura e do Ministério Público. Primeiramente, verifica-se que, para ambas as carreiras, fortemente típicas de Estado, o texto constitucional vedou o exercício de qualquer outra função, excetuando o magistério.

*CF - Art. 95.*

*Parágrafo único. Aos juízes é vedado:*

*I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;*

*Art. 128.*

*§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:*

*II - as seguintes vedações:*

*d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;*

Ademais, afirma-se que é de notório conhecimento que tanto os membros do Poder Judiciário quanto os membros do Ministério Público emprestam seus conhecimentos e abrilhantam corpos docentes de entidades de ensino em diversas modalidades de educação e ensino, aí se englobando não só os cursos de nível superior, públicos e privados, como também cursos privados preparatórios para concursos públicos para seleção até mesmo para a magistratura e para o *Parquet*, deixando claro que nem sequer esta atuação em magistério se confunde com conflito de interesses. Nesta linha, citam-se Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em que ambas entidades, ao esclarecerem o alcance da expressão “atividade jurídica” para ingresso nas respectivas carreiras, ratificaram a permissão para que seus membros atuem em cursos preparatórios, empregando inclusive a expressão “magistério em cursos formais ou informais”; e, ainda mais perfeitamente adequada ao tema em tela, cita-se outra Resolução do Conselho Nacional de Justiça, disciplinando o significado do termo “magistério” no art. 95, I da CF, também deixando inequívoca a inclusão da atuação como professor em cursos preparatórios e de pós-graduação.

*CNJ, Resolução nº 11, de 31/01/06 - Art. 6º Aquele que exercer atividade de magistério em cursos formais ou informais voltados à preparação de candidatos a concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura fica impedido de integrar comissão do concurso e banca examinadora até três anos após cessar a referida atividade de magistério.*

*CNMP, Resolução nº 29, de 31/03/08 - Art. 3º É vedada a participação, em comissão ou banca examinadora, dos que exercem o magistério e/ou a direção de cursos destinados a preparar candidatos a concursos públicos.*

*CNJ, Resolução nº 34, de 24/04/07 - Dispõe sobre o exercício de atividades do magistério pelos integrantes da magistratura nacional.*

*Art. 4º A presente resolução aplica-se inclusive às atividades docentes desempenhadas por magistrados em cursos preparatórios para ingresso em carreiras públicas e em cursos de pós-graduação.*

Ora, se para aqueles dois cargos, para os quais se tem talvez a mais inequívoca percepção do que seja uma atividade típica de Estado, se aplica uma interpretação extensiva à permissão de atuar no magistério, diferente não haveria de ser a forma de interpretar para AFRFB e ATRFB e para os demais cargos administrativos em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil. Não teria mínima razoabilidade e bom senso tentar se interpretar similar dispositivo voltado para os cargos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil e muito menos para cargos administrativos integrantes do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda - MF (Pecfaz, do Quadro de Pessoal do MF, já descrito em **4.7.3.18.5**) de forma ainda mais restrita do que se faz para a magistratura e para o Ministério Público. Assim, tem-se que a exceção da vedação material também permite que AFRFB e ATRFB (e extensivamente os servidores integrantes do Pecfaz) atuem não só como professores em cursos preparatórios de ingresso na própria Carreira e cursos de pós-graduação mas também que ainda se cogite da expressão “magistério informal” para abarcar outras modalidades de exercício da atividade de ensino e difusão de conhecimentos, mesmo em eventos organizados à margem de instituições formais de ensino, desde que a matéria a ser tratada e a forma a ser conduzida a disseminação de conhecimentos não afronte o cumprimento da jornada e não configure conflito de interesses.

Toda a construção hermenêutica acima foi, por fim, ratificada positivamente com a edição da Orientação Normativa CGU nº 2, de 09/09/14, que estabelece a definição abrangente para magistério, a favor de todo agente público do Poder Executivo federal, independentemente de carreira e de cargo ocupado. A norma infralegal não só assegura a posição apriorística de ser permitido o magistério como também apresenta que cabem neste termo, além da atividade docente nas entidades de ensino, ou de pesquisa ou de ciência e tecnologia, públicas ou privadas, também as capacitações ou treinamentos por meio de cursos (incluindo expressamente os preparatórios para concurso público ou processo seletivo, mas com algumas ressalvas), palestras ou conferências e quaisquer atividades correlatas a todas as anteriores.

*Orientação Normativa CGU nº 2, de 09/09/14 - Art. 2º*

*§ 1º Por magistério, para fins desta Orientação Normativa, compreendem-se as seguintes atividades, ainda que exercidas de forma esporádica ou não remunerada:*

*I - docência em instituições de ensino, de pesquisa ou de ciência e tecnologia, públicas ou privadas;*

*II - capacitação ou treinamento, mediante cursos, palestras ou conferências; e*

*III - outras correlatas ou de suporte às dos incisos I e II deste parágrafo, tais como funções de coordenador, monitor, preceptor, avaliador, integrante de banca examinadora de discente, presidente de mesa, moderador e debatedor, observada a proibição do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*

*Art. 4º Na hipótese de magistério em curso preparatório para concurso público ou processo seletivo, o agente público não poderá atuar em qualquer atividade relacionada à definição do cronograma ou do conteúdo programático do certame ou relacionada à elaboração, aplicação e correção de provas de qualquer fase, incluindo-se o curso de formação, o teste psicotécnico ou psicológico e a prova de aptidão.*

A ressalva acima é óbvia, pois tudo o que se expôs acerca da exclusão da incompatibilidade do exercício do magistério em relação ao múnus público condiciona-se primeiramente, de forma bastante imediata e cristalina, à compatibilidade de horário; não havendo compatibilidade de horário, nem mesmo a atividade de magistério é lícita.

*Orientação Normativa CGU nº 2, de 09/09/14 - Art. 2º É permitido o exercício de atividades de magistério por agente público, respeitadas, além do disposto na Lei nº 12.813, de 2013:*

*I - as normas atinentes à compatibilidade de horários;*

*II - as normas atinentes à acumulação de cargos e empregos públicos; e*

*III - a legislação específica aplicável ao regime jurídico e à carreira do agente.*

*§ 3º Para efeitos dos incisos I e II do caput deste artigo, no tocante aos servidores estatutários, deve ser especialmente observado o disposto no Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995, no Parecer AGU nº GQ-145, de 16 de março de 1998, e na Portaria Normativa SEGEP/MP nº 2, de 12 de março de 2012*

E já não tão hialina de se identificar mas não menos importante também é a ressalva acerca inexistência de conflito de interesses entre a atividade privada de magistério e o múnus público do agente. Ora, e de outra forma não poderia ser. Não haveria que se cogitar de incoerência por parte do ordenamento, que, de um lado, efetivamente operou uma inequívoca refração normativa à ocorrência do conflito de interesses e, de outro lado, contemplasse o uso distorcido na nobre função do magistério para encobrir ou dissimular condutas reprováveis de ambiguidade em termos de lealdade institucional. Não há que se crer na hipótese de o ordenamento prever uma proteção a práticas de afronta ao interesse público acobertadas pelo uso indevido do instituto do magistério.

*Orientação Normativa CGU nº 2, de 09/09/14 - Art. 2º*

*§ 2º Não se inclui entre as atividades de magistério a prestação de consultoria.*

Em outras palavras, ainda que com compatibilidade de horários, quando se detecta que uma atividade de repasse ou de disseminação de conhecimentos se macula por características tais como dirigir-se de forma exclusiva a um público-alvo estritamente bem definido e que guarde estreita relação de proximidade com a atuação estatal do servidor ou ser organizado e realizado por instituição que tenha interesse direto no poder decisório do agente. Conforme se complementar e se especificará em **4.7.3.18.5.b**, a participação de servidores da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil em eventos externos acerca de matéria fiscal patrocinados por particulares requer apreciação destacada e cautelosa. Em tais situações, é possível cogitar de afronta à tutela protegida pelo inciso II do art. 5º da Lei nº 12.813, de 18/05/13, que veda o exercício de atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente.

*Orientação Normativa CGU nº 2, de 09/09/14 - Art. 5º Fica vedada a divulgação de informação privilegiada, bem como de outras informações de acesso restrito, ainda que a título exemplificativo, para fins didáticos, nos termos do inciso II do art. 3º da Lei nº 12.813, de 2013.*

*Art. 6º As atividades referidas nesta Orientação Normativa dispensam a consulta acerca da existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada, previstos na Lei nº 12.813, de 2013.*

*Parágrafo único. O exercício de atividades de magistério para público específico que possa ter interesse em decisão do agente público, da instituição ou do colegiado do qual o mesmo participe deve ser precedido de consulta acerca da existência de conflito de interesses, nos termos da Portaria Interministerial MP/CGU nº 333, de 19 de setembro de 2013.*

Ou seja, a atividade de magistério, *a priori*, não se enquadra na vedação de prática de atividades conflitantes com o múnus público exclusivo de carreiras típicas de Estado, como é

a Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil e tampouco dos cargos integrantes do Pecfaz; mas, mesmo para esta nobre, estimulada e protegida função, há de se perquirir, para sua licitude, se é feita sem impactar negativamente no compromisso de jornada e se é feita de forma geral, não dirigida exclusivamente a um determinado público-alvo interessado no poder decisório do agente, estando seus destinatários associados à matéria em si a ser disseminada e não em função dos interesses de determinado contribuinte em face do Fisco.

#### 4.7.3.18.5.b - Participação em Palestras, Conferências, Seminários, Congressos, Treinamentos e Cursos

Ainda cabível no tema, tem-se que, de acordo com a Portaria SRF nº 695, de 21/07/99, a participação de AFRFB e ATRFB, como professor, instrutor, palestrante, conferencista, expositor ou moderador, mesmo fora de horário de trabalho (segundo a redação literal da norma), em cursos, aulas, treinamentos, seminários, palestras, conferências, congressos e eventos similares, sobre matéria de competência legal ou regimental da Secretaria da Receita Federal do Brasil e destinados para público externo, depende de prévia autorização da Administração.

*Portaria SRF nº 695, de 1999 - Art. 1º Depende de prévia autorização, a participação ativa de servidores da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), ainda que fora do horário de trabalho, em cursos, aulas, treinamentos, seminários, palestras, conferências, congressos e outros eventos similares relativos a matéria de competência da RFB, destinados a público externo, que não constituam curso regular reconhecido pelo Poder Público ou curso preparatório para concursos, na qualidade de professor, instrutor, palestrante, conferencista, expositor ou moderador. (Redação dada pela Portaria RFB nº 66, de 16 de janeiro de 2018)*

*§ 1º A autorização de que trata o caput é de competência: (Redação dada pela Portaria RFB nº 66, de 2018)*

*I - do Secretário-Adjunto, caso o órgão ou entidade promotora do evento tenha atuação em âmbito nacional; (Incluído pela Portaria RFB nº 66, de 2018)*

*II - dos Subsecretários, Superintendentes e Chefe de Gabinete, caso o órgão ou entidade promotora do evento tenha atuação em âmbito distrital ou estadual; e (Incluído pela Portaria RFB nº 66, de 2018)*

*III - dos delegados da Receita Federal do Brasil, caso o órgão ou entidade promotora do evento tenha atuação em âmbito municipal. (Incluído pela Portaria RFB nº 66, de 2018)*

*§ 2º A solicitação de participação em eventos de que trata o caput será encaminhada, por intermédio da estrutura hierárquica, à autoridade competente em dossiê digital contendo as seguintes informações: (Redação dada pela Portaria RFB nº 66, de 2018)*

*I - identificação do servidor; (Redação dada pela Portaria RFB nº 66, de 2018)*

*II - assuntos a serem tratados; (Redação dada pela Portaria RFB nº 66, de 2018)*

*III - data de realização do evento; (Redação dada pela Portaria RFB nº 66, de 2018)*

*IV - convite formulado pela entidade promotora do evento; e (Redação dada pela Portaria RFB nº 385, de 14 de março de 2018)*

*V - anuência da chefia imediata. (Redação dada pela Portaria RFB nº 66, de 2018)*

Quanto ao objeto do dispositivo, se, por um lado, inclui-se no alcance todo o escopo de matéria fiscal de competência federal e de arrecadação previdenciária, por outro lado, pelo caráter restritivo da norma, não cabe nenhuma forma extensiva de aplicação, limitando-se o condicionamento (outros temas de Direito Administrativo que não se confundam com a matéria-fim da própria instituição e matérias fiscais estaduais e municipais, por exemplo, não

estão alcançadas pela Portaria SRF em tela). Também, em harmonia com a posterior Orientação Normativa CGU nº 2, de 09/09/14, e com tudo que foi exposto em **4.7.3.18.5.a**, são excluídas do alcance da vedação, pela própria literalidade da norma, as participações de servidores em cursos oficialmente regulares (ensino fundamental, ensino médio e educação superior, inclusive aulas de Direito Tributário ou de Contabilidade Geral em uma universidade, por exemplo) ou cursos preparatórios para concursos públicos, inclusive para ingresso na própria instituição. Tampouco a norma veda que tais participações em matérias permitidas sejam remuneradas.

A propósito, obtém-se coerência na interpretação conjunta desta Portaria SRF com a ressalva já exposta em **4.7.3.18.5.a**, a favor do magistério. Naquele tópico, chegou-se à conclusão de que o termo “magistério” engloba qualquer nível ou modalidade de ensino, não só os cursos regulares de ensinos fundamental e médio e de educação superior, mas também cursos preparatórios, até mesmo aqueles de ingresso na Carreira, na linha posteriormente referendada pela Orientação Normativa CGU nº 2, de 09/09/14.

É de se destacar que a tutela que a Administração quer com esta norma não é de mero controle de presença ou de remuneração do servidor, mas sim de triagem das informações que poderão ser levadas a público externo, visto que o servidor do Fisco pode ter acesso a dados de caráter sigiloso ou até estratégico. Assim, o AFRFB ou ATRFB, independentemente de receber ou não remuneração em evento disciplinado pela Portaria SRF nº 695, de 21/07/99, desde que devidamente autorizado, ou em evento que a norma desde sempre dispensa autorização, não afronta a vedação de exercício de atividade, imposta pelo *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, bem como não afronta a vedação de prática de atividades incompatíveis com a natureza do cargo, imposta pelo art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e muito menos infringe a Lei nº 12.813, de 16/05/13.

Tanto é assim que a Portaria SRF em tela exige a autorização não só do chefe imediato do servidor, mas também de autoridade de maior poder decisório sobre o âmbito de atuação do órgão ou entidade promotor do evento. Assim, caso o promotor do evento possua espectro nacional de atuação, a autorização se concentra no Secretário Adjunto da Receita Federal do Brasil; caso a atuação do órgão ou da entidade abranja o Distrito Federal ou um estado da federação, a autorização recai no Subsecretário da respectiva área-fim em que atua o servidor solicitante ou no Chefe de Gabinete ou ainda no respectivo Superintendente; e caso a atuação do promotor se limite a um contorno municipal, a autorização incumbe ao respectivo Delegado. Tamanha solenidade, ao centralizar a autorização em autoridades detentoras de respectivas ascendências técnico-gerenciais no ambiente em que atua a pessoa jurídica organizadora ou patrocinadora do evento, demonstra que o controle das informações que, em um determinado momento, a administração da Secretaria da Receita Federal do Brasil vê como passíveis ou não de disponibilização pública, pode refletir estratégia institucional, ultrapassando em muito a mera gerência de pessoal exercida no âmbito da unidade de lotação do palestrante.

Mas, ao mesmo tempo em que tutela visão macro e estratégica que relevantes autoridades do órgão possuem, a norma não descuida das tutelas cotidianas associadas à manutenção do serviço e ao não prejuízo ao andamento dos trabalhos, ao bom ambiente interno na unidade e ainda às avaliações profissionais e pessoais a cargo da chefia sobre seu subordinado, ao exigir, desde o início do encaminhamento do pedido, a anuência expressa do chefe imediato do servidor pleiteante.

Ao mesmo tempo em que o art. 1º da Portaria SRF impõe ao servidor interessado ou convidado a participar de evento da natureza ora tratada que obtenha anuência de sua chefia e submeta à respectiva autoridade superior o seu pedido, instruído por informações básicas tais como quem o convidou, independente de o evento ser realizado por iniciativa oficial (de outra instituição pública, por exemplo) ou privada, para que data o fez e quais os assuntos a serem tratados, também extrai-se o sentido complementar da inteligência positivada. Ao condicionar

a autorização, o comando normativo também se volta para o administrador, impondo que este avalie se a participação pode potencialmente ensejar conflito de interesses ou, ao contrário, se, mesmo que sob patrocínio privado, vislumbre que pode ser de interesse do próprio órgão (por exemplo, na disseminação de algum conhecimento que se converterá a favor da agilização dos procedimentos, evitando erros por parte de contribuintes ao provocarem a instituição com algum pleito de natureza fiscal).

Pelo exposto, a falta ao trabalho para ministrar ou para participar de algum daqueles eventos e nas condições definidas pela norma, sem a referida autorização, ainda que fora do horário de expediente ou que tenha a ausência consignada em folha de ponto - seja para posterior compensação, seja até para desconto da remuneração -, não tem afastada a repercussão disciplinar, uma vez que esta independe da incidência ou não de efeitos pecuniários.

Além disto, no caso de mais de um evento, é evidente que se exige a obtenção de autorização para cada evento, pois não é absurdo imaginar que, sob o ponto de vista da administração da Secretaria da Receita Federal do Brasil, um assunto liberado e permitido para trato público em determinado momento pode não mais ser em algum tempo depois. Esta linha de interpretação teleológica da norma traz à tona a percepção de que a conduta funcional em tela (participação não autorizada em eventos) tanto pode restringir-se a ato único quanto pode vir a configurar habitualidade, e daí, se pode cogitar de diferentes repercussões disciplinares para o servidor.

De acordo com a literalidade da Portaria SRF, o servidor que ministra evento(s) ou dele(s) participa nas condições positivadas sem a referida autorização, independentemente do horário de realização, descumpra a citada norma e, conseqüentemente, infringe o art. 116, III da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Este enquadramento ora aventado, cuja pena básica é de advertência, revela-se bastante específico para a hipótese em tela, absorvendo o enquadramento que seria mais genérico (no art. 117, I da mesma Lei, pela ausência desautorizada), e prescinde de habitualidade da conduta: basta um único evento sem a devida autorização para que reste descumprida uma norma vinculante.

Acrescente-se que pode ocorrer de não só a participação no evento em si se dar à margem da autorização da alta autoridade, mas também de esta participação ainda impor anterior ou posterior prejuízo à jornada (por exemplo, se o servidor necessita se ausentar em função do deslocamento até o local do evento, em outro município). Neste caso, pode-se cogitar de dois fatos independentes, com enquadramentos que se somam: no art. 116, III da Lei nº 8.112, de 11/12/90, combinado com a Portaria SRF nº 695, de 21/07/99, pela participação irregular no evento em si; e no art. 117, I daquela mesma Lei, não pelo evento em si, mas pela jornada de trabalho descumprida em tese sem autorização da chefia imediata no dia dos deslocamentos, além do desconto pecuniário.

*A priori*, a possibilidade de aplicação do enquadramento em tela, ou seja, do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, surge justamente com a habitualidade ou reiteração da conduta, nos termos já dispostos em **2.5.3.4**, hipótese então em que pode se justificar o enquadramento cuja pena originária já é de suspensão (mais gravosa que a pena cabível para uma única participação em evento fora dos parâmetros permitidos pela Portaria SRF nº 695, de 21/07/99), absorvendo as condutas de menor gravidade, de inobservância de norma e de ausência não autorizada (art. 116, III e até do art. 117, I da mesma Lei). Uma vez que a ação verbal do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (“exercer atividade”) faz subentender pelo menos uma certa habitualidade na conduta, não parece razoável, pelo menos em princípio, nele enquadrar uma única participação não autorizada em evento.

Não obstante, pode a participação em um único evento, dependendo do teor do que o servidor expõe em público ou dependendo do relevante prejuízo causado pela ausência desautorizada em horário incompatível, ser enquadrável neste art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, também absorvendo condutas de menor gravidade. No extremo, pode-se cogitar

até de enquadramento mais grave, como no art. 117, IX ou no art. 132, IV ou IX da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se em um único evento, realizado fora do horário de trabalho, o servidor disponibiliza a público informações de caráter extremamente estratégico ou preservadas por sigilo funcional.

E devem ser mantidas as respectivas vinculações supra em caso de férias, licenças ou demais afastamentos, já que, como se alertou acima, a tutela da Portaria SRF nº 695, de 21/07/99, não é de carga horária de jornada, mas sim de controle da informação que o servidor levará a público e a submissão a este controle e à lealdade à instituição não é elidida pelo afastamento.

Mas é necessário cautela ao se cogitar de responsabilização disciplinar por servidor participar de eventos na forma vedada pela Portaria SRF nº 695, de 21/07/99, visto que o alcance da norma tem sido objeto de discussão judicial. Os AFRFB associados do Sindifisco Nacional (ex-Unafisco Sindical), por meio da Apelação Cível nº 2002.34.00.005473-7, na 13ª Vara da Justiça Federal/DF, obtiveram, em 24/04/02, antecipação de tutela, confirmada em sentença favorável no mérito de primeira instância, em 10/08/04, dispensando o pedido de autorização apenas quando o evento se realiza fora do horário de expediente. Em decorrência, a Advocacia-Geral da União apelou ao respectivo Tribunal Regional Federal da 1ª Região e pediu efeito devolutivo e suspensivo da sentença, no que foi atendida pelo juízo de 1ª instância, tornando novamente válida a Portaria SRF na íntegra, mediante decisão publicada em 14/02/05. A entidade sindical interpôs agravo ao Tribunal Regional Federal, solicitando imediata apreciação do efeito suspensivo, tendo novamente o juízo se manifestado, em decisão publicada em 07/06/05, por sua manutenção, sem alterar a decisão anterior. Ao julgar a Apelação Cível, em decisão publicada em 19/05/10, a Corte declarou ilegal o condicionamento da participação de AFRFB representados pela entidade classista em eventos de matéria fiscal fora do horário de trabalho à prévia autorização superior. Na sequência, a União interpôs Embargos de Declaração, que foram rejeitados, em 17/04/13, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Posteriormente, a União interpôs, junto ao Superior Tribunal de Justiça, o Agravo em Recurso Especial nº 917.672, que não foi conhecido em 19/04/2017; desta decisão, em 12/05/17, interpôs Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial, que também não foi conhecido em 21/06/17. Transitado em julgado aquele Agravo em Recurso Especial, os autos foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal para apreciar o Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.077.767, que foi improvido em 04/10/2017, e, na sequência, tendo sido intimada mas não tendo a União apresentado recurso, operou-se definitivamente o trânsito em julgado em 07/12/17.

Assim, por ora, a menos de novas decisões judiciais, os AFRFB associados à entidade classista que, a qualquer tempo, tenham participado, sem autorização superior, fora do horário de expediente, de eventos de que trata a Portaria SRF nº 695, de 21/07/99, não incorreram em descumprimento de norma, uma vez que, com a mencionada decisão judicial, aquele dispositivo nunca teve e não tem aplicação para aqueles servidores. Destaque-se que, para os ATRFB, diferentemente, sempre prevaleceu a redação original da norma, que exige a autorização.

Ademais, na coerência da linha adotada em **4.7.3.18.5.a**, quando se abordou o magistério, atividade sobre a qual o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) emitiu a Orientação Normativa CGU nº 2, de 09/09/14, é de se estender a cautela acima exposta especificamente para os cargos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, acerca de disponibilização exterior de informações estratégicas, também para os servidores ocupantes de cargos administrativos integrantes do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda - MF (Pecfaz, do Quadro de Pessoal do MF, já descrito em **4.7.3.18.5**).

Por fim, a CGU, em conjunto com a Comissão de Ética Pública da Presidência da República, editou a Orientação Normativa Conjunta CGU/CEP nº 1, de 06/05/16,

estabelecendo critérios para participação de agentes públicos em eventos, cujos temas sejam relacionados ao múnus público, patrocinados no Brasil ou no exterior por entidades privadas. O alcance da Orientação Normativa se estende a servidores de férias, licenças e demais afastamentos legais e a eventos organizados por associações ou sindicatos mas patrocinados por outras instituições privadas.

A norma estabelece parâmetros de controle administrativo para participação de servidores em atividades que variam desde eventos formais de natureza técnica como seminários, congressos, visitas e reuniões até eventos de suposta menor repercussão, a exemplo de jantares, almoços, cafés da manhã e atividades de natureza similar. Para o primeiro conjunto de eventos, a norma estabelece que os custos da participação devem ser arcados preferencialmente pelo órgão público, ao qual deve ser dirigido o convite e ao qual compete indicar o representante. E para o segundo conjunto de eventos a norma impõe a regra da proibição para aceitação de convites para eventos de entretenimento como shows, apresentações e atividades esportivas.

*Orientação Normativa Conjunta CGU/CEP nº 1, de 06/05/16 - Art. 1º As despesas relacionadas à participação de agente público em eventos que guardem correlação com as atribuições de seu cargo, emprego ou função, promovidos por instituição privada, tais como seminários, congressos, visitas e reuniões técnicas, no Brasil ou no exterior, deverão ser custeadas, preferencialmente, pelo órgão ou entidade a que o agente se vincule.*

*§ 1º Excepcionalmente, observado o interesse público, a instituição promotora do evento poderá custear, no todo ou em parte, as despesas relativas a transporte, alimentação, hospedagem e inscrição do agente público, vedado o recebimento de remuneração.*

*§ 2º O convite para a participação em eventos custeados por instituição privada deverá ser encaminhado à autoridade máxima do que indicará, em caso de aceitação, o representante adequado, tendo em vista a natureza e os assuntos a serem tratados no evento.*

*Art. 2º Quando o assunto a ser tratado estiver relacionado com suas funções institucionais, o agente público poderá aceitar convites para jantares, almoços, cafés da manhã e atividades de natureza similar, custeados por terceiros, desde que as atividades não envolvam itens considerados de luxo, como bebidas e alimentos excessivamente caros.*

*Parágrafo único. O agente público deverá sempre informar ao seu superior hierárquico, diretamente ou por meio dos canais adequados no âmbito da instituição, sobre a participação em atividades de que trata o caput.*

*Art. 3º É vedado ao agente público aceitar convites ou ingressos para atividades de entretenimento, como shows, apresentações e atividades esportivas.*

*Parágrafo único. Excluem-se da vedação do caput:*

*I - os casos em que o agente público se encontre no exercício de representação institucional, hipóteses em que fica vedada a transferência dos convites ou ingressos a terceiros alheios à instituição;*

*II - os convites ou ingressos originários de promoções ou sorteios de acesso público, ou de relação consumerista privada, sem vinculação, em qualquer caso, com a condição de agente público do aceitante;*

*III - os convites ou ingressos ofertados em razão de laços de parentesco ou amizade, sem vinculação com a condição de agente público, e desde que o seu custo seja arcado pela própria pessoa física ofertante;*

*IV - os convites ou ingressos distribuídos por órgão ou entidade pública de qualquer esfera de poder, desde que observado limite de valor fixado pela Comissão de Ética Pública.*

*Art. 5º As regras desta orientação normativa aplicam-se:*

*I - a todos os agentes públicos, inclusive durante o gozo de férias e de outras licenças e afastamentos remunerados; e*

*II - aos eventos e atividades organizados por associações e sindicatos, sempre*

*que houver patrocínio de outras instituições privadas.*

#### **4.7.3.18.6 - A Definição Legal de Conflito de Interesses e os Regramentos Punitivos e Preventivos da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013**

##### 4.7.3.18.6.a - Introdução Acerca do Abrangente Alcance Subjetivo da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013

De imediato, faz-se necessário abordar que a Lei nº 12.813, de 16/05/13, padece de uma certa imprecisão na técnica redacional adotada e na concatenação dos seus dispositivos, no que diz respeito aos alcances subjetivos. A primeira leitura parece induzir que os comandos de grave repercussão disciplinar encartados na mencionada Lei se aplicariam apenas a um seletivo grupo de agentes públicos, uma vez que logo o seu art. 2º menciona que este grupo restrito se submete ao seu “regime”, que é um termo que remete à noção de matéria correcional, como se a integralidade dos agentes públicos não estivesse atingida pelo cerne punitivo que a própria Lei somente vem a definir em artigos mais adiante. Todavia, sua leitura integral e mais atenta esclarece que é justamente o oposto, ou seja, os seus comandos de natureza punitiva (somados a outros comandos de natureza preventiva) se aplicam indistintamente a todos os agentes públicos do Poder Executivo federal e, em acréscimo, para aquele seletivo grupo de agentes públicos descritos no art. 2º da citada Lei, superpõem-se ainda um rol mais específico de definições materiais e de obrigações preventivas, a que não se submetem os demais.

Portanto, com fim meramente didático de melhor compreender o texto legal, pode-se dizer que a Lei nº 12.813, de 16/05/13, contém comandos de grave natureza punitiva e de natureza preventiva generalistas, no sentido de incidirem sobre todo o quadro de detentores de cargos e empregos no Poder Executivo federal, e contém ainda outros comandos também de natureza punitiva e de natureza preventiva mais específicos, que, para um grupo seletivo de agentes públicos, se somam àqueles comandos genéricos, impondo-lhes um regime ainda mais severo de alcance material e de controle. A presente abordagem da Lei se iniciará pela identificação do alcance subjetivo dos seus comandos mais genéricos e, por fim, apresentará o alcance subjetivo mais delimitado dos seus comandos específicos.

Dito isto, ainda em patamar introdutório, de imediato, apenas sintetizam-se (para posterior detalhamento em **4.7.3.18.6.b**) o que significa e a quem se aplica o que acima se chamou de comandos de natureza punitiva generalistas. Tem-se que o art. 10 da Lei nº 12.813, de 16/05/13, define que o rol de descrições materiais de ilícitos demarcados pelo conflito de interesses constante do art. 5º e do inciso I do art. 6º, e outras obrigações de natureza preventiva, constantes do art. 4º, todos da citada Lei, incidem indistintamente sobre a integralidade dos agentes públicos do Poder Executivo federal, independentemente do cargo ou emprego ocupado e de suas atribuições legais (ressalve-se que o comando estabelecido no inciso II e em suas quatro alíneas, do mencionado art. 6º, também contém descrições materiais de conflito de interesses, mas que se aplicam apenas ao grupo de agentes públicos definido no art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, conforme se descreverá em **4.7.3.18.6.d**). O art. 12 da Lei nº 12.813, de 16/05/13, impõe que a incursão nas condutas vedadas naqueles seus dois artigos de definições materiais configura o ilícito de improbidade administrativa, conforme o art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, punível com pena de demissão. Ora, se é assim, então, é certo, que todos os agentes públicos federais, ao incorrerem nas condutas do art. 5º e do inciso I do art. 6º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, sujeitam-se à demissão por improbidade administrativa por atentarem contra os princípios da Administração, apurada no devido rito da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e com enquadramento em seu art. 132, IV, combinado com o art. 12 da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e com a definição tomada no art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, sem prejuízo de eventuais repercussões civil (em ação civil pública de improbidade)

e até penal.

*Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 10. As disposições contidas nos arts. 4º e 5º e no inciso I do art. 6º estendem-se a todos os agentes públicos no âmbito do Poder Executivo federal.*

*Art. 12. O agente público que praticar os atos previstos nos arts. 5º e 6º desta Lei incorre em improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando não caracterizada qualquer das condutas descritas nos arts. 9º e 10 daquela Lei.*

*Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput e da aplicação das demais sanções cabíveis, fica o agente público que se encontrar em situação de conflito de interesses sujeito à aplicação da penalidade disciplinar de demissão, prevista no inciso III do art. 127 e no art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou medida equivalente.*

Prosseguindo nesta abordagem introdutória, apenas sintetizam-se (para posterior detalhamento em **4.7.3.18.6.c**) o que significa e a quem se aplica o que acima se chamou de comandos de natureza preventiva generalista. Além do grave aspecto material acima descrito, tem-se que o mesmo art. 10 da Lei nº 12.813, de 16/05/13, também estende indistintamente a todos os agentes públicos do Poder Executivo federal, independentemente do cargo ou emprego ocupado e de suas atribuições legais, a postura preventiva estabelecida no art. 4º da mesma Lei. Assim, de acordo com o art. 10, em conjunto com o art. 4º, ambos da Lei nº 12.813, de 16/05/13, todo e qualquer agente público federal deve agir de modo a prevenir possível conflito de interesses e a resguardar informação privilegiada e, em caso de dúvida, deve consultar a Comissão de Ética Pública ou o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU).

É de se compreender que as expressões “ocupante de cargo ou emprego” e “agente público” abarcam tanto o servidor ou empregado interessado em determinada atividade privada quanto a sua chefia ou qualquer autoridade hierárquica ou correcional na síntese da Administração como um todo. Ainda que investido na relação de confiança de ocupar cargo de chefia, de maior hierarquia que seja, não faz com que esta autoridade perca sua condição intrínseca, associada a seu cargo efetivo, de servidor.

*Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 4º O ocupante de cargo ou emprego no Poder Executivo federal deve agir de modo a prevenir ou a impedir possível conflito de interesses e a resguardar informação privilegiada.*

*§ 1º No caso de dúvida sobre como prevenir ou impedir situações que configurem conflito de interesses, o agente público deverá consultar a Comissão de Ética Pública, criada no âmbito do Poder Executivo federal, ou a Controladoria-Geral da União, conforme o disposto no parágrafo único do art. 8º desta Lei.*

Para o foco de interesse do presente texto, todos os ocupantes de cargo que têm exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil, sejam da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, sejam dos demais cargos administrativos integrantes do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda - MF (Pecfaz, do Quadro de Pessoal do MF, instituído pela Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, para o qual foram transpostos os cargos do Plano de Classificação de Cargos - PCC, instituído pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970; do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo - PGPE, tais como Analista Técnico-Administrativo, de nível superior, e Assistente Técnico-Administrativo, de nível intermediário, instituído pela Lei nº 11.357, de 19 de outubro de 2006; e demais cargos administrativos daquele Quadro, bem como cargos das Carreiras Previdenciária; da Seguridade Social e Trabalho; do Seguro Social; e da Previdência, Saúde e Trabalho), encontram-se alcançados pelos regramentos genéricos tanto de índole punitiva quanto de índole preventiva da Lei nº 12.813, de 16/05/13.

Fechada a apresentação dos comandos de natureza punitiva e de natureza preventiva

generalistas e de seu alcance, concluindo esta abordagem introdutória, apenas sintetizam-se (para posterior detalhamento em **4.7.3.18.6.d**) o que significa e a quem se aplica o que acima se chamou de comandos de natureza punitiva e de natureza preventiva mais específicos. Por expressa vontade do legislador, além daqueles primeiros fortes regramentos voltados a todo quadro funcional da Administração federal, conforme se lê no art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, um grupo seletivo de agentes públicos submete-se a um regime de ainda maior severidade material e maior grau de controle preventivo. Na verdade, este seletivo grupo de agentes públicos se subdivide em dois subgrupos.

Quanto ao primeiro subgrupo, restrito a altas autoridades republicanas (os ocupantes dos seguintes cargos ou empregos: de Ministros de Estado; de natureza especial; de presidentes, vice-presidentes e diretores de autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista; e do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS níveis 6 e 5), a Lei nº 12.813, de 16/05/13, conforme os quatro incisos do seu art. 2º, opera uma espécie de presunção legal absoluta de que as funções desempenhadas inequivocamente lhes disponibiliza (ou lhes disponibilizou, ao tempo do exercício já findo) acesso a informações privilegiadas e os expõem (ou os expôs, ao tempo do exercício já findo) a situações potencialmente conflituosas, e, por esta razão, automaticamente os faz submeter ao regime especial mais severo. Neste espectro delimitado, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, alcançam-se apenas o Secretário e o Secretário Adjunto da Receita Federal do Brasil (respectivamente, cargos de natureza especial e DAS-101.5), mas que, regimentalmente, estão fora da competência correcional da Coger.

*Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 2º Submetem-se ao regime desta Lei os ocupantes dos seguintes cargos e empregos:*

*I - de ministro de Estado;*

*II - de natureza especial ou equivalentes;*

*III - de presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalentes, de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista; e*

*IV - do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 6 e 5 ou equivalentes.*

E, quanto ao segundo subgrupo, a Lei nº 12.813, de 16/05/13, conforme o parágrafo único do seu art. 2º, também remete a este regime especial mais severo os ocupantes de cargos ou empregos públicos cujo exercício proporcione (ou proporcionou, ao tempo do exercício já findo) acesso a informação privilegiada capaz de propiciar vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro, conforme definição regulamentar - o inciso II do art. 3º da própria Lei define que informação privilegiada é toda aquela referente a assuntos sigilosos ou toda informação relevante para processo de decisão administrativa de repercussão e que não seja de conhecimento ostensivo.

*Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 2º Submetem-se ao regime desta Lei os ocupantes dos seguintes cargos e empregos:*

*Parágrafo único. Além dos agentes públicos mencionados nos incisos I a IV, sujeitam-se ao disposto nesta Lei os ocupantes de cargos ou empregos cujo exercício proporcione acesso a informação privilegiada capaz de trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro, conforme definido em regulamento.*

*Art. 3º Para os fins desta Lei, considera-se:*

*II - informação privilegiada: a que diz respeito a assuntos sigilosos ou aquela relevante ao processo de decisão no âmbito do Poder Executivo federal que tenha repercussão econômica ou financeira e que não seja de amplo conhecimento público.*

E, para aproximar do presente foco de interesse, sabe-se que as atribuições legais dos ocupantes dos cargos não só da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil mas também dos demais cargos administrativos, que não AFRFB e ATRFB, integrantes do Pefaz, e até mesmo dos empregados que têm exercício na Secretaria da Receita Federal do

Brasil permitem (ainda que em diferentes graus) o acesso a informações sigilosas (no caso, protegidas por sigilo fiscal), informações estas que demonstram a situação econômica, o estado de riqueza e os negócios conduzidos pelo particular, de forma que o acesso a elas pode propiciar vantagem econômica ou financeira ao agente público ou a terceiro. Daí, em consequência, todos os ocupantes de cargos e empregos em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil, por força do parágrafo único do art. 2º, combinado com o inciso II do art. 3º, ambos da Lei nº 12.813, de 16/05/13, independentemente de nem sequer ocuparem cargos do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores (DAS), à margem de dúvida, estão alcançados não só pelos comandos e regramentos genéricos da Lei nº 12.813, de 16/05/13, mas também pelos comandos mais específicos de maior severidade material e de controle preventivo.

A rigor, é de se esclarecer que a leitura conjunta do parágrafo único do art. 2º e do inciso II do art. 3º, ambos da Lei nº 12.813, de 16/05/13, impõe que sejam alcançados por seu regime mais específico todos os agentes públicos ocupantes de cargos ou empregos cujo exercício propicie acesso a informações protegidas por qualquer cláusula de sigilo - e não só pelo sigilo fiscal -, como é o caso das informações de natureza disciplinar, bancária ou profissional (em que se inclui a documentação referente à perícia médica), ou extraídas de comunicação telefônica, bem como todas as demais informações relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem, e ainda aquelas de segredo de justiça.

Assim, é preciso firmar a correta interpretação dos alcances a que se referem os arts. 10 e 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13. Em acréscimo aos comandos de natureza punitiva e preventiva genéricos e de incidência integral (que se detalharão respectivamente em **4.7.3.18.6.b** e **4.7.3.18.6.c**), o art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, de forma mais específica e restritiva, aplica apenas aos dois subgrupos de agentes públicos acima já descritos alguns regramentos ainda mais fortes, também de aspecto material e de controle preventivo (que se detalharão em **4.7.3.18.6.d**), em função da possibilidade de os seus cargos ou empregos os exporem a situações de potencial conflito de interesses e lhes disponibilizarem acesso a informações privilegiadas (seja por acesso presumido automaticamente pela Lei, seja por acesso concreto de forma individualizada em razão do múnus da cada cargo e conforme regulamentação infralegal) ou tê-los expostos àquelas situações ou ter lhes disponibilizado aqueles acessos, já que o regime especial se mantém sobre estes agentes públicos até por seis meses após o fim do exercício do cargo ou emprego. A leitura conjunta dos arts. 2º e 10 da Lei nº 12.813, de 16/05/13, somente mantém a presumida harmonia interna do ordenamento se compreendida no sentido de que o regime disciplinar e o controle preventivo mais severos daquela Lei delimitadamente se aplicam aos dois subgrupos restritos que o art. 2º define, ao passo que os regramentos punitivos e de prevenção genéricos se aplicam a todo o universo de agentes públicos federais, sem mitigação ou exceção no âmbito de todo o Poder Executivo federal.

#### [4.7.3.18.6.b - A Definição Legal de Conflito de Interesses e os Comandos de Natureza Punitiva Generalistas](#)

Firmado o alcance da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e retomando a descrição cronológica do avanço do ordenamento do ponto em que se parou em **4.7.3.18.4.a**, para fins didáticos, a abordagem segue com o detalhamento dos comandos punitivos generalistas que incidem indistintamente sobre todos os agentes públicos do Poder Executivo federal, no que, por óbvio, se incluem os agentes públicos destacados em dois subgrupos especiais no art. 2º daquela Lei e, mais especificamente, todo o quadro funcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Para este fim, trazem-se à tona, primeiramente, a definição legal de conflito de interesses que a todos se impõe, nos termos do inciso I do art. 3º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e, em seguida, a lista de hipóteses de sua ocorrência para o caso de qualquer agente público federal que, na condição de servidor ou de empregado, pratica a conduta conflituosa

ao tempo em que ainda ocupa o cargo ou o emprego, conforme o art. 5º da citada Lei, ou até mesmo a qualquer tempo após findo o exercício do cargo ou emprego, conforme o inciso I do art. 6º da mesma Lei. Ressalve-se que, a rigor, esta espécie de ato demarcado por conflito de interesses, já cometido após a desinvestidura do cargo, é menos provável de ocorrer e causa menor interesse ao sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil e, por conseguinte, recebe menor relevância no presente texto. Também não faz parte do foco principal de interesse do presente texto a previsão legal de alcance para condutas conflituosas praticadas por ocupantes de empregos, concentrando-se, doravante, a menção a condutas praticadas por servidor no exercício do cargo.

*Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 3º Para os fins desta Lei, considera-se:*

*I - conflito de interesses: a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública; e*

A definição legal de conflito de interesses, estabelecida no art. 3º, I da Lei nº 12.813, de 16/05/13, funda-se na ideia central de confronto, colisão, superposição, excludência, imiscibilidade e impossibilidade de coexistência, integridade, objetivos, motivações, dedicações, relevâncias e prioridades e associa esta ideia a uma partição em duas linhas, ainda que meramente potenciais, de indesejadas repercussões, quais sejam, no possível comprometimento do interesse público e na possível contaminação do desempenho da atividade pública. Assim, de acordo com este dispositivo legal, de forma consentânea com o que se abordou com profundidade em **4.7.3.18.2**, conflito de interesses é a situação de confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse público ou influenciar, de forma indevida, o desempenho das atribuições legais do cargo pelo agente público.

A amplitude desta bipartição pode ser mais facilmente compreendida se sintetizada da forma em que o conflito de interesses seja considerado configurado na coexistência da atividade pública com uma prática privada, ainda que não lesiva ao patrimônio ou não propiciadora de qualquer ganho ou vantagem (remuneratória ou de qualquer outra natureza) pelo agente público, que seja ou possa ser favorecida ou beneficiada, no momento de sua execução, em razão de seu executante possuir a qualidade especial de ser servidor; ou que esta execução de alguma forma prejudique ou possa prejudicar, em qualquer momento, o imparcial e impessoal desempenho das atividades do cargo ou prejudique ou possa prejudicar o interesse público.

Assim, a bipartição teórica acima proposta conduz a elaborar que não é qualquer interesse que inquina uma atividade privada de conflitua. Esta qualificação pode ser compreendida como aplicável a duas ramificações teóricas de atividades, com o efeito comum de ambas propiciarem a prevalescência do interesse particular em detrimento do interesse público, revelando a postura anfíbia do agente público.

Na primeira forma de compreensão, voltada ao momento do exercício ou da feitura da atividade, a mácula de conflitua é aplicada àquela atividade que o servidor vier a estabelecer e para cuja prática, no momento da sua execução, em razão exatamente de o executante ser agente público, podem ser agregadas vantagens, benefícios, preferências e privilégios irregulares. Em complemento, na segunda forma de compreensão, indistintamente voltada a momentos tanto antes quanto depois do exercício ou da feitura, a mácula de conflitua é aplicada àquela atividade cujo acerto, contratação, pré-estabelecimento ou ainda cuja prática ou execução possam, em qualquer momento, interferir na isenção e na impessoalidade necessárias para que o desempenho das atribuições legais do cargo se dê em sintonia com o interesse público.

Esta modelação teórica, didaticamente, já atuou como facilitadora da compreensão do dispositivo do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e também facilita a compreensão do dispositivo do inciso I do art. 3º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, compreensões

estas que agora se somam, ramificadas na possibilidade de a contaminação da isenção e da imparcialidade do servidor, em razão das dubiedades de seus interesses, se manifestar na prática da conduta ou de se manifestar no exercício do cargo. Na primeira hipótese de aplicação do conceito, tem-se o conflito de interesses se manifestando na forma indevida de o agente público praticar (ou de poder vir a praticar) a conduta inquinada por exclusão, superposição, imiscibilidade, colidência no momento desta execução, sem repercutir no desempenho do seu cargo; diferente e complementarmente, na segunda forma de aplicação do conceito, o conflito de interesses não repercute no momento da prática da conduta, mas sim antes ou depois dela, quando o servidor ainda está na sua função de agente público ou quando já a retomou, na forma indevida de desempenhar (ou de poder vir a desempenhar) seu cargo.

Aqui então se cogita de duas possibilidades de uma prática privada enquadrar-se na definição genérica de atividade suscitatadora de conflito de interesses acima apresentada: na primeira possibilidade, embora não haja contaminação no desempenho do múnus público, a conflituosidade se configura porque a empreitada particular se beneficia ou pode vir a se beneficiar pelas atribuições legais do cargo; e, na segunda possibilidade, a conflituosidade se configura porque o desempenho do múnus público se contamina ou pode se contaminar em razão daquela empreitada particular. Todavia, em ambas as hipóteses, à vista da gravidade sancionatória prevista para o tema, a Lei nº 12.813, de 16/05/13, restringe que a configuração de conflito de interesses não se satisfaz com qualquer situação irrelevante, mas sim que implique prejuízo para o interesse coletivo ou que contamine o desempenho da função pública.

Percebe-se que a Lei ratificou os primeiros esforços de definição do conflito de interesses, no sentido de considerar alcançadas pelo instituto as práticas ou atividades apenas potencialmente conflituosas, pois o seu art. 3º, I definiu como conflituosa a situação que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar o desempenho da função pública, em clara demonstração de tutela já desde o mero risco potencial da ocorrência do conflito. Também restou sedimentada no texto legal a independência da configuração potencial ou concreta do conflito de interesses em relação a qualquer espécie de ganho ou de vantagem por parte do agente público, reforçando o caráter meramente formal e não material (no sentido de independência da concretização do resultado) desta definição.

*Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 4º*

*§ 2º A ocorrência de conflito de interesses independe da existência de lesão ao patrimônio público, bem como do recebimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público ou por terceiro.*

Neste rumo genérico e abrangente da definição material, a Comissão de Ética Pública ao discorrer sobre a definição encontrada no art. 3º, I da Lei nº 12.813, de 16/03/13, em sua Nota de Orientação nº 1, de 29/01/14, ratificou o caráter já meramente potencial da tutela em comento.

*“Em suma, sempre que interesses públicos e privados estejam contrapostos e a situação possa levar a que o interesse coletivo venha a ser menosprezado, desconsiderado ou mesmo diminuído, seja integral ou parcialmente, perdendo, por conseguinte, a sua posição de valor altaneiro, resultaria caracterizado o conflito de interesses no desempenho da função pública.”, Comissão de Ética Pública, Nota de Orientação CEP nº 1, de 29/01/14, disponível em <http://etica.planalto.gov.br/sobre-a-cep/orientacoes>, acesso em 02/08/17*

Na esteira, a questão da consideração do risco potencial (com o que se alcançam não só as condutas que resultam em efetiva lesão mas também aquelas que resultam em perigo de lesão ao bem jurídico tutelado) repercute na convicção de que a possibilidade de configuração de conflito de interesses não se vincula às momentâneas condições em que o servidor cumpre suas funções. Isto significa que, aproximando a tese para o contexto concreto, na Secretaria da Receita Federal do Brasil, que possui intensa capilaridade da presença institucional no território nacional e que tem suas atividades ramificadas em diversos macroprocessos de

trabalho e que se subdividem em inúmeros processos de trabalhos, de nada importam as unidades de lotação e de exercício, a localidade onde se situam e as tarefas concretamente desempenhadas pelo servidor (sejam elas efetivamente voltadas à matéria-fim, em tributos internos ou em comércio exterior, sejam elas contidas em tarefas-meio meramente corporativas e administrativas), a qualquer tempo. O possível conflito de interesses associado a uma determinada atividade em relação à natureza de um cargo tem sua configuração vinculada tão somente à integral extensão das atribuições legais deste cargo, independentemente das condições momentâneas, de tempo e de local, e individuais com que cada servidor tem sua lotação, seu exercício e sua localização interna (bem como se está em efetivo exercício ou em gozo de licença ou de qualquer espécie de afastamento). Ainda que, sob determinadas condições momentâneas, realmente não se vislumbre imediato conflito de interesses, em razão da mobilidade de tais condições, não se afasta o perigo de lesão.

Acerca destas peculiaridades institucionais e orgânicas, o tema já foi objeto de detalhada atenção em **4.7.3.18.5**, a cuja leitura enfaticamente se remete, destacadamente à reprodução das atribuições legais dos cargos de AFRFB e de ATRFB, no art. 6º da Lei nº 10.593, de 06/12/02, complementadas, em grau de regulamentação, nos arts 2º a 5º do Decreto nº 6.641, de 10/11/08, com destaque para os arts. 4º e 5º, únicos a não repetirem comandos daquela Lei, e à reprodução das principais competências legais e regimentais da Secretaria da Receita Federal do Brasil, visto que, em sua peculiaridade, as atribuições legais dos cargos são muito fortemente associadas às competências do órgão. Esta inter-relação entre atribuições de cargos e competências do órgão não é mera ilação mas sim objeto de cristalina leitura dos incisos I e II do *caput* e do inciso III do § 2º do art. 6º daquela Lei.

*Orientação Coger nº 32*

*A incompatibilidade material da atividade privada não se vincula às momentâneas condições em que o servidor cumpre suas funções, em termos de lotação, exercício e localização interna, nem ao fato de estar ele em gozo de licença ou afastamento, mas sim à integral extensão das atribuições legais de seu cargo.*

Concluída a apresentação da definição legal de conflito de interesses, passa-se a detalhar a definição material de ilícitos associados àquele conceito, aplicável à conduta de qualquer agente público federal (desde o mais comum agente público federal, sem nenhum acesso a informações privilegiadas, até aqueles dois subgrupos especiais do art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, composto por altas autoridades republicanas e por servidores comuns cujo múnus possibilita acesso a informações privilegiadas), cuja repercussão redundará na responsabilização expulsiva prevista no art. 12 da Lei nº 12.813, de 16/05/13, como atos de improbidade administrativa de afronta a princípios reitores, conforme define o art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

Antes, é importante destacar que a lista de situações enumeradas nos incisos do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, não esgota as possibilidades materiais, podendo determinada situação ser considerada como conflituosa em decorrência apenas de seu amoldamento ao mais genérico art. 3º, I da mesma Lei, mesmo que não se enquadre em algum daqueles incisos, conforme também entende a Comissão de Ética Pública.

*“Tem-se, portanto, no artigo 3º, I, um conceito amplo e genérico do que seja conflito de interesses. Entretanto, traz a Lei nº 12.813/2013 também um elenco de situações, que, por si só, já caracterizam conflito de interesses.*

*É o que deflui do artigo 5º da Lei nº 12.813/2013, dado descrever um rol de situações, que configuram conflito de interesses no exercício do cargo ou emprego, no âmbito do Poder Executivo federal, assim consideradas aquelas consistentes em: (...)*

*De sorte que, enquadrando-se a situação fática na descrição dos elementos constantes do artigo 5º da Lei nº 12.813/2013, não há dúvidas acerca da caracterização do conflito de interesses.*

*Entretanto, não se trata de elenco taxativo de situações, posto que outras*

*poderão também caracterizar conflito de interesses, mesmo que não se subsumam aos elementos conceituais do referido artigo 5º, mas desde que presentes os requisitos gerais enunciados no artigo 3º, I da Lei nº 12.813/2013, expressos no confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública.”, Comissão de Ética Pública, Nota de Orientação CEP nº 1, de 29/01/14, disponível em <http://etica.planalto.gov.br/sobre-a-cep/orientacoes>, acesso em 02/08/17*

O art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, em seus sete incisos, elenca, em lista exaustiva para a sua gravosa aplicação, as condutas comissivas ou omissivas e demarcadas pelo ânimo subjetivo doloso que configuram conflito de interesses para o foco de presente interesse, qual seja, de concomitância destas atividades com o exercício do cargo, no alcance subjetivo de qualquer agente público federal.

*Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 5º Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:*

*I - divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas;*

*II - exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe;*

*III - exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas;*

*IV - atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;*

*V - praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão;*

*VI - receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento; e*

*VII - prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.*

A primeira hipótese reporta-se à divulgação ou ao uso de informação privilegiada, obtida em razão do cargo, por parte do servidor, com o fim específico de lograr proveito próprio ou para terceiro, devendo se buscar no inciso II do art. 3º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, a definição legal de informação privilegiada. Segundo este dispositivo, já mencionado acima, no que mais de perto possa interessar para a incidência legal sobre o servidor comum, qualquer informação referente a assuntos sigilosos é tida como privilegiada e, no âmbito específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil, os servidores em exercício no órgão, independentemente do cargo que ocupam, podem ter acesso a dados protegidos por sigilo fiscal. Daí, a parcela sigilosa do conjunto de dados com que trabalha cotidianamente o quadro funcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil pode ser considerada como informações privilegiadas e a sua divulgação ou o seu uso com o fim específico de propiciar proveito para o próprio servidor ou para terceiro configura a hipótese legal de conduta suscitadora de conflito de interesses. E, por óbvio, sem prejuízo também da configuração da hipótese legal de conduta ensejadora de conflito de interesses quando tal informação, de conhecimento reservado, é relevante em processo decisório governamental de repercussão econômica ou financeira - hipótese que, *a priori*, se volta a um grupo restrito de servidores detentores de um poder de acesso mais qualificado.

Importante pontuar que, em qualquer das duas possibilidades de configuração da conduta em tela ensejadora de conflito de interesses, mediante as ações verbais de divulgar ou de usar, não há que se requerer uma prática continuada. A incidência da hipótese legal do inciso I do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, pode se satisfazer com um evento único de divulgação ou de uso de informação privilegiada.

Também convém apontar que a presente hipótese legal aglutina, de certa forma, dois dispositivos disciplinares estatutários, a saber, do art. 132, IX e do art. 117, IX, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que vedam revelação de segredo acessado em razão do cargo e o valimento das prerrogativas do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem. Nos termos que se expõem em **4.5.3**, a resolução do conflito aparente de normas resta solucionada, primeiramente, pela literal adequação da conduta à hipótese legal mais específica, qual seja, da divulgação ou do uso da informação privilegiada motivada pelo dolo específico de lograr proveito, e pela ponderação da gravidade e do grau de repugnância daquela conduta em comparação às condutas que mereceriam enquadramentos nos dois dispositivos disciplinares estatutários mais generalistas. Em outras palavras, o conflito aparente de normas se resolve pela ponderação, à luz do critério da especialidade, de que a conduta sob apreço, caracterizada pelo conflito de interesses, é merecedora de mais forte repulsa e, conseqüentemente, da aplicação do enquadramento conceitualmente de maior gravosidade, de improbidade administrativa (por ofensa a princípios reitores da Administração, conforme define o *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92), em razão da norma especial, a Lei nº 12.813, de 16/05/13, em detrimento da norma genérica, a Lei nº 8.112, de 11/12/90.

A segunda hipótese abarca como conflituosa a prática de atividade privada que implique a prestação de serviço ou a relação de negócio, por parte do servidor, com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em seu poder decisório. Esta hipótese reflete a essência da definição teoricamente bipartida de que se utilizou no início deste tópico para tentar conceituar o conflito de interesses. Aqui, legalmente, se define como atividade ensejadora de conflito de interesses tanto aquela que, no momento de sua execução, seja ou possa ser favorecida ou beneficiada em razão da qualidade de seu executante ser agente público em especial com poder decisório sobre o círculo de interesse do contratante quanto também aquela cuja execução de alguma forma prejudique ou possa prejudicar em qualquer momento o imparcial e impessoal exercício do poder decisório em especial a cargo do executante quando este se reinveste da qualidade de agente público. Em síntese, esta hipótese legal reflete a repulsa à nefasta contaminação do desempenho do poder decisório do servidor - que se presume sempre dirigido unicamente ao fim público e ao bem social -, em relação de promiscuidade com seu contratante.

O inciso II do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, por sua clara literalidade, requer a ação verbal de exercer a atividade conflituosa, o que faz subentender certo grau de continuidade, não se amoldando à hipótese legal - pelo menos *a priori* - uma conduta única e também não há um enquadramento de literalidade similar na Lei nº 8.112, de 11/12/90, a exigir o emprego do critério da especialidade para solucionar o conflito aparente de normas.

A terceira hipótese legal define como conflituosa a prática, direta ou indireta, por parte do servidor, de atividade privada que, em razão de sua natureza, seja incompatível com as atribuições legais do cargo ou ainda a prática de atividade desenvolvida em área correlata à que se tem como incompatível.

Conforme já abordado detidamente em **4.7.3.18.4.b**, por esta hipótese, percebe-se que o legislador tratou as atividades materialmente incompatíveis com as atribuições legais do cargo como uma espécie do gênero das atividades suscitadoras de conflito de interesses. Ademais, consentaneamente com a literalidade do comando legal, o instituto da incompatibilidade faz operar uma vedação absoluta, irrestrita, sem ressalvas. Em outras palavras, o exercício, direto ou indireto, de atividade incompatível com as atribuições legais do cargo é inequivocamente considerado como hipótese ensejadora de conflito de interesses,

sem possibilidade de flexibilização ou de mitigação ou de tolerância.

O absoluto grau de intransigência e de intolerância legais com a prática de atividades incompatíveis com as atribuições legais do cargo se reflete na extrema abrangência com que o legislador redigiu o inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13.

Quanto ao alcance subjetivo deste dispositivo, a sua literalidade, mencionando incompatibilidade com as “atribuições do cargo ou emprego”, não significa que o legislador teria tido a intenção de redigir um comando mais restritivo que o inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, no qual se pune a incompatibilidade, de forma mais abrangente, com o “exercício do cargo”, e que acarretaria a interpretação equivocada de que o inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, não incidiria sobre condutas praticadas por agentes públicos ocupantes de cargos ou empregos administrativos detentores de atribuições legais meramente administrativas e de apoio, como os integrantes do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda - MF (Pecfaz, do Quadro de Pessoal do MF, já descrito em **4.7.13.8.6.a**).

Não cabe interpretar que o legislador teria desejado diferenciar as “atribuições” aqui empregadas do “exercício” empregado na literalidade da incompatibilidade material indubitavelmente abrangente prevista no inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a fim de fazer este dispositivo do inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, incidir apenas sobre detentores de cargos possuidores de atribuições legais específicas, como os cargos integrantes da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal. Ora, se aqui não se discute que tanto o conflito de interesses quanto a incompatibilidade material não se vinculam às condições momentâneas, de tempo e de local, e individuais com que cada servidor tem sua lotação, seu exercício e sua localização interna mas sim se vinculam às integrais atribuições legais do cargo e até mesmo às competências institucionais, não é de se presumir coerência e teleologia diferenciadora de parte do legislador quando redigiu diferentemente os dois mencionados dispositivos legais, devendo ambos serem interpretados como possuidores de alcance abrangente, sobretudo quando se sabe, conforme já se destacou em **4.7.3.18.6.a**, que o alcance subjetivo destes regramentos de índole punitiva do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, é indistinto para todos os agentes públicos do Poder Executivo federal.

Ademais, este dispositivo legal é tão abrangente que abarca como suscitadoras de conflito de interesses tanto as atividades que sejam exercidas diretamente pelo próprio servidor quanto aquelas em que o agente público, mantendo seu nome oculto mas sob seus controle, conta e ordem, lança mão de interpostas pessoas para que estes terceiros, dissimulando o real interesse na atividade, apareçam e figurem como o executante.

Também se demarca a abrangência do dispositivo pela literalidade que expressamente inclui como ensejadora de conflito de interesses não só as atividades em si incompatíveis com o cargo mas também as atividades que, com estas, guardem algum grau de proximidade ou correlação.

O inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, por sua clara literalidade, requer a ação verbal de exercer a atividade conflituosa, o que faz subentender certo grau de continuidade, não se amoldando à hipótese legal - pelo menos *a priori* - uma conduta única.

A exemplo do que se mencionou para a primeira hipótese, a presente hipótese legal, de certa forma, engloba e até estende o dispositivo disciplinar estatutário do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que veda ao servidor exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho. Não obstante, em razão do já exposto em **4.7.3.18.4.b** e acima ratificado, no núcleo coincidente de ambas literalidades - qual seja, da incompatibilidade da atividade em si e praticada pelo próprio servidor - não é possível vislumbrar uma clara distinção técnico-redacional entre os dois dispositivos legais. Assim, neste caso em especial, a resolução do conflito aparente de normas

resta solucionada, apenas pela ponderação da gravidade e do grau de repugnância da conduta em comparação a condutas que mereceriam enquadramento no dispositivo disciplinar estatutário mais generalista, conforme antecipado em **4.7.3.18.4.c**. Em outras palavras, o conflito aparente de normas se resolve pela ponderação, à luz do critério da especialidade, de que a conduta sob apreço, caracterizada pelo conflito de interesses, é merecedora de mais forte repulsa e, conseqüentemente, da aplicação do enquadramento conceitualmente de maior gravosidade, de improbidade administrativa (por ofensa a princípios reitores da Administração, conforme define o *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92), em razão da norma especial, a Lei nº 12.813, de 16/05/13, em detrimento da norma genérica, a Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Neste sentido do esforço de tentar diferenciar a aplicação do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, da aplicação do art. 5º, III da Lei nº 12.813, de 16/05/13, pode-se cogitar que aquele primeiro enquadramento se dê ainda que sob ânimo culposo, enquanto o segundo requer o dolo. Nesta linha, o ânimo subjetivo culposo do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, pode ser compreendido pela percepção de que ainda que o servidor pratique intencionalmente determinada atividade privada, o faz sem saber de que tal prática é institucionalmente considerada como incompatível. Esta lacuna na total compreensão do caráter infracional de sua prática pode ser tida aqui como relevante, já que, sob luz do Direito punitivo, para se imputar como dolosa qualquer conduta, requer-se que o agente tenha plena e integral consciência e intencionalidade acerca de todos os elementos do enquadramento, o que não ocorreria na hipótese quanto à natureza incompatível da atividade privada. Ademais, em **4.7.3.18.4.c**, foram apresentadas outras situações, de menor grau de afronta e de gravosidade ou merecedoras de uma interpretação mais benéfica e cautelosa, que justificam a defesa de que não houve revogação nem parcial e nem tácita (melhor dizendo, não houve derrogação) do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para nele serem enquadradas.

A quarta hipótese de prática ensejadora de conflito de interesses abarca as possibilidades de o servidor, ainda que informalmente, atuar como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados na Administração Pública direta ou indireta não só da União mas também dos demais entes federados. Em síntese, a presente hipótese engloba na possibilidade de configuração de atividade ensejadora de conflito de interesses todo o espectro de atuação a favor da intermediação de interesses junto a órgãos públicos em geral, que informalmente se denomina como tráfico de influências, seja atuando de forma ostensivamente formalizada, seja atuando com o subterfúgio da informalidade.

O inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, por sua clara literalidade, requer a ação verbal de atuar na defesa de interesses privados junto à Administração não só federal mas também estadual, distrital ou municipal, o que faz subentender certo grau de continuidade, não se amoldando à hipótese legal - pelo menos *a priori* - uma conduta única.

Também a exemplo do que se mencionou para a primeira e para a terceira hipóteses, a presente hipótese legal, de certa forma, engloba e até estende o dispositivo disciplinar estatutário do art. 117, XI da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que veda, de forma mais restrita, a atuação do servidor como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro. A resolução do conflito aparente de normas novamente resta solucionada, primeiramente, pela literal adequação da conduta à hipótese legal mais específica, qual seja, da possibilidade de atuação não só de forma ostensiva como procurador ou dissimulada como intermediário mas também na anfíbia postura de assessor ou consultor, sem nenhuma ressalva material a favor de temas previdenciários ou assistenciais, e pela ponderação da gravidade e do grau de repugnância daquela conduta em comparação a condutas que mereceriam enquadramento no dispositivo disciplinar estatutário mais generalista. Em outras palavras, o conflito aparente de normas se resolve pela ponderação, à luz do critério da especialidade, de que a conduta sob apreço, caracterizada pelo conflito de interesses, é merecedora de mais forte repulsa (a ponto de não merecer a ressalva legal a favor

de matérias previdenciárias ou assistenciais) e, conseqüentemente, da aplicação do enquadramento conceitualmente de maior gravosidade, de improbidade administrativa (por ofensa a princípios reitores da Administração, conforme define o *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92), em razão da norma especial, a Lei nº 12.813, de 16/05/13, em detrimento da norma genérica, a Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Relembre-se aqui o já aduzido em **4.7.3.10.1**, acerca atuação de servidor como síndico de condomínio de imóveis. Esta prática, por si só não configura atividade materialmente incompatível a priori enquadrável no inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ou ensejadora de conflito de interesses, mas a representação do condomínio junto a órgãos ou entidades públicas de qualquer ente federado, com relevante grau de gravidade e de repulsividade, pode sim ser uma conduta enquadrável no dispositivo legal em tela, devendo então ser evitada pelo servidor que administre condomínio.

A quinta hipótese legal abarca como suscitadora de conflito de interesses a prática de ato, por parte do servidor, a favor de interesse de pessoa jurídica da qual participem ele próprio ou seu cônjuge ou companheiro ou seus parentes até o terceiro grau e que possa ser beneficiada pela qualidade de o praticante ser agente público ou em cujos atos de gestão ele possa influir. Novamente se retomando a definição teoricamente bipartida de que se utilizou no início deste tópico para tentar conceituar o conflito de interesses, aqui, legalmente, se define como atividade ensejadora de conflito de interesses apenas aquela que pode vir a ser beneficiada quando o praticante, na sua qualidade de agente público, executa ato funcional em benefício de pessoa jurídica na qual ele tem interesse pessoal próprio ou decorrente de pessoas que lhe são próximas.

A incidência da hipótese legal do inciso V do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, não requer uma prática continuada, podendo se satisfazer com um evento único de benefício de interesse da pessoa jurídica sobre a qual o servidor mantém alguma relação de proximidade, e não há um enquadramento de literalidade similar na Lei nº 8.112, de 11/12/90, a exigir o emprego do critério da especialidade para solucionar o conflito aparente de normas.

Enquanto a segunda hipótese assume a tutela do mero risco potencial de inibir a simples prática de atividade com quem tenha interesse no poder decisório do agente público, a sexta hipótese avança na toada e abrange uma possibilidade de resultado imediata e pontualmente caracterizador de conflito de interesses, que é o recebimento, por parte do servidor, de presente daquele que tem interesse no poder de decisão do agente público. Mas o fato de a hipótese em tela contemplar um aspecto concreto do recebimento de presente não significa que não resta incluída aqui também uma tutela de risco potencial. Segundo o texto legal, ainda que sequer haja a relação de prestação de serviços ou de negócios com o ente privado, a pesada crítica que o ordenamento prevê para o recebimento do presente pode ser compreendida como inibidora de que se venha a cogitar de se estabelecer aquela relação de prestação de serviço ou de negócio.

A incidência da hipótese legal do inciso VI do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, não requer uma prática continuada, podendo se satisfazer com um evento único de recebimento de presente, por parte do servidor, originado de pessoa física ou jurídica interessada em seu rol de decisões.

Na mesma linha já abordada para a primeira, para a terceira e para a quarta hipóteses, a presente hipótese legal, de certa forma, se aproxima, mas com alcance mais restrito, do dispositivo disciplinar estatutário do art. 117, XII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que veda ao servidor receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de das atribuições legais de seu cargo. A resolução do conflito aparente de normas novamente resta solucionada, primeiramente, pela literal adequação da conduta à hipótese legal mais específica, qual seja, do recebimento de presente por especial interesse do ofertante no poder decisório do servidor, e pela ponderação da gravidade e do grau de repugnância daquela conduta em comparação a condutas que mereceriam enquadramento no dispositivo disciplinar

estatutário mais generalista. Em outras palavras, o conflito aparente de normas se resolve pela ponderação, à luz do critério da especialidade, de que a conduta sob apreço, caracterizada pelo conflito de interesses, é merecedora de mais forte repulsa e, conseqüentemente, da aplicação do enquadramento conceitualmente de maior gravosidade, de improbidade administrativa (por ofensa a princípios reitores da Administração, conforme define o *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92), em razão da norma especial, a Lei nº 12.813, de 16/05/13, em detrimento da norma genérica, a Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Por fim, ainda em relação de comparação com a segunda hipótese, tem-se que a sétima e última hipótese de atividade suscitadora de conflito de interesses reside na prestação de serviços, mesmo que eventuais, em favor de pessoa jurídica que, mais do que ter interesse no poder decisório do servidor, tenha sua própria atividade que determina seu objeto social controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual se vincula o agente público. Em razão da presença do termo “fiscalizada” no dispositivo legal, se faz necessário firmar sua adequada e razoável interpretação, sob pena de uma visão apressada e equivocada levar ao incorreto entendimento, por exemplo, de que, sendo um grande universo das pessoas jurídicas, como regra, ordinariamente submetido à fiscalização tributária da Secretaria da Receita Federal do Brasil, apenas por isto, já estariam incursos em atividade incompatível todos os servidores em exercício no órgão que praticassem qualquer atividade privada, mesmo que de natureza perfeitamente compatível. Diferentemente, tem-se que o termo “fiscalizada” está vinculado ao termo “atividade”, que o antecede no texto legal. Sendo assim, a fiscalização de tributos não está abrangida pelo dispositivo, pois esta atividade fiscal de natureza tributária não se confunde com a fiscalização da atividade em si da empresa, exercida pelos órgãos de controle ou de regulação da atividade empresarial. O presente dispositivo não se volta às atividades fiscais ordinárias de natureza tributária que recaem indistintamente sobre qualquer contribuinte, mas sim à prestação de serviços, por parte, precipuamente, do servidor de órgãos de controle e de agências reguladoras e que fiscalizam a regularidade do funcionamento e da prática de determinadas atividades econômicas, em pessoas jurídicas cujas atividades submetem-se àqueles controles e regulações.

Mas, de outro lado, cabe uma ressalva no que acima se expôs. É certo que o simples fato de um servidor da Secretaria da Receita Federal do Brasil dedicar-se a qualquer tipo de empreitada privada de prestação de serviços a favor de uma pessoa jurídica que ordinariamente deve submeter seus rendimentos à tributação não tem o condão de inquirar, pelo inciso VII do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, tal atividade como conflituosa, conforme já se havia adiantado quando se buscou uma modelação teórica para o conceito de incompatibilidade, em **4.7.3.18.2**. Não obstante, em razão das competências legais e regimentais do órgão fiscal, há atividades privadas que se submetem sim a uma espécie de controle ou de fiscalização ou à regulação (normatização) pelo Fisco, guardando então uma relação com Secretaria da Receita Federal do Brasil muito mais intensa, específica e cotidiana que simplesmente submeter seu estado de riqueza e de negócios à tributação. Por exemplo, no macrop processo de trabalho controle aduaneiro, em razão das características próprias da logística e da infraestrutura da atividade de comércio exterior, os intervenientes no comércio exterior, tais como importadores, exportadores, transportadores, depositários, despachantes aduaneiros, agentes de cargas, operadores multimodais e operadores portuários, têm as suas atividades em si submetidas a controle, à fiscalização e à regulação por parte da Secretaria da Receita Federal do Brasil (sem prejuízo de também serem ordinariamente fiscalizadas como meros contribuintes). Para estas empresas, a título aqui de exemplos não exaustivos, as atividades de transporte, de armazenamento e de custódia de mercadorias importadas ou a serem exportadas são muito peculiares e diferentes da mera oferta de rendimentos à tributação e, neste contexto muito específico, tem-se como conflituosa a atividade privada desempenhada por servidor da Secretaria da Receita Federal do Brasil, pois esta aqui se porta como verdadeiro órgão de controle, de fiscalização e de regulação da atividade em si.

O inciso VII do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, por sua clara literalidade, requer

a ação verbal de exercer a atividade conflituosa, o que faz subentender certo grau de continuidade (ainda que eventual), não se amoldando à hipótese legal - pelo menos *a priori* - uma conduta única e também não há um enquadramento de literalidade similar na Lei nº 8.112, de 11/12/90, a exigir o emprego do critério da especialidade para solucionar o conflito aparente de normas.

E, conforme se antecipou no início deste tópico, além das sete definições materiais de ilícitos associados a conflito de interesses no art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, para atos cometidos na regra geral do exercício do cargo ou do emprego, o art. 10 da citada Lei também inclui nos comandos punitivos generalistas o dispositivo do inciso I do 6º da mesma Lei, que, por sua vez, estende o espectro material para fatos cometidos já após findo o exercício do cargo ou emprego por qualquer agente público (mesmo para o ex-ocupante de cargo ou emprego que *a priori* não era tido como potencial detentor de informações privilegiadas).

Esta última hipótese de definição material alcança a divulgação ou o uso, a qualquer tempo, informação privilegiada obtida em razão do cargo ou emprego que o agente público ocupava. Esta extensão, ao longo do tempo, da vedação que já havia sido exposta no inciso I do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, projetando-se para além do exercício, já depois de o agente público ter sido dispensado, exonerado, destituído, demitido ou aposentado, demonstra de forma inequívoca a relevância dada pelo legislador ao tratamento sigiloso a ser dado às informações privilegiadas. Se, por um lado, alguns dos institutos acima mencionados não necessariamente significam o definitivo fim de qualquer espécie de vínculo funcional entre o agente público e a Administração (já que pode ter sido apenas dispensado ou destituído de função ou de cargo em confiança mas ter se mantido no cargo efetivo ou até mesmo pode ter sido exonerado de um cargo para ser investido em outro), por outro lado, institutos como aposentadoria e demissão podem ter o condão de afastar parte ou todo o vínculo estatutário, com o que se reforça a intolerância que o ordenamento demonstra ter com a divulgação e com o uso de informações privilegiadas por qualquer agente público, seja servidor ativo ou inativo, seja até mesmo ex-servidor (conforme já se aduziu em **3.2.2.2.a**, é lícito este excepcional processamento disciplinar de servidor inativo e de ex-servidor).

*Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 6º Configura conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:*

*I - a qualquer tempo, divulgar ou fazer uso de informação privilegiada obtida em razão das atividades exercidas;*

De forma extensiva ao que se abordou especificamente em quatro hipóteses acima, cujas redações literalmente se aproximam de dispositivos disciplinares estatutários, pode-se dizer que o cotejamento e a ponderação entre todas as sete hipóteses configuradoras de conflito de interesses no exercício do cargo, à luz dos sete incisos do art. 5º e do inciso I do art. 6º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e alguns enquadramentos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não significa que estes dispositivos disciplinares estatutários tenham sido tacitamente revogados por aquela primeira Lei (melhor dizendo, no caso, cogitando-se de revogação parcial da Lei anterior, se teria a derrogação daqueles dispositivos). Ao contrário, tão somente o legislador inovou o ordenamento ao impor para o quadro funcional e ao dispor para o aplicador do Direito a possibilidade de incidência da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e não da Lei nº 8.112, de 11/12/90, quando as situações práticas se amoldarem àqueles comandos mais específicos, sempre voltados de forma mais direcionada, reservada e extrema a condutas que, com especial e destacada gravidade, põem em colisão os interesses público e privado. O conflito apenas aparente de normas (já que, *a priori*, parece que uma mesma conduta tanto se subsume a algum enquadramento da Lei nº 8.112, de 11/12/90, quanto encontra definição no art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13) se soluciona com o emprego do critério da especialidade, que aponta para a eleição da norma mais específica, qual seja, a que, em especial (diferentemente dos dispositivos disciplinares estatutários generalistas), define o conflito de interesses.

Ainda neste rumo, sedimentando a vigência e a aplicabilidade simultâneas de ambas as Leis, destaca-se que o advérbio “especialmente”, que o legislador inseriu na literalidade do art. 13 da Lei nº 12.813, de 16/05/13, dá o sentido de que a regra é mesmo da continuidade da plena vigência da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em sua integralidade, e que esta regra é tão forte que o dispositivo usou daquele vocábulo como ênfase, destacando que, até mesmo no caso de apuração das infrações correlacionadas com o conflito de interesses, não se afasta a aplicabilidade da Lei estatutária.

Ratifica-se também que a Lei nº 12.813, de 16/05/13, não só introduziu no ordenamento a definição material de conflito de interesses como também sedimentou que a instrumentalização da possível sanção em decorrência de condutas conflituosas - quando for o caso de aplicação desta Lei especial - recai no devido processo legal estabelecido ordinariamente na Lei nº 8.112, de 11/12/90.

*Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 13. O disposto nesta Lei não afasta a aplicabilidade da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, especialmente no que se refere à apuração das responsabilidades e possível aplicação de sanção em razão de prática de ato que configure conflito de interesses ou ato de improbidade nela previstos.*

Prosseguindo na construção acima iniciada, cabe ao aplicador do Direito fazer incidir a Lei nº 12.813, de 16/05/13, em face da prática de atividades privadas ensejadoras de conflito de interesses, em patamar mais elevado de gravidade e de intolerância jurídica, na concomitância com o anfibio desempenho do cargo. E tal prática, justamente por se amoldar aos comandos legais mais específicos de algum dos sete incisos do art. 5º (e também do inciso I do art. 6º) da citada Lei especial, sempre restritivamente vinculados de alguma forma ao conceito de conflito de interesses, passa a merecer mais forte repulsa e, conseqüentemente, atrai a aplicação do enquadramento conceitualmente de maior gravosidade, de improbidade administrativa (por ofensa a princípios reitores da Administração, conforme define o *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, se não restar caracterizada infração mais especificamente definida nos arts. 9º e 10 da mesma Lei, por enriquecimento ilícito ou por dano ao erário). A migração do enquadramento - após a incidência dos dispositivos legais mais específicos da Lei nº 12.813, de 16/05/13 (em que tal especificidade se dá justamente em razão da natureza gravemente conflituosa da atividade privada praticada), em comparação com os dispositivos disciplinares estatutários aqui tidos como mais genéricos da Lei nº 8.112, de 11/12/90 -, determina a apenação expulsiva, nos termos dos arts. 127, III e 132, IV desta última Lei, na forma que será detalhadamente abordada em **4.7.4.4.1** e em **4.7.4.4.2**, em que se abordará, dentre outros aspectos, que o enquadramento por improbidade administrativa até pode contemplar tanto ação quanto omissão, mas, sem dúvida, requer ânimo subjetivo doloso (não se cogitando de culpa para enquadramento de tamanha gravosidade).

*Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 12. O agente público que praticar os atos previstos nos arts. 5º e 6º desta Lei incorre em improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando não caracterizada qualquer das condutas descritas nos arts. 9º e 10 daquela Lei.*

*Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput e da aplicação das demais sanções cabíveis, fica o agente público que se encontrar em situação de conflito de interesses sujeito à aplicação da penalidade disciplinar de demissão, prevista no inciso III do art. 127 e no art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou medida equivalente.*

Em extensão ao que já se aduziu em **4.7.3.18.4.c**, reforça-se o entendimento que a inovação trazida ao ordenamento pela Lei nº 12.813, de 16/05/13, por mais relevante que tenha sido, não atingiu o condão de revogar tacitamente, os incisos IX, XI, XII e XVIII do art. 117 e o inciso IX do art. 132, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, acima mencionados (ou, melhor nomeando, não houve derrogação, como espécie do gênero revogação). Estes dispositivos disciplinares estatutários continuam coexistindo em plena vigência - até com

harmonia - com a Lei nº 12.813, de 16/05/13. Ora, se o próprio art. 13 desta Lei expressamente afirmou não ter sido afastada a aplicação dos dispositivos estatutários concernentes à apuração de conflito de interesses e de improbidade administrativa, forçoso é reconhecer a coexistência daqueles dispositivos estatutários (assim como do inciso IV de seu art. 132) com os ditames da Lei nº 12.813, de 16/05/13.

A chave de solução para elucidar se determinada conduta *a priori* enquadrável em algum daqueles enquadramentos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e também atingida pela definição de conflito de interesses em algum dos sete incisos do art. 5º (e também do inciso I do art. 6º) da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e, portanto, legalmente definidos como atos de improbidade administrativa por afronta a princípios reitores da Administração, inafastavelmente, passa pela ponderação dinâmica se o fato concreto sob análise, primeiramente, amolda-se às especiais literalidades desta última Lei e, em segundo estágio, se, além da formal adequação à previsão legal, carregam em si carga de ânimo subjetivo, de gravidade e de repulsa social a ponto de merecerem o sancionamento como ímproba, nos termos combinados do art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e do *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92. Do contrário, caso não se amolde à literalidade em especial que reflete o instituto do conflito de interesses do art. 5º (e também do inciso I do art. 6º) da Lei nº 12.813, de 16/05/13, ou, ainda que se amolde, não comporte o ânimo subjetivo, a gravidade ou a repulsa social merecedores do enquadramento como ímproba, deve restar enquadrada em algum daqueles enquadramentos estatutários mais genéricos (compreenda-se que ao longo deste arrazoado, a qualificação de que os dispositivos estatutários são genéricos devem-se pontualmente ao fato de não conterem a especialidade de se vincularem à definição de conflito de interesses, como, em especial, fazem as hipóteses abarcadas pelo art. 5º e também pelo inciso I do art. 6º, ambos da Lei nº 12.813, de 16/05/13).

O tema foi tratado na Nota Técnica Coger nº 2014/1.

*Nota Técnica Coger nº 2014/1: “8. Nessa linha, o exercício de atividade privada incompatível com as atribuições do cargo público somente se enquadrará no art. 5º, III, da Lei nº 12.813, de 2013 - configurando, portanto, improbidade administrativa - nos casos em que estiver caracterizado o dolo por parte do agente infrator, o qual se consubstancia na realização de atividade privada que o agente sabe ser incompatível.*

*10. Por outro lado, se o elemento subjetivo da conduta for a culpa - ou seja, se se tratar de conduta em que não se constate a vontade livre e consciente do agente em praticar atividade privada que sabe ser incompatível com as atribuições do cargo ou função, nos termos indicados nos dois parágrafos precedentes -, então, estar-se-á diante da infração administrativa disciplinar consignada no art. 117, inciso XVIII, da Lei nº 8.112, de 1990, passível de punição com a sanção de suspensão.*

*11. Nesse último caso, apesar de restar caracterizada a ilegalidade da conduta do agente, não se verifica a ocorrência do elemento subjetivo capaz de qualificar a ilegalidade perpetrada e de transmutá-la em ato de improbidade.*

*12. Noutro giro, aplicada a penalidade disciplinar de suspensão ao servidor, caso este venha posteriormente a reincidir na prática da atividade incompatível, ficará caracterizado o dolo, devendo recair sobre o ato a qualificação de ímprobo.*

*Pelo exposto, conclui-se:*

*A Lei nº 12.813, de 2013, não revogou o disposto na primeira parte do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990;”*

Estende-se aqui para todos os enquadramentos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para os quais se esboçaram comparações com definições materiais de conflito de interesses constantes do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, a construção comparativa já apresentada quando se abordou especificamente o inciso III deste último comando legal. A diferença especialmente mais gravosa dos enquadramentos na Lei nº 12.813, de 16/05/13, em comparação aos enquadramentos similares na Lei nº 8.112, de 11/12/90, também pode ser compreendida à

medida que, para que se ter como dolosa uma ação infracional, deve-se ter a convicção da consciência e da intencionalidade do autor acerca de todos os elementos do tipo, o que, por vezes, dependendo das situações de contorno, pode não ocorrer.

E acrescente-se ainda destaque quando se pondera o comando do inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com o inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, em comparação de quando se ponderam os demais comandos estatutários com dispositivos similares do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13. A única valoração capaz de discernir relevante resultado é aquela primeira, em que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, comina suspensão e a Lei nº 12.813, de 16/05/13, comina demissão por improbidade administrativa; em todos os demais, a ponderação se faz menos dramática, pois tanto a Lei nº 8.112, de 11/12/90, quanto a Lei nº 12.813, de 16/05/13, cominam demissão, restando a diferença apenas em que somente esta a capitula de forma mais gravosa como improbidade administrativa.

Por óbvio, a menção acima à possibilidade de sancionamento disciplinar por improbidade administrativa, prevista no parágrafo único do art. 12 da Lei nº 12.813, de 16/05/13, não afasta a repercussão civil (mediante ação civil pública de improbidade), imposta no *caput* do mesmo dispositivo legal, e tampouco impede a hipótese de eventual responsabilização penal, pelo mesmo fato.

É indispensável atentar, acerca de tudo o que acima se afirmou sobre a incidência dos comandos da Lei nº 12.813, de 16/05/13, para o inafastável princípio da irretroatividade da lei penal, encartado no art. 5º, XL da CF, já abordado em **3.3.3.2**. Não se coaduna com o ordenamento pátrio que os comandos inovadores da Lei nº 12.813, de 16/05/13, sejam aplicados a procedimentos investigativos ou a processos administrativos disciplinares em curso quando da sua entrada em vigor (que se deu em 01/07/13, 45 dias após a data de sua publicação oficial, em 17/05/13, pois, como a Lei não possui dispositivo próprio determinando a sua vigência, aplica-se-lhe aquela regra geral estabelecida no art. 1º do Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/42 - antiga Lei de Introdução ao Código Civil -, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) mas decorrentes de condutas praticadas até o dia 30/06/13. O regramento material da Lei nº 12.813, de 16/05/13, quando cabível - nos termos acima expostos -, somente pode ser aplicado para fatos cometidos a partir de 01/07/13.

#### 4.7.3.18.6.c - Os Comandos de Natureza Preventiva Generalistas

Além de introduzir no ordenamento a definição legal de conflito de interesses, de ter apresentado a definição material de condutas ilícitas associadas a conflito de interesses e de ter eleito o rito apuratório destas infrações disciplinares com tal natureza, para a integralidade dos agentes públicos do Poder Executivo federal, a Lei nº 12.813, de 16/05/13, também estabelece regras gerais - sem prejuízo da remessa à regulamentação infralegal - no que diz respeito não só às obrigações de todos os agentes públicos manterem conduta preventiva e inibidora das práticas conflituosas mas também à atribuição de competências administrativas para as atividades de fiscalização, de prevenção, de avaliação e de aferição de tais práticas por parte de qualquer detentor de cargo ou de emprego federal.

Assim, a abordagem didática da Lei nº 12.813, de 16/05/13, prossegue com o detalhamento dos comandos de natureza preventiva generalistas que incidem indistintamente sobre todos os agentes públicos do Poder Executivo federal, no que, por óbvio, se incluem os agentes públicos destacados em dois subgrupos especiais no art. 2º da Lei e, mais especificamente, todo o quadro funcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Neste enfoque, primeiramente, importa destacar os deveres funcionais a que se obrigam indistintamente todos os agentes públicos do Poder Executivo federal de, nos termos do *caput* do art. 4º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, manterem conduta preventiva, pautarem sua atuação de forma a impedir a ocorrência de conflito de interesses e resguardarem as

informações privilegiadas. Para este fim, incumbe a todos os servidores e empregados formularem consulta sobre existência de conflito de interesses e pedido de autorização para a prática de atividade privada que suscita dúvida se há ou não conflito de interesses.

Conforme já antecipado em **4.7.3.18.3**, é de se compreender de forma não restritiva a expressão “agentes públicos” a que se impõe o dever de consultar acerca de conflito de interesses. Em outras palavras, a tutela preventiva estabelecida pelo art. 4º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, recai não apenas sobre o servidor ou o empregado interessado em praticar determinada atividade, mas também obriga a diligência por parte da Administração (leia-se: a chefia imediata, o titular da unidade e a autoridade correccional) de consultar quem for competente, a fim de elucidar se aquela iniciativa particular é ou não conflituosa. Ou seja, a Coger e também os Escor podem provocar a consulta, que será objeto de abordagem adiante.

Na sequência, impõe-se esclarecer as competências administrativas orientadoras, consultivas, normatizadoras e fiscalizadoras a cargo de distintos órgãos federais. Para isto, embora a incidência dos comandos preventivos em tela seja indistinta, neste ponto, faz-se necessário resgatar que o art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, estabelece um foco subjetivo especial, sujeito a um regramento mais severo, e o subdivide em dois subgrupos (o primeiro, conforme os quatro incisos do dispositivo, formado pelos ocupantes de altos cargos e empregos; e o segundo, conforme o parágrafo único do dispositivo, formado pelos servidores que ordinariamente em suas atividades do dia a dia acessam informações privilegiadas - das quais as informações protegidas por sigilo, e em especial o sigilo fiscal, são espécie).

Aqui, por ora, interessa apenas destacar aquele primeiro subgrupo, formado por altas autoridades republicanas, porque, para este subgrupo, destaca-se uma competência institucional diferenciada, conforme leitura conjunta do § 1º do art. 4º e do parágrafo único do art. 8º, ambos da Lei nº 12.813, de 16/05/13. No que se refere aos ocupantes dos altos cargos e empregos, nos termos dos incisos I a IV do art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, as competências administrativas para as atividades de fiscalização, de prevenção e de aferição de práticas conflituosas se reservam na Comissão de Ética Pública (diretamente vinculada à Presidência da República).

E, residualmente, no que se refere a todos os demais servidores comuns, sejam aqueles que acessam informações privilegiadas (nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13), sejam aqueles demais servidores sem nenhum tipo de acesso mas também incluídos no alcance legal genérico, aquelas competências administrativas são atribuídas ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), que é o foco de maior interesse para o presente texto.

Esta bipartição se reflete nas competências, definidas no art. 8º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, para orientar e dirimir dúvidas e controvérsias normativas e para receber e solucionar consultas formuladas por qualquer agente público acerca de configuração ou não de conflito de interesses em atividades particulares; para normatizar, definir a procedimentalização e determinar medidas com o fim de prevenir e impedir a ocorrência de conflito de interesses; para fiscalizar a prática de atividades conflituosas; e para autorizar o agente público a exercer atividade privada quando verificada a inexistência de conflito de interesses ou a sua irrelevância. Portanto, direcionando o foco de forma mais específica para o polo subjetivo de interesse do presente texto - qual seja, os servidores comuns em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil, independentemente do cargo ocupado -, tem-se que estas competências administrativas de controle preventivo recaem sobre a CGU.

*Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 4º O ocupante de cargo ou emprego no Poder Executivo federal deve agir de modo a prevenir ou a impedir possível conflito de interesses e a resguardar informação privilegiada.*

*§ 1º No caso de dúvida sobre como prevenir ou impedir situações que configurem conflito de interesses, o agente público deverá consultar a Comissão de Ética Pública, criada no âmbito do Poder Executivo federal, ou a*

*Controladoria-Geral da União, conforme o disposto no parágrafo único do art. 8º desta Lei.*

*Art. 8º Sem prejuízo de suas competências institucionais, compete à Comissão de Ética Pública, instituída no âmbito do Poder Executivo federal, e à Controladoria-Geral da União, conforme o caso:*

*I - estabelecer normas, procedimentos e mecanismos que objetivem prevenir ou impedir eventual conflito de interesses;*

*II - avaliar e fiscalizar a ocorrência de situações que configuram conflito de interesses e determinar medidas para a prevenção ou eliminação do conflito;*

*III - orientar e dirimir dúvidas e controvérsias acerca da interpretação das normas que regulam o conflito de interesses, inclusive as estabelecidas nesta Lei;*

*IV - manifestar-se sobre a existência ou não de conflito de interesses nas consultas a elas submetidas;*

*V - autorizar o ocupante de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal a exercer atividade privada, quando verificada a inexistência de conflito de interesses ou sua irrelevância;*

*VI - dispensar a quem haja ocupado cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal de cumprir o período de impedimento a que se refere o inciso II do art. 6º, quando verificada a inexistência de conflito de interesses ou sua irrelevância;*

*VII - dispor, em conjunto com o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sobre a comunicação pelos ocupantes de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal de alterações patrimoniais relevantes, exercício de atividade privada ou recebimento de propostas de trabalho, contrato ou negócio no setor privado; e*

*Parágrafo único. A Comissão de Ética Pública atuará nos casos que envolvam os agentes públicos mencionados nos incisos I a IV do art. 2º e a Controladoria-Geral da União, nos casos que envolvam os demais agentes, observado o disposto em regulamento.*

No que diz respeito ao dever funcional do agente público proceder à consulta ou ao pedido de autorização para prática de atividade privada em situação que suscita dúvida se há ou não conflito de interesses, no âmbito da competência administrativa atribuída à CGU, a regulamentação da competência administrativa dos incisos IV e V do art. 8º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, se deu por meio da Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13. Esta norma infralegal regulamenta os institutos da consulta sobre existência de conflito de interesses e do pedido de autorização para exercício de atividade privada ao dispor de todos os agentes públicos comuns, que acessem ou não informações privilegiadas. Ou seja, inclui o presente foco de interesse, pois regulamenta tais institutos para todos os servidores em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil, sejam ocupantes de cargo da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, sejam ocupantes dos demais cargos administrativos integrantes do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda - MF (Pecfaz, do Quadro de Pessoal do MF, já descrito em **4.7.13.8.6.a**), além de empregados. Mediante petição eletrônica em que se descreva objetivamente situação concreta e individual e diretamente vinculada ao interessado (pois não se consideram as petições em tese ou genéricas), o servidor ou empregado pode solicitar, a qualquer momento, orientação acerca de situação que possa suscitar dúvida quanto à ocorrência de conflito de interesses ou a autorização para exercer atividade privada.

*Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13 - Art. 1º A consulta sobre a existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada por servidor ou empregado público do Poder Executivo federal no âmbito da competência atribuída à Controladoria-Geral da União - CGU pelo § 1º do art. 4º e pelo art. 8º da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, são disciplinados por esta Portaria.*

*Parágrafo único. Excluem-se do âmbito de aplicação desta Portaria a consulta sobre a existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o*

*exercício de atividade privada formulados pelos servidores ou agentes públicos mencionados nos incisos I a IV do art. 2º da Lei nº 12.813, de 2013.*

*Art. 2º Para os fins desta Portaria, considera-se:*

*I - consulta sobre a existência de conflito de interesses: instrumento à disposição de servidor ou empregado público pelo qual ele pode solicitar, a qualquer momento, orientação acerca de situação concreta, individualizada, que lhe diga respeito e que possa suscitar dúvidas quanto à ocorrência de conflito de interesses; e*

*II - pedido de autorização para o exercício de atividade privada: instrumento à disposição do servidor ou empregado público pelo qual ele pode solicitar autorização para exercer atividade privada.*

*Art. 3º A consulta sobre a existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada deverão ser formulados mediante petição eletrônica e conter no mínimo os seguintes elementos:*

*I - identificação do interessado;*

*II - referência a objeto determinado e diretamente vinculado ao interessado; e*

*III - descrição contextualizada dos elementos que suscitam a dúvida.*

*Parágrafo único. Não será apreciada a consulta ou o pedido de autorização formulado em tese ou com referência a fato genérico.*

Segundo o art. 4º da citada Portaria Interministerial, as consultas e os pedidos em tela devem ser dirigidos, como regra geral, à unidade de recursos humanos do órgão de lotação (inclusive para os agentes cedidos, requisitados, em licença ou afastados), o que levaria a interpretar que a adequação deste dispositivo ao contexto específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil imporia que as consultas sobre conflito de interesses e os pedidos para exercício de atividade privada devessem ser encaminhados à Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas (Cogep). Não obstante, o parágrafo único do art. 5º da mesma Portaria Interministerial delegou Secretário-Executivo da respectiva Pasta a competência de designar outra autoridade, órgão ou comissão de ética, no âmbito do referido órgão, para desempenhar aquelas competências preventivas.

*Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13 - Art. 4º A consulta sobre a existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada deverão ser dirigidos à unidade de Recursos Humanos do órgão ou entidade do Poder Executivo federal onde o servidor ou empregado público esteja em exercício.*

*Parágrafo único. Os servidores e empregados públicos cedidos ou requisitados e com exercício em outro ente federativo, esfera ou poder, como também aqueles que se encontram em gozo de licença ou afastamento, deverão enviar a consulta ou o pedido de autorização para as unidades de Recursos Humanos dos órgãos ou entidades de lotação.*

*Art. 5º*

*Parágrafo único. Os Secretários-Executivos e equivalentes, no âmbito dos Ministérios, ou os dirigentes máximos das entidades do Poder Executivo federal, poderão designar outra autoridade, órgão ou comissão de ética, criada no âmbito do referido órgão ou entidade, para exercer as atribuições previstas nos incisos II a IV do caput deste artigo.*

E, de fato, no âmbito de cada órgão do Ministério da Fazenda, o respectivo Secretário-Executivo estabeleceu, por meio da Portaria MF nº 71, de 28/04/14, que tais competências recaem sobre as respectivas comissões de ética pública. Assim, no caso específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil, que conta com sua própria comissão de ética, as competências para receber as consultas e os pedidos, de efetuar análise preliminar sobre existência de conflito de interesses e de autorizar pedidos para exercício de atividade privada não conflituosa, em situações concretas e determinadas, recaem sobre a respectiva Comissão de Ética Pública Seccional (CEPS-RFB). Desta forma, é como se o *caput* do art. 4º da Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13, devesse ser lido com Comissão de Ética Pública Seccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil onde *a priori* se leria

## Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas.

*Portaria MF nº 71, de 28/04/14 - Art. 1º Designar, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 5º da Portaria Interministerial nº 333, de 19 de setembro de 2013, as Comissões de Ética do Ministério da Fazenda, para exercer as atribuições previstas nos incisos II a IV do caput do art. 5º da citada portaria.*

Ainda de acordo com a regulamentação procedimental imposta pela Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13, de seus arts. 5º a 9º, cabe ao foro competente no órgão de lotação do agente público (no caso específico, por meio da Comissão de Ética Pública Seccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil), no prazo de quinze dias, efetuar uma primeira análise da consulta ou do pedido concreto e, caso vislumbre inexistência de potencial conflito de interesses ou sua irrelevância, o próprio órgão é competente para se manifestar a favor da petição, comunicando o resultado fundamentado ao peticionante (acompanhado de autorização para o exercício da atividade privada solicitada, no caso de pedido). Mas caso esta primeira análise vislumbre potencial conflito de interesses, deve a provocação, acompanhada da manifestação prévia fundamentada, ser remetida à CGU, a quem cabe, também no prazo de quinze dias (prorrogável por igual período e com possibilidade de solicitação de informações adicionais ao órgão de lotação), a resposta à consulta ou a decisão para o pedido. Em outras palavras, o órgão de origem possui competência apenas para se manifestar definitivamente pela inexistência de conflito de interesses ou por sua irrelevância, tanto em consultas quanto em pedidos referentes a casos concretos; caso se vislumbre a necessidade de uma resposta contrária aos interesses do peticionante, obrigatoriamente a instância sobe para a CGU. Neste ínterim, na hipótese de pedido de autorização sem resposta ao peticionante, por parte do órgão de lotação, no prazo de quinze dias, a norma o autoriza a praticar a atividade em caráter precário, até que se tenha a decisão, que, se for denegatória, cassa a autorização precária.

*Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13 - Art. 5º Cabe à unidade de Recursos Humanos:*

*I - receber as consultas sobre a existência de conflito de interesses e os pedidos de autorização para o exercício de atividade privada dos servidores e empregados públicos e comunicar aos interessados o resultado da análise;*

*II - efetuar análise preliminar acerca da existência ou não de potencial conflito de interesses nas consultas a elas submetidas;*

*III - autorizar o servidor ou empregado público no âmbito do Poder Executivo federal a exercer atividade privada, quando verificada a inexistência de potencial conflito de interesses ou sua irrelevância; e*

*IV - informar os servidores ou empregados públicos sobre como prevenir ou impedir possível conflito de interesses e como resguardar informação privilegiada, de acordo com as normas, procedimentos e mecanismos estabelecidos pela CGU.*

*Art. 6º Presentes as informações solicitadas no art. 3º, a unidade de Recursos Humanos ou a autoridade, órgão ou comissão competente terá o prazo de até quinze dias para analisar a consulta ou o pedido de autorização para o exercício de atividade privada.*

*§ 1º Havendo outra autoridade ou órgão designado nos termos do parágrafo único do art. 5º, a unidade de Recursos Humanos deverá fazer imediatamente o encaminhamento ao responsável.*

*§ 2º Na consulta, quando for verificada inexistência de conflito de interesses ou sua irrelevância, a unidade de Recursos Humanos comunicará o resultado da análise realizada pelo órgão ou entidade, devidamente fundamentada, ao interessado.*

*§ 3º Nos pedidos de autorização, a comunicação do resultado de análise preliminar que concluir pela inexistência de potencial conflito de interesses ou sua irrelevância deverá ser acompanhada de autorização para que o servidor ou empregado público exerça atividade privada específica.*

*§ 4º Verificada a existência de potencial conflito de interesses, a unidade de Recursos Humanos encaminhará a consulta ou o pedido de autorização à CGU, mediante manifestação fundamentada que identifique as razões de fato e de direito que configurem o possível conflito, e comunicará o fato ao interessado.*

*§ 5º Nos pedidos de autorização, transcorrido o prazo previsto no caput, sem resposta por parte da unidade de Recursos Humanos, fica o interessado autorizado, em caráter precário, a exercer a atividade privada até que seja proferida manifestação acerca do caso.*

*§ 6º A comunicação do resultado de análise que concluir pela existência de conflito de interesses implicará a cassação da autorização mencionada no § 5º deste artigo.*

Tendo sido remetida a provocação para a CGU, a este órgão central cabe analisar a questão e emitir a resposta à consulta ou a decisão para o pedido, sempre atinentes a caso concreto e determinado. Em síntese, as respostas desdobram-se em três possibilidades: pode-se vislumbrar inexistência ou irrelevância de potencial conflito de interesses, o que acarretará resposta a favor dos interesses do peticionante; ou pode-se vislumbrar existência de potencial conflito de interesses, o que acarretará resposta contrária aos interesses do peticionante; ou, por fim, residualmente, ainda que se vislumbre existência de potencial conflito de interesses, pode-se também entender que há boa-fé por parte do peticionante, hipótese excepcional em que se pode determinar medidas para eliminação ou mitigação dos pontos conflituosos, bem como se pode conceder autorização condicionada. É de se atentar que a percepção de boa-fé, a cargo da CGU, se opera individualmente e caso a caso, de acordo com peculiaridades, especificidades e condicionantes de cada consulta ou de cada pedido, não se confundindo com a autorização precária para exercício de atividade nos casos em que se ultrapassa o prazo originário de quinze dias para resposta e tampouco se operando aqui uma presunção generalística e apriorística em todos os casos em que o agente público provoca a Administração com consulta ou com pedido até se ter a resposta. Não há que se confundir que a consideração de boa-fé e a consequente autorização condicionada (no comando do parágrafo único do art. 7º Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13) se aplicam em momento distinto e por motivos outros da autorização precária (dos comandos dos §§ 5º e 6º do art. 6º, ambos da mesma Portaria Interministerial): enquanto aquelas se dão em decorrência da análise individualizada a cargo do órgão central, esta se dá de forma indistinta a todos que sejam objeto de mera inércia administrativa antes de se ter qualquer decisão. A norma não quis atribuir uma presunção de boa-fé caso haja inércia da Administração em responder ao pedido. Após proceder à análise, a CGU deve devolver a resposta à consulta ou a decisão do pedido (acompanhada de autorização para a atividade privada solicitada, no caso de pedido deferido) à unidade de recursos humanos do órgão de lotação, a quem cabe comunicar o resultado ao interessado. O peticionante dispõe ainda de um prazo de dez dias para interpor recurso, à autoridade superior da CGU, que, em quinze dias, deve manter, modificar, anular ou revogar total ou parcialmente a decisão anterior.

*Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13 - Art. 7º Cabe à CGU, nas consultas a ela submetidas pelas unidades de Recursos Humanos dos órgãos e entidades do Poder Executivo federal, analisar e manifestar-se sobre a existência ou não de conflito de interesses, bem como autorizar o servidor ou empregado público a exercer atividade privada, quando verificada inexistência de conflito de interesses ou sua irrelevância.*

*Parágrafo único. Caso entenda pela existência de conflito de interesses, a CGU poderá determinar medidas para sua eliminação ou mitigação, levando em conta a boa-fé do servidor ou empregado público, com a possibilidade, inclusive, de concessão de autorização condicionada.*

*Art. 8º A CGU terá o prazo de quinze dias para manifestar-se sobre a consulta ou o pedido de autorização para o exercício de atividade privada encaminhado pela unidade de Recursos Humanos.*

*§ 1º Quando considerar insuficientes as informações recebidas, a CGU poderá solicitar informações adicionais aos órgãos ou entidades envolvidos no caso.*

*§ 2º O pedido de solicitação de informações adicionais suspende o prazo estabelecido no caput até o recebimento de manifestação do referido órgão ou entidade.*

*§ 3º O órgão ou entidade terá dez dias para enviar esclarecimentos adicionais à CGU, contados do recebimento do pedido.*

*§ 4º A CGU devolverá o resultado da análise, devidamente fundamentada, à unidade de Recursos Humanos correspondente, que o comunicará ao servidor ou empregado público interessado.*

*§ 5º Nos pedidos de autorização, a comunicação do resultado da análise que concluir pela inexistência de conflito de interesses ou sua irrelevância deverá ser acompanhada de autorização para que o servidor ou empregado público exerça atividade privada específica.*

*§ 6º O prazo mencionado no caput poderá ser prorrogado por igual período, ante justificativa explícita.*

*Art. 9º O interessado, no prazo de dez dias contados a partir de sua ciência, poderá interpor recurso contra a decisão prevista no art. 8º que entenda pela existência de conflito de interesses.*

*Parágrafo único. Autoridade ou instância superior, no âmbito da própria CGU, terá quinze dias para decidir o recurso e poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida.*

No âmbito interno da CGU, o tema ganhou disciplinamento por meio da Portaria CGU nº 1.911, de 04/10/13, que estabeleceu as competências para apreciação de consulta sobre a existência de conflito de interesses e de pedido de autorização para o exercício de atividade privada por servidor ou empregado público do Poder Executivo federal e para julgar os recursos interpostos. A manifestação sobre existência ou não de conflito de interesses e a autorização para prática de atividade privada recaem sobre o Secretário de Transparência e Prevenção da Corrupção da CGU e o julgamento dos recursos interpostos contra decisão daquela autoridade incumbe ao Secretário-Executivo da CGU.

*Portaria CGU nº 1.911, de 04/10/13 - Art. 2º Compete ao Secretário de Transparência e Prevenção da Corrupção da CGU:*

*I - manifestar-se sobre a existência ou não de conflito de interesses nas consultas encaminhadas à CGU;*

*II - autorizar o ocupante de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal a exercer atividade privada, quando verificada a inexistência de conflito de interesses ou sua irrelevância; e*

*III - manifestar-se, no prazo de cinco dias, sobre os recursos interpostos contra sua decisão, reconsiderando-a ou remetendo-os ao Secretário-Executivo da CGU para julgamento.*

*Parágrafo único. As consultas sobre conflito de interesses e os pedidos de autorização para exercício de atividade privada, referidos nos incisos I e II do caput, serão julgados na forma do art.8º da Portaria Interministerial MP/CGU nº 333, de 2013.*

*Art. 3º Compete ao Secretário-Executivo da CGU:*

*I - julgar, na forma do art. 9º da Portaria Interministerial MP/CGU nº 333, de 2013, os recursos interpostos contra decisão do Secretário de Transparência e Prevenção da Corrupção;*

Por fim, em atendimento ao comando exposto no art. 10 da Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13, e a fim de superar a fase de implementação concedida pelo art. 11 daquela norma e pelo art. 4º da Portaria CGU nº 1.911, de 04/10/13, para agilizar a comunicação entre o agente público e a Administração, a CGU desenvolveu o Sistema Eletrônico de Prevenção de Conflitos de Interesses (SeCI), que pode ser acessado por meio do endereço <https://seci.cgu.gov.br/SeCI/Login/Externo.aspx?ReturnUrl=/SeCI/> ou através da página “Conflito de Interesses” no Portal da CGU, que pode ser acessada por meio do

endereço <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/setor-publico/conflito-de-interesses>.

*Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13 - Art. 10. Cabe à CGU criar o sistema eletrônico para envio das consultas e pedidos de autorização referidos nesta Portaria.*

*Art. 11. Até que seja criado o sistema referido no art. 10, as consultas e pedidos de autorização deverão ser formulados nos termos dos Anexos I e II desta Portaria.*

*Portaria CGU nº 1.911, de 04/10/13 - Art. 4º Até que seja criado o sistema referido no art. 10 da Portaria Interministerial MP/CGU nº 333, de 2013, os recursos deverão ser apresentados utilizando-se o formulário Anexo a esta Portaria e seguindo-se as instruções nele contidas.*

Para o servidor ou empregado público, o SeCI permite registrar um pedido de autorização para exercer atividade privada (se o agente pretende exercer alguma atividade privada, seja paralelamente ao exercício de sua função pública, seja no período de seis meses após sua dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria) ou formular uma consulta para esclarecer alguma dúvida sobre como prevenir ou impedir uma situação potencialmente causadora de conflito de interesses. Ratifique-se que, mesmo em via eletrônica, em ambos os casos, a questão deve estar relacionada a uma situação concreta, individualizada e que diga respeito ao peticionante, pois não se aceitam solicitações formuladas em tese ou com referência a fato genérico. Ademais, o sistema permite ainda que o agente público acompanhe suas solicitações em andamento.

Além disto, em um módulo distinto, voltado aos agentes públicos lotados nas unidades de recursos humanos ou em outras unidades ou órgãos designados pela Administração como responsáveis pelo recebimento e tratamento dos pedidos e das consultas, o SeCI permite ao órgão ou entidade pesquisar, acessar e responder solicitações enviadas pelos servidores e empregados públicos e responder pedidos de informações adicionais feitos pelo órgão central.

Quanto à tramitação virtual, em um primeiro momento, o pedido ou a consulta do servidor ou empregado público é encaminhado pelo SeCI ao órgão ou entidade a que se vincula, para que seja analisado pela unidade ou órgão competente para tal (no caso da Secretaria da Receita Federal do Brasil, à vista da já mencionada Portaria MF nº 71, de 28/04/14, esta remessa dirige-se à respectiva Comissão de Ética Pública Seccional). Caso, após esta verificação, o órgão ou entidade entenda que há possibilidade de configuração de conflito de interesses, o próprio sistema automatiza o envio tanto da análise para a CGU quanto da resposta deste órgão central para a origem e ainda faculta também a interposição de recurso contra decisão que ratifica aquela possibilidade aventada em desfavor do peticionante.

Cabe informar que, uma vez que foi desenvolvido e é mantido pela CGU, pelo SeCI tramitam pedidos ou consultas apenas entre os órgãos ou entidades e aquele órgão central. As solicitações entre unidades do mesmo órgão ou entidade devem, por isto, ser controladas e processadas em sistemas próprios internos.

Voltando o foco para o alcance específico sobre a Secretaria da Receita Federal do Brasil, o tema voltou a ganhar detalhamento interno em sua instrumentalidade com a edição da Portaria MF nº 173, de 29/10/14. Esta norma detalhou a procedimentalização estabelecida pela Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13, para o caso específico de consulta sobre existência de conflito de interesses e de pedido de autorização de exercício de atividade privada no âmbito do Ministério da Fazenda, em que, por óbvio, se inclui a Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Segundo a portaria ministerial, as competências dispostas nos incisos I a IV do art. 5º da portaria interministerial ficam a cargo das unidades de recursos humanos, da Corregedoria e da comissão de ética do órgão, o que significa, no caso da Secretaria da Receita Federal do Brasil, as unidades de projeção da Cogep (Digep), a Comissão de Ética Pública Seccional

(CEPS-RFB) e a Coger. Em sintéticas palavras, a consulta e o pedido, sempre condicionados a caso concreto, devem ser protocolizados eletronicamente, via SeCI, pelo servidor e dirigidos à Digep. No prazo de até três dias, a Digep deve verificar se a petição possui identificação do interessado e objeto do pedido determinado e descrito de forma contextualizada (uma vez que não são aceitos pedidos em tese ou referentes a fatos genéricos); instruí-la, se for o caso; incluí-la no sistema Comprotdoc; e encaminhá-la à Coger e à CEPS-RFB.

*Portaria MF nº 173, de 29/10/14 - Art. 2º Para fins desta Portaria, as atribuições constantes dos incisos I a IV do artigo 5º da Portaria Interministerial nº 333, de 2013, ficarão a cargo das unidades de Recursos Humanos, Comissões de Ética e Corregedorias dos seguintes órgãos:*

*I - Secretaria da Receita Federal do Brasil;*

*II - Secretaria do Tesouro Nacional;*

*III - Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; e*

*IV - Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração.*

*Art. 3º A consulta sobre a existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada deverão ser formulados mediante petição eletrônica no Sistema Eletrônico de Prevenção de Conflitos de Interesses (SeCI) disponibilizado pela Controladoria-Geral da União, conforme estabelece o artigo 10 da Portaria Interministerial nº 333, de 2013.*

*Parágrafo único. Não será apreciada a consulta ou o pedido de autorização formulado em tese ou com referência a fato genérico.*

*Art. 4º A consulta sobre a existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada serão dirigidos às unidades de Recursos Humanos constantes do artigo 2º desta Portaria.*

*Art. 5º Presentes as informações solicitadas no artigo 3º da Portaria Interministerial nº 333, de 2013, as unidades constantes do caput do artigo 2º desta Portaria terão o prazo de até 15 (quinze) dias para analisar a consulta sobre a existência de conflito de interesses ou o pedido de autorização para o exercício de atividade privada.*

*Art. 7º Cabe às unidades de Recursos Humanos:*

*I - receber as consultas sobre a existência de conflito de interesses e os pedidos de autorização para o exercício de atividade privada dos agentes públicos do Ministério da Fazenda;*

*II - verificar o cumprimento dos requisitos constantes do artigo 3º da Portaria Interministerial nº 333, de 2013, e receber a documentação comprobatória das atividades desempenhadas e das atividades requeridas;*

*III - instruir, com as informações e documentação necessárias, as consultas sobre a existência de conflito de interesses e os pedidos de autorização para o exercício de atividade privada dos agentes públicos do Ministério da Fazenda a serem analisados pelas unidades responsáveis;*

*IV - incluir as consultas sobre a existência de conflito de interesses e os pedidos de autorização para o exercício de atividade privada dos agentes públicos do Ministério da Fazenda no sistema Comprotdoc para trâmite interno do procedimento no Ministério;*

*V - encaminhar consultas sobre a existência de conflito de interesses e os pedidos de autorização para o exercício de atividade privada para análise das respectivas Comissões de Ética pelo Comprotdoc;*

*VI - encaminhar, concomitantemente com o envio às Comissões de Ética, pelo sistema Comprotdoc, cópia das consultas sobre existência de conflito de interesses e pedidos de autorização para atividade privada às respectivas Corregedorias para que sejam analisados os aspectos disciplinares, a fim de subsidiar posicionamento das Comissões de Ética;*

Na sequência, compete à Coger, no prazo de até seis dias, prover uma análise preliminar da petição, sob ótica disciplinar e remetê-la, via sistema Comprotdoc, como subsídio, à CEPS-RFB (ou, se for o caso, devolver à Digep para a necessária complementação da instrução). Por fim, cabe à CEPS-RFB, no prazo de até onze dias, proceder à análise

fundamentada da petição, devolvendo-a à Digep, seja solicitando a necessária complementação da instrução, seja manifestando seu entendimento a favor ou contra os interesses do servidor. Cabe à Digep comunicar ao servidor o resultado da análise (a favor ou contra) realizada pela CEPS-RFB. No caso de a CEPS-RFB ter se manifestado contrariamente à petição, cabe ainda à Digep remeter a análise, via SeCI, à CGU e posteriormente comunicar ao servidor o resultado final da análise (afinal realizada pela Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção da CGU - CGU/STPC), no prazo de um dia para cada tarefa. Em todo caso, não havendo informações suficientes na petição, a análise retorna à Digep, a fim de, motivadamente, encerrar a solicitação.

*Portaria MF nº 173, de 29/10/14 - Art. 9º Cabe às Corregedorias:*

*I - receber, por meio do Comprotdoc, as consultas sobre a existência de conflito de interesses e os pedidos de autorização para o exercício de atividade privada dos agentes públicos do Ministério da Fazenda encaminhados pelas unidades de Recursos Humanos;*

*II - efetuar análise, sob os aspectos disciplinares, acerca da existência ou não de potencial conflito de interesses nas consultas e nos pedidos de autorização para atividade privada a elas submetidos, a fim de subsidiar análise e posicionamento das Comissões de Ética; e*

*III - encaminhar, por meio do Comprotdoc, posicionamento devidamente fundamentado às Comissões de Ética.*

*§ 1º As consultas e os pedidos dos agentes públicos dos órgãos constantes dos incisos de I a IV do artigo 2º desta Portaria deverão ser encaminhados às suas respectivas Corregedorias.*

*§ 2º As Corregedorias deverão encaminhar posicionamento, por meio do Comprotdoc, às Comissões de Ética no prazo de até 6 (seis) dias após o recebimento da consulta sobre a existência de conflito de interesses e do pedido de autorização para o exercício de atividade privada.*

*Art. 8º Cabe às Comissões de Ética:*

*I - receber, por meio do Comprotdoc, as consultas sobre a existência de conflito de interesses e os pedidos de autorização para o exercício de atividade privada dos agentes públicos do Ministério da Fazenda encaminhados pelas unidades de Recursos Humanos;*

*II - receber, por meio do Comprotdoc, posicionamento das Corregedorias, conforme estabelecido no § 2º do artigo 9º desta Portaria;*

*III - efetuar análise preliminar acerca da existência ou não de potencial conflito de interesses nas consultas e nos pedidos de autorização para atividade privada a elas submetidas; e*

*IV - encaminhar posicionamento às unidades de Recursos Humanos para as providências dos incisos II e VIII do artigo 7º desta Portaria. O resultado da análise realizada pelas Comissões de Ética deverá estar devidamente fundamentado.*

*Parágrafo único. As Comissões de Ética terão 11 (onze) dias para proceder à análise preliminar e apresentar manifestação em relação à consulta sobre a existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada.*

*Art. 7º Cabe às unidades de Recursos Humanos:*

*VIII - encaminhar à CGU, pelo SeCI, posicionamento da Comissão de Ética, quando verificada a existência de potencial conflito de interesses na consulta sobre a existência de conflito de interesses e no pedido de autorização para o exercício de atividade privada;*

*IX - comunicar aos interessados, por meio de registro no SeCI, o posicionamento das Comissões de Ética com relação à consulta sobre a existência de conflito de interesses e ao pedido de autorização para o exercício de atividade privada; e*

*X - comunicar aos interessados, por meio do SeCI, o resultado da análise da CGU, quanto às consultas sobre a existência de conflito de interesses e aos pedidos de autorização para o exercício de atividade privada.*

*Parágrafo único. As unidades de Recursos Humanos deverão cumprir as atribuições previstas nos incisos de I a VI no prazo de até 3 (três) dias; e, no prazo de 1 (um) dia, as atribuições dos incisos VII a X, caput.*

*Art. 10. Caso considerem insuficientes as informações recebidas, as Comissões de Ética e Corregedorias poderão solicitar informações adicionais às unidades de Recursos Humanos por meio do sistema Comprotdoc.*

*§ 1º As unidades de Recursos Humanos terão 2 (dois) dias para enviar os esclarecimentos, contados do recebimento do pedido.*

*§ 2º Quando as Corregedorias entenderem insuficientes as informações adicionais prestadas pelas unidades de Recursos Humanos, encaminharão posicionamento devidamente fundamentado às Comissões de Ética comunicando a impossibilidade de análise do pleito.*

*§ 3º Se as Comissões de Ética, após análise das informações adicionais prestadas pelas unidades de Recursos Humanos e (ou) do posicionamento devidamente fundamentado das Corregedorias, concluírem pela insuficiência das informações, as comissões encaminharão entendimento à unidade de Recursos Humanos para que procedam ao estabelecido no artigo 6º desta Portaria.*

*§ 4º Quando as Comissões de Ética decidirem pelo encerramento da consulta e do pedido, conforme previsto no parágrafo anterior, deverão comunicar as respectivas Corregedorias para evitar que estas deem prosseguimento à análise, no caso de as Corregedorias apresentarem entendimento divergente aos das Comissões de Ética.*

O reflexo e as peculiaridades específicas de toda esta instrumentalização no âmbito interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, *a priori*, ganhou os contornos que se seguem descritos. De imediato, se cogita de o servidor provocar a Administração com consulta sobre existência de conflito de interesses ou com pedido de autorização para exercício de atividade privada, sempre condicionados de se reportarem a caso concreto determinado, via SeCI, e com as consequentes atuações da respectiva Divisão de Gestão de Pessoas (Digep), Coger, Comissão de Ética Pública Seccional (CEPS-RFB) e, se for o caso, CGU, por meio da CGU/STPC.

Mas, por outro lado, nada impede que, no caso de vir ao conhecimento do sistema correcional a prática de atividade concreta e determinada que suscite dúvida se é ou não conflituosa, pode a Coger consultar de ofício a CEPS-RFB, independentemente de iniciativa do servidor, seguindo daí o trâmite de a consulta ser solucionada favoravelmente ao agente público na própria CEPS-RFB ou de ser remetida à CGU no caso de a CEPS-RFB vislumbrar conflito de interesses. Ainda mais excepcionalmente, até se pode cogitar de a Coger provocar diretamente e de ofício a CGU (mesmo que isto configure uma supressão de instância, diante de questões estratégicas e por economia processual e estando o expediente perfeitamente instruído sem lacunas, aquele órgão central pode conhecer da consulta, sem determinar seu retorno à CEPS-RFB).

Para o caso inespecífico (até pouco provável, reconheça-se) de uma atividade que já vem sendo praticada pelo servidor e que venha a ser declarada como materialmente incompatível pela CGU, por meio do Secretário de Transparência e Prevenção da Corrupção da CGU, e sobre a qual possa se cogitar de que não era cristalina e inequívoca a incompatibilidade (em outras palavras, em que se possa cogitar de que o agente a praticava sem a clara consciência da ilicitude, inquinando por culposa a prática, em razão da ausência de consciência de todos os elementos do enquadramento, conforme se antecipou em **4.7.3.18.4.c**), independentemente da ciência a ser dada pela Digep, convém o Escor (ou a Coger) comunicar tal entendimento ao servidor, a fim de que este cesse a prática tida com conflituosa. No extremo benéfico do exemplo em comento, se, ato contínuo, o servidor trouxer prova de que cessou com a conduta, o procedimento pode ser arquivado; e, no extremo oposto, pode-se cogitar de restar configurada a conduta dolosa do servidor e o PAD deve ser instaurado, com possibilidade de conclusão por cometimento de ato de improbidade

administrativa, nos termos da Lei nº 12.813, de 16/05/13.

Por óbvio, não obstante esta recomendação de viés não intervencionista do sistema correcional, no caso que parece mais provável e factível, qual seja, de o servidor praticar atividade flagrante e indubitavelmente incompatível com as atribuições legais do cargo, aquela cautelosa instrumentalização acima descrita pode ser dispensada, instaurando-se de imediato o PAD com vista a apurar possível ato de improbidade administrativa.

Este é o caso, por exemplo, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, do exercício da advocacia, da atividade contábil e do serviço de praticagem, por parte de servidores ocupantes de cargos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil. Isto porque vigora no órgão a Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, que declara aquelas três atividades incompatíveis, nos termos do inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, com os cargos da carreira específica. De se perceber que esta Portaria não cria, não inova, não limita, não altera e não extingue direito, sendo então uma norma meramente declaratória, harmonizada com a tutela preventiva que se extrai do art. 4º da Lei nº 12.813, de 16/05/13. Neste sentido também já se manifestou a PGFN, no seu Parecer PGFN/Cojed 295/2017:

*Parecer PGFN/Cojed nº 295/2017: “34. Cabe rejeitar, também em caráter preambular a alegação de nulidade da portaria RFB nº 444, de 23 março de 2015, que prevê a incompatibilidade da atividade de praticagem com as atribuições dos cargos da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil ( na qual o Auditor-Fiscal da RFB está incluso por força do art. 5º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002).*

*35. É certo que não é dado aos atos infralegais inovarem na ordem jurídica estabelecendo direitos e obrigações no mundo jurídico, sob pena de afrontar o art. 5º, II, da CF, que nos remete a ideia de quem ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer, alguma coisa, salvo em razão de lei. Contudo, a portaria em questão não inovou. Não criou a proibição, apenas concretizou princípios constitucionais, entre eles o da moralidade e interesse público, uma vez que a proibição aqui discutida já decorre da própria Constituição.”*

Acrescente-se que a melhor interpretação desta norma não deve se deixar levar pela alegação de que teria havido a figura do silêncio solene, que significaria erroneamente interpretar que, se o subscritor da norma dirigiu seus efeitos apenas aos cargos da carreira específica, é porque teria tido a intenção de não fazê-lo para os demais cargos administrativos estranhos à carreira, integrantes do Pecfaz e que têm exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil. Não é esta a leitura que se extrai. De fato, a Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, não vincula os servidores ocupantes de cargos administrativos na Secretaria da Receita Federal do Brasil, mas, de outro lado, não impede que idêntico comando lhes seja aplicado.

A interpretação correta da Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, é que apenas e tão somente o Secretário da Receita Federal do Brasil expressou o direcionamento de sua atenção para os cargos específicos de AFRFB e de ATRFB, sem prejuízo algum que se possa entender que a mesma inteligência acerca das incompatibilidades materiais também pode ser aplicada sobre os cargos administrativos do Pecfaz (obviamente por meio de outras construções, não por capitulação nesta Portaria RFB, que não os vincula). Em **4.7.3.18.7**, a cuja leitura se remete, se voltará a abordar, com maior grau de detalhe e aprofundamento, estas três atividades incompatíveis.

*Portaria RFB nº 444, de 23/03/15 - Art. 1º Considera-se incompatível com as atribuições dos cargos da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil o exercício das seguintes atividades, sem prejuízo da existência de outras atividades eventualmente incompatíveis:*

*I - advocacia;*

*II - contabilidade;*

### *III - praticagem.*

Com a edição da Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, cujo conhecimento presume-se de todo servidor da Carreira específica (presunção absoluta e inafastável), descarta-se a possibilidade de exercício de advocacia, contabilidade e praticagem, por AFRFB e por ATRFB, sem consciência de seu caráter ilícito. Não há como se cogitar da prática de alguma daquelas três atividades por aqueles servidores que não seja eivada de dolo, configurando, portanto, improbidade administrativa, nos moldes da Lei nº 12.813, de 16/05/13. Se assim é, se se presume que o servidor da carreira específica tem consciência da ilicitude da prática e tem vontade de exercê-la (ou seja, se o faz dolosamente) e que a infração já resta consumada, não há que se cogitar neste caso (diferentemente do primeiro caso acima, em que se aceitou a possibilidade de não ser cristalina e inequívoca a incompatibilidade) de comunicar-lhe a vigência da norma e de conceder-lhe prazo para cessar a atividade.

No caso daquelas três atividades, que são de incompatibilidade cristalina e inequívoca, se o AFRFB ou o ATRFB quiserem questionar o mérito do conteúdo declaratório da Portaria (ou seja, contestar a definição interna de que advocacia, contabilidade e praticagem são incompatíveis com os cargos específicos da Casa) ou quiserem demonstrar que, por qualquer motivo, sua situação é diferenciada e especial, cabe a eles realizarem a consulta ou o pedido de autorização, via SeCI, antes de iniciarem a prática.

Caso o servidor da carreira específica realize a mencionada consulta ou o mencionado pedido de autorização já no curso do PAD, restam duas possibilidades: se a CGU considerar a prática incompatível, nada se alteraria no andamento processual, apenas suprimindo uma mais inabalável convicção acerca do dolo da conduta; e se aquele órgão central considerar a prática compatível, o PAD perderia objeto e seria de imediato concluído com proposta de arquivamento.

No caso de servidor ocupante de cargo administrativo e que pratique alguma daquelas três atividades (advocacia, contabilidade ou praticagem), uma vez que a Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, não os vincula, não cabe afirmar a presunção do dolo conforme se afirma para os cargos da carreira específica (uma vez ser aceitável a tese de que, embora pratique intencionalmente a atividade, não tendo consciência de sua incompatibilidade, não tem conhecimento de todos os elementos do enquadramento). Assim, excluindo a advocacia tributária ou previdenciária e a contabilidade, que recaem na hipótese de atividades desde sempre tidas como inquestionavelmente incompatíveis, se chega ao conhecimento da Administração que um servidor ocupante de cargo administrativo na Secretaria da Receita Federal do Brasil exerce advocacia em outros ramos de Direito ou exerce praticagem, soa razoável dar-lhe ciência da incompatibilidade e conceder-lhe prazo para cessar a conduta ilícita, antes de instaurar o PAD em que se pode cogitar de aplicação de pena de demissão por improbidade administrativa.

Ademais, em qualquer hipótese, independentemente do cargo que ocupe, caso o servidor proceda à consulta por iniciativa própria e receba resposta favorável à inexistência de incompatibilidade com a qual a Administração não concorde ou da qual requeira confirmação da instância superior (CGU), recomenda-se que qualquer iniciativa de persecução disciplinar deva ficar suspensa até a resposta definitiva deste órgão central.

Conforme melhor se abordou em **4.7.3.18.5.a**, esclareça-se que, por força da Orientação Normativa CGU nº 2, de 09/09/14, especificamente para a atividade de magistério, seja praticada em âmbito público ou privado, seja remunerada ou não, *a priori*, afasta-se a necessidade de consulta por parte do agente público. Mas ressalve-se que norma prevê exceções e cautelas em situações peculiares na prática do magistério.

*Orientação Normativa CGU nº 2, de 09/09/14 - Art. 2º*

*§ 4º O agente público fica impedido de atuar em processo de interesse da entidade em que exerça atividade de magistério.*

*§ 5º O impedimento a que se refere o § 4º deste artigo se estende às ações de*

*controle, correição, avaliação, orientação, fiscalização e regulação das atividades da instituição de ensino ou que afetem os interesses desta.*

*Art. 3º Quando a atividade de magistério ocorrer no interesse institucional do órgão ou entidade a que pertence o agente público indicado, é vedado o recebimento de remuneração de origem privada, ressalvada a possibilidade de indenização por transporte, alimentação e hospedagem paga, total ou parcialmente, pela instituição promotora.*

*Art. 4º Na hipótese de magistério em curso preparatório para concurso público ou processo seletivo, o agente público não poderá atuar em qualquer atividade relacionada à definição do cronograma ou do conteúdo programático do certame ou relacionada à elaboração, aplicação e correção de provas de qualquer fase, incluindo-se o curso de formação, o teste psicotécnico ou psicológico e a prova de aptidão.*

*Art. 6º As atividades referidas nesta Orientação Normativa dispensam a consulta acerca da existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada, previstos na Lei nº 12.813, de 2013.*

*Parágrafo único. O exercício de atividades de magistério para público específico que possa ter interesse em decisão do agente público, da instituição ou do colegiado do qual o mesmo participe deve ser precedido de consulta acerca da existência de conflito de interesses, nos termos da Portaria Interministerial MP/CGU nº 333, de 19 de setembro de 2013.*

#### 4.7.3.18.6.d - Comandos de Naturezas Punitiva e Preventiva Específicos

Por fim, encerrando o desdobramento meramente didático com que se expôs a Lei nº 12.813, de 16/05/13, resta detalhar os comandos específicos para os dois subgrupos de agentes públicos destacados no art. 2º da citada Lei. Conforme já abordado em **3.4.3.18.6.a**, para estes dois seletos subgrupos de agentes públicos, em razão da presunção legal (nos quatro incisos do dispositivo) ou em razão da concreta possibilidade decorrente de seus múnus (no parágrafo único do dispositivo, que abarca todos os servidores ocupantes de quaisquer cargos em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil) de se exporem a situações conflituosas ou de acessarem informações privilegiadas, a Lei nº 12.813, de 16/05/13, lhes impôs um regime específico e mais severo.

Sob os aspectos materiais, há duas diferenças em relação ao já abordado em **3.4.3.18.6.b**. A primeira diferença é que as definições de ilícitos decorrentes da configuração de conflito de interesses, nos sete incisos do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, no que se refere aos dois subgrupos de agentes destacados no art. 2º da mesma Lei ao tempo em que exercem o cargo ou o emprego, sofrem o gravoso alcance legal e podem ensejar ato de improbidade administrativa, por ofensa aos princípios reitores da Administração, punível com demissão, ainda que praticados em gozo de licença ou de qualquer forma de afastamento, conforme estende o parágrafo único do mesmo dispositivo legal.

*Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 5º Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:*

*Parágrafo único. As situações que configuram conflito de interesses estabelecidas neste artigo aplicam-se aos ocupantes dos cargos ou empregos mencionados no art. 2º ainda que em gozo de licença ou em período de afastamento.*

E a segunda diferença, conforme já antecipado em **4.7.3.18.6.a**, é que, mesmo no período de seis meses após terem sido dispensados, exonerados, destituídos, demitidos ou aposentados, os agentes públicos definidos no art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, ainda incorrem em quatro hipóteses de conduta demarcada por conflito de interesses e, por conseguinte, cometem ato de improbidade administrativa, por ofensa aos princípios reitores da Administração, punível com a pena expulsiva que for cabível à situação do agente

(conforme já expressado em **3.2.2.2.2**, esta excepcional responsabilização disciplinar é lícita), a menos que tais práticas sejam autorizadas de forma expressa pela Comissão de Ética Pública ou pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), mais especificamente pela Corregedoria-Geral da União da CGU (CGU/CRG), conforme o caso. Para aqueles dois subgrupos de agentes públicos, estas quatro formas de atuação mantêm-se vedadas mesmo após findo o exercício do cargo ou emprego, pelo período de seis meses, a menos que devidamente autorizadas.

*Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 6º Configura conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:*

*II - no período de 6 (seis) meses, contado da data da dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria, salvo quando expressamente autorizado, conforme o caso, pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-Geral da União:*

*a) prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a pessoa física ou jurídica com quem tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego;*

*b) aceitar cargo de administrador ou conselheiro ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica que desempenhe atividade relacionada à área de competência do cargo ou emprego ocupado;*

*c) celebrar com órgãos ou entidades do Poder Executivo federal contratos de serviço, consultoria, assessoramento ou atividades similares, vinculados, ainda que indiretamente, ao órgão ou entidade em que tenha ocupado o cargo ou emprego; ou*

*d) intervir, direta ou indiretamente, em favor de interesse privado perante órgão ou entidade em que haja ocupado cargo ou emprego ou com o qual tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego.*

Por óbvio, tratando-se de previsão legal de efeito punitivo, requer interpretação e aplicação restritivas, o que importa dizer que, se o texto legal impôs esta extensão apenas para os servidores e empregados mencionados no art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, não cabe estender este gravame para os demais agentes públicos, daí porque se configura um aspecto punitivo material específico da Lei, integrando o seu regime mais gravoso.

Sobre os servidores daqueles dois subgrupos especiais do art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, recai a obrigação de evitarem atividades privadas que conflituem com o múnus público que desempenhavam, por até seis meses após o rompimento do vínculo com a Administração. Em contrapartida, caso um destes agentes receba proposta de trabalho que efetivamente configure conflito de interesses nas hipóteses do inciso II do art. 6º da citada Lei e, portanto, não obtenha autorização da Comissão de Ética Pública ou da CGU/CRG para praticar, pode vir a ser autorizado pelo mesmo órgão a receber uma remuneração compensatória durante aquele período de quarentena. Esta remuneração compensatória encontra previsão no *caput* do art. 4º do Decreto nº 4.187, de 08/04/02, e equivale à remuneração que vinha recebendo do cargo ou emprego que ocupava, à custa do órgão ou entidade. Embora aquele Decreto tratasse de quarentena de quatro meses, este parâmetro temporal deve ser harmonizado com o prazo legal, de seis meses.

*Decreto nº 4.187, de 08/04/02 - Durante o período de impedimento, as autoridades referidas no art. 2º ficam vinculadas ao órgão ou à autarquia em que atuaram e somente fazem jus a remuneração compensatória equivalente à do cargo que ocupavam, cujas despesas correrão por conta dos respectivos orçamentos de custeio.*

Também sob aspectos de controle preventivo, a Lei nº 12.813, de 16/05/13, impõe exclusivamente àqueles dois subgrupos especiais do seu art. 2º um regime mais gravoso, em razão da maior possibilidade de incorrerem em situações conflituosas ou de acessarem informações privilegiadas.

Aqueles agentes públicos, especificamente, de acordo com o art. 9º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, têm a obrigação de, independentemente de estarem em gozo de licença ou em afastamento de qualquer espécie, fornecerem à Comissão de Ética Pública ou à CGU, conforme o caso (à primeira, para as altas autoridades republicanas definidas nos quatro incisos do art. 2º da mesma Lei; e à segunda, para os agentes que acessam informações privilegiadas, definidos no parágrafo único do mesmo dispositivo legal), anualmente, declaração sobre sua situação patrimonial, participações societárias, atividades econômicas ou profissionais e indicação de possível atividade em conflito de interesses por parte de cônjuge, companheiro ou parentes até o terceiro grau. Ademais, os mesmos subgrupos de agentes públicos devem informar, respectivamente, à Comissão de Ética Pública ou à projeção de gestão de pessoas (ou, mais especificamente, à Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas, a que incumbe remeter à Comissão de Ética Pública Seccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil, por força da integração necessária com a Portaria MF nº 71, de 28/04/14), conforme o caso, desde o mero recebimento de propostas de trabalho, de contrato ou de negócio com possibilidade de aceitação até o efetivo exercício de atividade privada (e esta obrigação de se submeter ao controle preventivo institucional se mantém até o período de seis meses após o fim do exercício do cargo ou do emprego), a fim de que se procedam as análises acerca de impedimento ou não e de consequente direito ou não à remuneração compensatória. Acrescente-se que o mesmo comando legal determina que a projeção de gestão de pessoas informe ao servidor ou empregado e à CGU a possibilidade de aquela atividade praticada ou objeto de proposta configurar conflito de interesses.

*Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 9º Os agentes públicos mencionados no art. 2º desta Lei, inclusive aqueles que se encontram em gozo de licença ou em período de afastamento, deverão:*

*I - enviar à Comissão de Ética Pública ou à Controladoria-Geral da União, conforme o caso, anualmente, declaração com informações sobre situação patrimonial, participações societárias, atividades econômicas ou profissionais e indicação sobre a existência de cônjuge, companheiro ou parente, por consanguinidade ou afinidade, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, no exercício de atividades que possam suscitar conflito de interesses; e*

*II - comunicar por escrito à Comissão de Ética Pública ou à unidade de recursos humanos do órgão ou entidade respectivo, conforme o caso, o exercício de atividade privada ou o recebimento de propostas de trabalho que pretende aceitar, contrato ou negócio no setor privado, ainda que não vedadas pelas normas vigentes, estendendo-se esta obrigação ao período a que se refere o inciso II do art. 6º.*

*Parágrafo único. As unidades de recursos humanos, ao receber a comunicação de exercício de atividade privada ou de recebimento de propostas de trabalho, contrato ou negócio no setor privado, deverão informar ao servidor e à Controladoria-Geral da União as situações que suscitem potencial conflito de interesses entre a atividade pública e a atividade privada do agente.*

Por fim, ainda que pequena relevância para o tema em tela, acrescente-se que as altas autoridades republicanas elencadas nos quatro incisos do art. 2º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, acessoriamente, ainda devem publicar, diariamente na internet, sua agenda de compromissos públicos.

*Lei nº 12.813, de 15/06/13 - Art. 11. Os agentes públicos mencionados nos incisos I a IV do art. 2º deverão, ainda, divulgar, diariamente, por meio da rede mundial de computadores - internet, sua agenda de compromissos públicos.*

#### **4.7.3.18.7 - As Atividades Suscitadoras de Conflito de Interesses na Secretaria da Receita Federal do Brasil**

Complementando a visão ofertada em **4.7.3.18.5** sobre o reflexo das peculiaridades da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil e da Secretaria da Receita

Federal do Brasil no conceito de atividade privada materialmente incompatível no Estatuto, no presente tópico busca-se apresentar a relação entre as especificidades institucionais e orgânicas com a definição de atividade suscitadora de conflito de interesses sob ótica da Lei nº 12.813, de 16/05/13. Isto porque, dentro das peculiaridades da Carreira e até mesmo do órgão como um todo (o que faz atingir qualquer cargo em exercício na instituição), algumas atividades privadas, em função de sua natureza específica, como é o caso da advocacia, da contabilidade, em razão de ensejarem condutas mais gravosas de consultoria ou assessoria - tipicamente ensejadoras de conflito de interesses - e a prática merecem análise mais detalhada.

Neste rumo, conforme já introduzido em **3.4.3.18.6.c**, relembre-se que vigora a Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, que declara aquelas três atividades incompatíveis, nos termos do inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, com os cargos da carreira específica. De se perceber que esta Portaria não cria, não inova, não limita, não altera e não extingue direito, sendo então uma norma meramente declaratória, harmonizada com a tutela preventiva que se extrai do art. 4º da Lei nº 12.813, de 16/05/13.

*Portaria RFB nº 444, de 23/03/15 - Art. 1º Considera-se incompatível com as atribuições dos cargos da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil o exercício das seguintes atividades, sem prejuízo da existência de outras atividades eventualmente incompatíveis:*

*I - advocacia;*

*II - contabilidade;*

*III - prática.*

Eventuais alegações de suposta ilegalidade da Portaria RFB nº 444, de 2015, na inverdade que teria criado nova proibição não prevista em lei, já foram objeto de desconsideração pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por meio do Parecer PGFN/Cojed nº 295/2017:

*Parecer PGFN/Cojed nº 295/2017: “34. Cabe rejeitar, também em caráter preambular a alegação de nulidade da portaria RFB nº 444, de 23 março de 2015, que prevê a incompatibilidade da atividade de prática com as atribuições dos cargos da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil ( na qual o Auditor-Fiscal da RFB está incluso por força do art. 5º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002).*

*35. É certo que não é dado aos atos infralegais inovarem na ordem jurídica estabelecendo direitos e obrigações no mundo jurídico, sob pena de afrontar o art. 5º, II, da CF, que nos remete a ideia de quem ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer, alguma coisa, salvo em razão de lei. Contudo, a portaria em questão não inovou. Não criou a proibição, apenas concretizou princípios constitucionais, entre eles o da moralidade e interesse público, uma vez que a proibição aqui discutida já decorre da própria Constituição.”*

Com a edição da Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, cujo conhecimento presume-se de todo servidor da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (presunção absoluta e inafastável), elimina-se a possibilidade de exercício de advocacia, contabilidade e prática, por AFRFB e por ATRFB, sem consciência de seu caráter ilícito. Não há como se cogitar da prática de alguma daquelas três atividades por aqueles servidores que não seja eivada de dolo, configurando, portanto, improbidade administrativa, nos moldes da Lei nº 12.813, de 16/05/13. Se assim é, se se presume que o servidor da carreira específica tem consciência da ilicitude da atividade e tem vontade de exercê-la (ou seja, se o faz dolosamente), a infração já resta consumada e não há que se cogitar neste caso de comunicarlhe a vigência da norma e de conceder-lhe prazo para cessar a atividade.

No caso de servidores ocupantes de cargos administrativos integrantes do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda - MF (Pecfaz, do Quadro de Servidores do MF, instituído pela Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, para o qual foram transpostos os

cargos do Plano de Classificação de Cargos - PCC, instituído pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970; do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo - PGPE, tais como Analista Técnico-Administrativo, de nível superior, e Assistente Técnico-Administrativo, de nível intermediário, instituído pela Lei nº 11.357, de 19 de outubro de 2006; e demais cargos administrativos daquele Quadro, bem como cargos das Carreiras Previdenciária; da Seguridade Social e Trabalho; do Seguro Social; e da Previdência, Saúde e Trabalho) que pratiquem alguma daquelas três atividades (advocacia, contabilidade ou praticagem), uma vez que a Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, não os vincula, não cabe afirmar a presunção do dolo conforme se afirma para os cargos da carreira específica, pois não se afasta a possibilidade não terem consciência da ilicitude da conduta praticada. Assim, excluindo a advocacia tributária ou previdenciária e a contabilidade, que recaem na hipótese de atividades desde sempre tidas como inquestionavelmente incompatíveis, se chega ao conhecimento da Administração que um servidor ocupante de cargo administrativo do Pefaz em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil exerce advocacia em outros ramos de Direito ou exerce praticagem, soa razoável adotar postura cautelosa que contemple a possibilidade de ausência de conhecimento de todos os elementos do enquadramento associado à ilicitude e dar-lhe ciência da incompatibilidade e conceder-lhe prazo para cessar a conduta ilícita, antes de instaurar o PAD em que se pode cogitar de aplicação de pena de demissão por improbidade administrativa.

Para todos os casos, seja de advocacia, seja de contabilidade, seja de praticagem, independentemente do grau de gravidade, ratifica-se que férias, licenças e outros afastamentos temporários não elidem o caráter ilícito da conduta. Ao contrário, a intenção de se afastar temporariamente, com o fim de promover o interesse privado e posteriormente retornar ao serviço público, pode ser até um reforço na convicção da atitude ímproba.

#### 4.7.3.18.7.a - Advocacia

Especificamente para a advocacia, a atuação de servidor de qualquer cargo em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil - sejam AFRFB e ATRFB, integrantes da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, sejam ocupantes de outros cargos administrativos, integrantes do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda - MF (Pecfaz, do Quadro de Pessoal do MF, já descrito em **4.7.13.8.7**) - em áreas tributária ou previdenciária, por si só, ainda que praticada em horário compatível com a jornada de trabalho, com ou sem remuneração e mesmo em causa própria, configura óbvio conflito de interesses.

Tal imputação advém da mera prática, do simples fazer. Ou seja, esta atividade é conflitante mesmo se conduzida com boa-fé e dentro dos mesmos limites com que qualquer outro advogado particular também atuaria, sem dolosamente agregar vantagens ao cliente em função do cargo, tais como levar para esta atividade privada as técnicas de elisão fiscal ou de evasão fiscal - entendidas como, respectivamente, condutas lícitas ou ilícitas com o fim de evitar, retardar ou modificar a ocorrência de fato gerador de obrigação tributária ou os efeitos dela decorrentes - ou ainda informações sigilosas ou estratégicas acessadas em razão do cargo que beneficiem o particular em detrimento do interesse público ou que lhe propiciem burlar as tutelas e os controles exercidos pela Administração. Isto porque a Lei nº 12.813, de 16/05/13, tutela já desde o mero risco potencial, e tal risco se configura na hipótese em tela, pois sempre é factível que o servidor acabe por levar os conhecimentos e os acessos a dados para empregá-los na empreitada particular.

Com isto, a conduta se enquadra no inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e conseqüentemente, como ato de improbidade administrativa no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com a redação dada pelo art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, punível com pena expulsiva. O fato de haver ou não remuneração não tem o condão de alterar o enquadramento expulsivo (pois, no máximo atuaria apenas na dosimetria, como agravante no

caso positivo, inaplicável para pena capital), sendo a inobservância do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, imputável apenas aos cargos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, absorvida pelo ilícito mais grave da incompatibilidade.

Quando a atividade advocatícia se dá em outras áreas diferentes de tributária ou previdenciária, o conflito de interesses não é tão evidente. Não obstante, tendo em vista a interpretação teleológica com que deve ser lido o inciso III do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, claramente de natureza preventiva, ressalta-se também como incompatível com o exercício de qualquer cargo na Secretaria da Receita Federal do Brasil a prática da advocacia privada em qualquer de suas áreas, ainda que sem remuneração e com compatibilidade de horários e ainda que em causa própria. Sendo este um enquadramento que pune desde o risco em potencial até a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, não se pode olvidar que todos os cargos em tela dispõem (ainda que em diferentes graus) de qualificados acessos a dados e informações econômico-fiscais das pessoas, físicas ou jurídicas. Este acesso poderia, a mero título não exaustivo de exemplos, acarretar uma vantagem indevida a um cliente em uma relação tanto de Direito do Trabalho quanto de Direito de Família, matérias que não guardam nenhuma relação com as atribuições legais do cargo (empregando a favor de uma das partes os dados econômico-fiscais de uma empresa envolvida em ação trabalhista ou do outro litigante em uma ação de separação litigiosa).

Portanto, se com pouco esforço, de imediato, se consegue vislumbrar risco potencial de conflito de interesses em duas outras áreas do Direito diferentes de tributário e previdenciário, é provável que a mesma possibilidade de conflito se estabeleça em outros ramos da advocacia (e, por ser relevante neste ponto, reforce-se o embasamento legal, dos comandos do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, e do art. 3º, I da Lei nº 12.813, de 16/05/13, para que se considere conflituosa a atividade privada que cause o mero risco potencial de colisão de interesses). Daí, é de se aceitar que a regra da atividade de advocacia é de incompatibilidade em relação ao exercício de qualquer cargo na Secretaria da Receita Federal do Brasil, independentemente da área do Direito em que se dá aquela atuação privada (tributária ou previdenciária ou outras áreas), presumidamente remunerada ou mesmo sem remuneração e em qualquer que seja o horário.

Da mesma forma como se defende que o conflito de interesses se refere ao conjunto das atribuições legais e não fracionáveis dos cargos e às competências legais e regimentais institucionais do órgão e não às condicionantes momentâneas do exercício ou localização, também se defende que a prática da advocacia é incompatível independentemente do ramo de Direito, já que esta atividade sempre lida com litígios e com polos que se opõem, e marca-se pelo empenho profissional na defesa de interesses privados perante órgãos públicos (judiciais ou administrativos), seja litigando contra o Estado, seja se contrapondo a interesses de outros particulares.

Ademais, a vedação generalista se reforça com o argumento de que não há previsão legal para se fracionar o múnus inerente ao exercício da advocacia, de forma que, caso se concedesse o exercício apenas em determinada área de Direito *a priori* não conflitante, não se afastaria o risco potencial de a prática posteriormente migrar para uma área conflitante. O exercício da advocacia privada, mediante a aceitação de inscrição de bacharel em Direito aprovado como advogado na respectiva entidade de classe, é uno e indivisível. O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.906, de 04/07/94, na condição de lei que disciplina o exercício da profissão de advocacia, não diferencia ou discrimina áreas de atuação, de forma que o profissional inscrito na entidade pode exercer a advocacia em qualquer ramo do Direito, recebendo, no controle classista privado daquela profissão, autorização intransitiva e não fragmentável. Desta forma, conclui-se que qualquer prática advocatícia afronta a Lei nº 12.813, de 16/05/13. Neste tema, não se cuida de apenas punir gravemente a efetiva afronta cometida pelo servidor; antes disto, se trata de vedar a mera prática do servidor que o possibilite de cometê-la, de potencialmente vir a pôr em conflito o inafastável interesse público com o seu interesse particular.

*Orientação Coger nº 33*

*A prática da advocacia, em qualquer ramo de Direito, e de assessoria contábil são materialmente incompatíveis com o exercício dos cargos da Carreira de Auditoria da Receita Federal.*

É de se acrescentar que o entendimento de vedação acima exposto atinge até mesmo a chamada advocacia *pro bono*, aqui entendida como a prática da advocacia voltada “para o bem”, em tradução literal da expressão latina, conforme a própria entidade classista define, por meio do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no art. 1º do seu Provimento nº 166/2015. Em outras palavras, mesmo a prática de advocacia voluntária, eventual e gratuita em favor de instituições sociais, de seus assistidos ou de qualquer pessoa física desprovidos de recursos para contratar advogado é vedada ao ocupante de qualquer cargo na Secretaria da Receita Federal do Brasil.

*Provimento CF OAB nº 166/2015 - Art. 1º Considera-se advocacia pro bono a prestação gratuita, eventual e voluntária de serviços jurídicos em favor de instituições sociais sem fins econômicos e aos seus assistidos, sempre que os beneficiários não dispuserem de recursos para a contratação de profissional. Parágrafo único. A advocacia pro bono pode ser exercida em favor de pessoas naturais que, igualmente, não dispuserem de recursos para, sem prejuízo do próprio sustento, contratar advogado.*

O entendimento da incompatibilidade (como espécie do gênero de conflito de interesses) da advocacia, em qualquer ramo do Direito, por parte de servidor de qualquer cargo em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil, decorre da aplicação do conceito estabelecido em **4.7.3.18.6.b** de que figura como conflituosa a atividade privada cuja prática ou exercício é ou, potencialmente, pode ser beneficiada, no momento de sua execução ou feita, em razão de o executante possuir a qualidade especial de ser servidor e, aqui em especial, de poder agregar àquela lide dados reveladores de sigilo fiscal de terceiros a que pode acessar em razão do cargo.

Ressalve-se que esta convicção em nada contradiz o entendimento externado desde **4.7.3.18.2**, de que a aferição de eventual incompatibilidade material de uma atividade não passa pela mera possibilidade, propiciada pelo cargo público, de individualizar a cobrança de contraprestação proporcionalmente ao menor ou maior estado de riqueza do particular contratante, desvendado pelo acesso imotivado aos sistemas informatizados.

No caso aqui em comento, as informações privilegiadas acessadas pelo servidor, sem o devido interesse público, são ou, potencialmente, podem ser utilizadas na execução em si da atividade da advocacia privada, diferentemente do que se exemplificou a favor do servidor que atua em veterinária, odontologia, engenharia, psicologia, medicina, jornalismo (figurativamente mencionadas em **4.8.3.18.3**), etc, pois estas profissões liberais, em seu momento de execução, são praticadas sem a utilização daquelas informações, que são ou podem ser acessadas não como pré-requisito essencial da atividade, mas sim para o efeito destacado - antes ou depois - de poder estabelecer um critério de cobrança do serviço prestado. No extenso ramo das profissões liberais, a advocacia privada, mesmo em áreas do Direito distintas do múnus público, é uma atividade com contornos diferenciados e específicos em comparação às demais, pois, sendo o Direito uma atividade que comumente comporta litígios, a posse de dados reveladores da riqueza do polo oponente se demonstra potencialmente relevante para a prática da atividade em si e não apenas como um possível elemento individualizador de cobrança. Na advocacia privada, em qualquer ramo, o possível acesso àquelas informações integra o critério de aferição (como um interesse colidente situado na área de atuação do cargo) e, portanto, conduz à incompatibilidade da atividade, ao contrário do que ocorre naquelas outras profissões liberais em geral, em que o mesmo possível acesso aos dados fiscais cumpre diferente objetivo e pode configurar afronta a outro dispositivo legal em razão de se atingir um distinto bem jurídico tutelado.

Uma vez que o servidor que exerce a advocacia poderia, no afã de obter o

convencimento do julgador e uma decisão favorável ao seu constituinte, se sentir atraído, seduzido e tentado a acessar dados sigilosos que pudessem favorecer seu cliente na lide, busca-se, com o enquadramento de tal atividade como incompatível, coibir desde já um mero risco potencial, em sintonia com a vontade do legislador, também claramente exposta na Lei nº 12.813, de 16/05/13.

Ademais, para o outro litigante, o fato de o advogado da parte contrária ser um servidor em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil traz uma insegurança em relação a eventual uso de dados ou informações a que ele pode ter acesso em razão de seu *múnus público*, o que acaba por ferir a moralidade e a imagem do órgão perante a sociedade e põe em xeque o interesse público.

E, por fim, no último degrau da conduta, se, ao advogar sobre matéria tributária ou previdenciária, com ou sem remuneração e independentemente do horário, ainda por cima o servidor de qualquer cargo em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil dolosamente disponibiliza ao particular técnicas de elisão fiscal ou de evasão fiscal ou ainda informações sigilosas ou estratégicas acessadas em razão do cargo que o beneficiem em detrimento do interesse público ou que lhe propiciem burlar as tutelas e os controles exercidos pela Administração, sempre se teve cristalino que tal conduta configura improbidade administrativa, mesmo antes da evolução normativa no tema de conflito de interesses, atingida com a edição da Lei nº 12.813, de 16/05/13. Pode-se cogitar de enquadramento como ato de improbidade administrativa, na figura de prestação de consultoria ou assessoria jurídico-tributária (conforme o art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a título da definição que se pode extrair do art. 9º, VIII ou do art. 11, III ou *caput*, da Lei nº 8.429, de 02/06/92, conforme a peculiaridade de cada caso), ou ainda, estando presente a mácula em especial do instituto do conflito de interesses, pode-se também enquadrar como improbidade administrativa, no *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, por força do art. 12 da Lei nº 12.813, de 16/05/13, em todos estes casos cabendo a punição com pena expulsiva. Igualmente às hipóteses anteriores, a existência de remuneração, por si só, não altera o enquadramento e a inobservância da Lei nº 11.890, de 24/12/08, é absorvida pelo ilícito mais grave.

Não por acaso, todas as construções formuladas no presente tópico culminaram em idênticas conclusões para servidores ocupantes de cargos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil e para servidores ocupantes de cargos administrativos do Pecfaz em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil. A única diferença reside no arcabouço de embasamento de tais convicções.

De um lado, para os servidores da carreira específica, há o comando normativo expresso e vinculante da Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, que impõe de forma imponderável a caracterização de que advocacia praticada por AFRFB e por ATRFB suscita conflito de interesses.

De outro lado, para os servidores de cargos administrativos do Pecfaz, que também possuem algum grau de acesso a informações sigilosas (embora seus cargos acessem informações fiscais mais restritas que AFRFB e ATRFB) e cujas atribuições legais são genéricas de apoio e ligadas mais fortemente às competências legais e regimentais do órgão em que o servidor é lotado, para se atestar a existência de conflito de interesses entre o exercício do *múnus público* e a prática da advocacia privada, faz-se necessário retomar o exame das competências institucionais, já listadas em **4.7.3.18.5**. Não obstante, não resta dúvida que pouca eficácia teria a definição de incompatibilidade e de conflito de interesses se se restringisse sua aplicação apenas aos cargos pertencentes à Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil e se deixasse os cargos administrativos à margem da vedação, pois permaneceriam os efeitos nocivos a que se visa evitar e coibir, como a possibilidade de acesso a informações sigilosas e de prejuízos à imagem do órgão perante a sociedade.

Outra diferença de que se pode cogitar no tratamento dispensado a servidores da carreira específica e a servidores de cargos administrativos reporta-se ao que se aduziu em

**4.7.3.18.6.c** e em **4.7.3.18.7**, especificamente no caso de servidores ocupantes de cargo administrativo integrante do Pecfaz, uma vez que a Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, não os vincula, é viável se cogitar de a prática da atividade se dar sem a plena consciência de sua ilicitude, sobretudo em ramos do Direito diferentes do tributário e previdenciário, desde sempre tidas como inquestionavelmente incompatíveis. Assim, soa razoável adotar postura cautelosa que contemple a possibilidade de ausência de conhecimento de todos os elementos do enquadramento associado à ilicitude e dar-lhe ciência da incompatibilidade e conceder-lhe prazo para cessar a conduta ilícita, antes de instaurar o PAD em que se pode cogitar de aplicação de pena de demissão por improbidade administrativa. Também como diferencial, para estes servidores, estranhos à Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (TARFB), não se cogita de descumprimento da vedação de exercício de atividades privadas, imposta pela Lei nº 11.890, de 24/12/08, pois esta Lei não os vincula.

Concluindo então o tema sob ótica disciplinar, a leitura conjunta do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, e do art. 5º, III da Lei nº 12.813, de 16/05/13, estabelece que a prática advocatícia por parte de servidores ocupantes de qualquer cargo em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil, em qualquer área do Direito e ainda que em causa própria, com ou sem remuneração e mesmo que em horário condizente com a jornada de trabalho, suscita conflito de interesses e sujeita o agente à responsabilização disciplinar mediante PAD.

A questão do conflito de interesses da prática da advocacia por servidor de qualquer cargo na Secretaria da Receita Federal do Brasil pode ainda suscitar uma outra repercussão. Ora, se aqui se afirma que a atividade é conflitante com as atribuições legais dos cargos e com as competências legais e regimentais do órgão, uma questão a ser enfrentada é se o servidor não a exerce de forma direta e pessoal, mas participa, como sócio acionista, cotista ou comanditário, sem ocupar formalmente posição de mando (sem ser administrador ou gerente), de sociedade cuja atividade é a consultoria ou a assessoria jurídica privada em qualquer área de Direito.

Embora se destaque que a hipótese ora exposta difere da simples aplicação imediata da vedação demissiva estabelecida no art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, vez que aqui não se analisa o caso de servidor gerenciar ou administrar a sociedade, aplica-se parte da explanação já exposta sobre o tema quando se abordou a questão da participação societária em **4.7.3.10.1** e se reproduz o que ora interessa.

Conforme afirmado quando se abordou o art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, o clareamento da questão em tela passa pela análise sistemática do ordenamento (com este termo compreendido em seu sentido mais abrangente, incluindo a rica base principiológica ao lado das normas positivadas), indo além da estrita legalidade. É de se compreender que o ordenamento não poderia comportar a lacuna de, de um lado, prever a demissão de servidor que comprovadamente administre ou gerencie uma sociedade em uma atividade qualquer e distante de seu *múnus público* e, por outro lado, não prever vedação e sanção para o servidor que participa de sociedade cujo objeto social seja frontalmente incompatível com suas atribuições públicas (e, mais destacadamente, quando se verifica que o administrador ou gerente da sociedade ou seu sócio majoritário é alguém de próxima relação com o servidor).

Ora, em tal situação hipotética específica, é de se clamar novamente pelo entendimento de que aqui não se trata de proteção e sanção legais à afronta concretizada sobre um bem jurídico relevantemente tutelado (qual seja, a incolumidade do interesse público e a sua não contaminação por interesses particulares), mas sim de proteção já desde o simples risco potencial de tal afronta. Neste ponto, o ordenamento (ao amparo cristalino dos comandos do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, e do art. 3º, I da Lei nº 12.813, de 16/05/13), em sua visão mais abrangente, não sanciona apenas a efetiva atuação do servidor sócio de sociedade de consultoria ou de assessoria jurídico-tributária, em atos que se demonstrem concretamente conflitantes com seu cargo, mas sanciona, além e antes daquela

atuação, o mero risco a que se expõe o interesse público somente de se ter um agente público inserido no quadro societário, mesmo não possuindo parcela majoritária (e mesmo sem formalmente figurar em posição de mando, na forma da administração ou da gerência), de uma sociedade cuja busca do lucro - e, em consequência, sua distribuição entre sócios - advém daquela atividade privada desde sempre incompatível com o cargo ocupado. Não se trata de apenas punir gravemente a efetiva afronta cometida pelo servidor; antes disto, se trata de vedar, desde a mediana punição, o mero posicionamento do servidor que o possibilite de cometê-la, de potencialmente vir a pôr em conflito o inafastável interesse público com o seu interesse particular.

Portanto, por um lado, em princípio, a participação como sócio acionista, cotista ou comanditário em sociedade privada é facultada ao servidor ocupante de cargo em exercício no Fisco, sofrendo apenas a respectiva administração ou gerência (qualquer que seja a área de atuação da sociedade) o enquadramento demissível na leitura direta e literal do art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Por outro lado, a participação do servidor como sócio especificamente de sociedade de consultoria ou de assessoria jurídico-tributária (atividade que é incompatível com o cargo), tem enquadramento, no mínimo, no art. 117, XVIII da mesma Lei (punido com suspensão) em decorrência direta, pura e tão somente, da mera participação em si, ainda que nela não se comprove nenhum ato de má-fé com o fim de angariar benefício nesta atividade privada. Ou ainda, na hipótese mais extremada, conforme se melhor aduzirá em 4.7.4.4.5 (e a cuja leitura se remete), tendo se comprovado qualquer atuação dolosa, por parte do servidor, de repasse ou de disponibilização de técnicas de elisão fiscal ou de evasão fiscal ou ainda de informações sigilosas ou estratégicas que beneficiem aquela sociedade privada em detrimento do interesse público ou que propiciem à sociedade burlar as tutelas e os controles exercidos pela Administração, a participação societária ultrapassa a mera incompatibilidade e atinge o grau de repulsa de ato de improbidade administrativa, merecendo enquadramento demissível, por leitura sistemática, no art. 132, IV daquela Lei, podendo ser combinado com a leitura extraída do art. 9º, VIII ou do art. 11, III ou *caput*, da Lei nº 8.429, de 02/06/92, conforme for peculiaridade de cada caso.

Ora, se uma determinada atividade, quando desempenhada individualmente pelo servidor, acarretaria enquadramento no art. 117, XVIII ou no art. 132, IV, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (cabendo em um ou no outro enquadramento em função do grau de gravidade da incompatibilidade com o múnus público), é de se defender que a mesma atividade, realizada pelo servidor, como sócio de uma sociedade cujo objeto social seja aquelas mesmas atividades incompatíveis, desde que atendidas certas condicionantes, também reflita disciplinarmente de igual forma.

*“De outro lado, a participação em sociedade pode ser interpretada como exercício de atividade, e, portanto, se esta sociedade exerce atividades incompatíveis com o cargo do servidor, configurada está o ilícito em comento. Neste ponto, relembre-se que o simples fato de constar dos quadros sociais não configura a hipótese prevista no art. 117, inciso X, devendo-se comprovar o exercício da gerência ou administração da sociedade. Não obstante, constar simplesmente como sócio ou acionista, sem exercer a gerência ou administração, pode configurar a proibição do art. 117, inciso XVIII, desde que a sociedade exerça atividades incompatíveis com o cargo do servidor.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 302 e 303, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Ainda acerca deste tema, ressalve-se que não se justifica cogitar de repercussão disciplinar em decorrência de participação societária que tão somente represente um investimento ou uma aplicação financeira por parte do servidor, em que não se verifique nenhuma intenção ou sequer possibilidade de este efetivamente atuar e influir na persecução dos objetivos da sociedade, seja à vista de seu percentual de participação no capital social,

seja à vista de sua representatividade pessoal dentre os demais sócios. Neste rumo, convém reportar ao que já foi aduzido detalhadamente em **4.7.3.10.1**, a cuja leitura se remete.

Acrescente-se ainda, sob amparo do que já se aduziu em **3.2.5**, que as duas repercussões disciplinares de que aqui se cogita não seriam afastadas na hipótese de o servidor se encontrar em licença para tratar de interesses particulares, visto que, não se tratando de enquadramento no art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, aqui não caberia a aplicação do inciso II do parágrafo único do citado artigo.

Compreenda-se a consideração de que a advocacia é conflitante com o exercício de qualquer cargo na Secretaria da Receita Federal do Brasil advém tão somente das próprias construções internas ao órgão ou de manifestações concretas externadas pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU). Não se confunda que as convicções aqui expostas possam ter qualquer grau de dependência com o regramento estabelecido pela Lei nº 8.906, de 04/07/94, que é o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, e mais destacadamente com seus arts. 27, 28 e 30, que positivam as hipóteses de incompatibilidade e de impedimento para o exercício da advocacia.

*Lei nº 8.906, de 04/07/94 - Estatuto da OAB - Art. 4º*

*Parágrafo único. São também nulos os atos praticados por advogado impedido - no âmbito do impedimento - suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia.*

*Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:*

*V - não exercer atividade incompatível com a advocacia;*

*Art. 11. Cancela-se a inscrição do profissional que:*

*IV - passar a exercer, em caráter definitivo, atividade incompatível com a advocacia;*

*Art. 27. A incompatibilidade determina a proibição total, e o impedimento, a proibição parcial do exercício da advocacia.*

*Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:*

*III - ocupantes de cargos ou funções de direção em órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público;*

*VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais;*

*§ 1º A incompatibilidade permanece mesmo que o ocupante do cargo ou função deixe de exercê-lo temporariamente.*

*Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:*

*I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora;*

As leis que regem a atividade funcional dos servidores tutelam, dentre inúmeros outros valores, a preservação da moralidade *interna corporis* à Administração, estabelecem condições para o regular desempenho das atribuições públicas por parte de seus agentes e prevê sanções na hipótese de descumprimento de seus comandos. Já a Lei nº 8.906, de 04/07/94, por sua vez, disciplina o exercício da profissão de advocacia e, dentre diversos regramentos, estabelece condições para que um bacharel em Direito seja aprovado em exame específico e inscrito como advogado naquela entidade classista para que, por fim, possa exercer a atividade profissional.

Portanto, por óbvio, as leis voltadas à Administração e a seus servidores (Leis nº 8.112, de 11/12/90, Lei nº 11.890, de 24/12/08, e Lei nº 12.813, de 16/05/13) tão somente visam a tutelar, no tema em apreço, as condições para que um agente possa se manter regularmente na condição de servidor. Aquelas leis não impõem pré-requisito para que a entidade de classe aceite ou rejeite o pedido de inscrição de bacharel em Direito ou mantenha ou cancele a inscrição como advogado. De outro lado, tampouco a Lei nº 8.906, de 04/07/94,

vincula condições ou possibilidades para que a Administração tenha como lícita ou ilícita a conduta funcional de seus agentes públicos, nem mesmo na hipótese de estes vierem a exercer a advocacia em suas vidas privadas.

Não há que se cogitar aqui de conflito de normas (entre o art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90; o *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08; e o art. 5º, III da Lei nº 12.813, de 16/05/13, em face dos arts. 28, VII e 30, I da Lei nº 8.906, de 04/07/94). Embora todos estes comandos legais possam se dirigir uma mesma pessoa por um mesmo fato, cuidam de diferentes tutelas. As três primeiras Leis refletem uma proibição estatutária na relação laboral do servidor perante a Administração; a última Lei reflete um comprometimento de um associado diante de sua entidade de classe. Não há preponderância, absorção e muito menos revogação tácita de uma pela outra, mas sim apenas incidências independentes e superposição de efeitos.

Verifica-se que o instituto da incompatibilidade insere-se na Lei nº 8.906, de 04/07/94, no parágrafo único do art. 4º, no inciso V de seu art. 8º e no inciso IV do art. 11, com os fins de estabelecer requisito para inscrição de um bacharel em Direito na OAB, de atestar a validade dos atos praticados pelo advogado e ainda de cogitar de cancelar sua inscrição e é sob esta ótica sistemática que deve ser compreendido o subsequente art. 28 da mesma Lei: a definição do que é ou não incompatível se dá com as finalidades exclusivas de condicionar a possibilidade de inscrição na entidade de classe e de manter tal inscrição. O Estatuto da OAB, de início, sequer permite a inscrição de bacharel em Direito que atua em outra atividade que é tida como incompatível com a advocacia e cancela a inscrição daquele advogado que passa a praticar o mesmo tipo de atividade, bem como declara nulos seus atos a partir de então. O mesmo objetivo se extrai do inciso I do art. 30, que define impedimento para o exercício da advocacia. Os dispositivos em comento se limitam a comandos de controle do exercício da profissão regulamentada pela Lei nº 8.906, de 04/07/94.

Sendo completamente distintas as tutelas estabelecidas no art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, no *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, e no art. 5º, III da Lei nº 12.813, de 16/05/13, em comparação com o art. 28, VII e com o art. 30, I, ambos da Lei nº 8.906, de 04/07/94, é hialino que a forma e o fim com que esta última Lei trata da incompatibilidade (e também do impedimento) não se refletem, não interferem e não atuam na forma e no fim como aquelas três primeiras Leis empregam os institutos da incompatibilidade e do conflito de interesses para balizar críticas à atuação funcional de servidor.

*STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 26.851: “Ementa: 2. O rol contido na Lei nº 8.906/94, ainda que taxativo, é dirigido aos advogados, inexistindo óbice a que outras normas, destinadas aos servidores públicos, estabeleçam restrições ou vedações ao exercício da função pública quando concomitante com a advocacia, em obséquio aos princípios que regem a Administração Pública insertos no artigo 37, caput, da Constituição Federal, notadamente os da moralidade e da eficiência.”*

Tanto é verdade que são distintas as tutelas que, de um lado, o simples fato, por si só, de o servidor de qualquer cargo em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil inscrito como bacharel em Direito porventura ter inscrição como advogado na OAB não configura ilicitude, se este não exerce a atividade; bem como, de outro lado, se este servidor efetivamente exercer a advocacia, o fato de a OAB porventura ter lhe concedido a inscrição não afasta a ilicitude estatutária e tampouco inibe o poder-dever que recai sobre a Administração de instaurar o PAD e, se for o caso, punir o infrator.

Se, de um lado, a Administração não se concede nenhum direito de interferir nos critérios de aprovação de bacharéis em Direito e de inscrição de advogados na OAB e nem mesmo de solicitar ou exigir que seus agentes porventura inscritos cancelem ou suspendam sua inscrição, de outro lado, exclusivamente ao órgão incumbe disciplinar as condições de

regular exercício dos cargos públicos.

Na mesma linha, acrescente-se - em argumentação *ad absurdo* e apenas por ficção e licença argumentativa - que se a entidade classista viesse a entender que um filiado seu que também ocupasse cargo no Fisco pudesse livremente exercer a assessoria jurídico-tributária, se teria de admitir que caberia à Administração apenas acolher esse absurdo (e ora hipotético) entendimento da entidade regida pela Lei nº 8.906, de 04/07/94. Equivaleria a cogitar de que um agente público porventura inscrito na entidade classista para advogar e que, nesta atividade, viesse a cometer atos estatutariamente não toleráveis, e restaria a Administração impedida de processá-lo e de puni-lo se de forma diferente o Estatuto classista dispusesse para a relação laboral de seu foco privado.

Ou ainda, como se verá adiante: se se acreditasse que o regramento de natureza disciplinar se condicionasse à existência e aos regramentos de leis específicas regulamentadoras de atividades privadas, forçoso - e absurdo - seria reconhecer que a assessoria contábil contaria com uma vestal autorização oficial aos agentes do Fisco, visto que a respectiva entidade de classe nem sequer possui, em seu regramento próprio (a saber no Decreto-Lei nº 9.295, de 27/05/46), qualquer vedação para os profissionais das Ciências Contábeis face ao Fisco.

A Lei nº 8.112, de 11/12/90, em particular, e as demais leis que tenham vindo a integrar o ordenamento no que tange à disciplina interna e ao sancionamento de agentes públicos (de que a Lei nº 12.813, de 16/05/13, é exemplo), ao regularem a atuação funcional dos agentes públicos e ao estabelecerem uma relação laboral destes para com a Administração sempre calcada no impessoal interesse público, jamais se condicionaram e tampouco se condicionam às normas de regência das atividades privadas. As linhas de aplicação não se confundem, até porque é de se reiterar que os bens jurídicos que se tutelam são muito distintos.

Não obstante tudo acima exposto, apenas para se esgotar o assunto e a mero título de informação, sem em nada interferir na questão funcional, aproveite-se para expor o posicionamento da OAB quanto à prática de advocacia por agentes públicos.

Independentemente e além da legislação funcional, o Estatuto da OAB veda de forma absoluta o exercício da advocacia para quaisquer agentes públicos ocupantes de cargos ou funções de direção em qualquer órgão da Administração e, mais especificamente, para os agentes públicos com atribuição legal de efetuar lançamento, arrecadação ou fiscalização tributária. Sob a exclusiva ótica da entidade de classe, o pedido de inscrição como advogado por qualquer bacharel em Direito que se enquadre naquelas vedações é de ser negado. Portanto, aqui está se mencionando uma outra vedação, que não é da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e que também não é das Leis nº 11.890, de 24/12/08, e nº 12.813, de 16/05/13, mas sim da Lei nº 8.906, de 04/07/94, no inciso V de seu art. 8º, no inciso IV do seu art. 11 e no inciso VII do seu art. 28. Para a entidade de classe, a proibição é absoluta (incompatibilidade); ou seja, para a entidade de classe, nenhum agente fiscal pode exercer advocacia, ainda que em causa própria.

Para o foco dos interesses da entidade que regula o exercício da advocacia, é inquestionável que esta vedação absoluta da legislação classista atinge frontalmente os ocupantes de cargo de AFRFB. Mas, quanto aos ocupantes de cargo de ATRFB, a análise apenas sob a ótica do Estatuto da OAB deve ser mais cuidadosa. Neste caso, é plausível a dúvida se seria aplicável tão somente a proibição parcial do exercício da advocacia (impedimento), vedando estes servidores apenas de atuarem contra a Fazenda Pública que os remunera, prevista no art. 30, I do Estatuto da OAB.

Conforme já visto em **4.7.3.18.5**, a base legal das atribuições de ambos os cargos repousa no art. 6º da Lei nº 10.593, de 06/12/02, e, infralegalmente, em grau de regulamentação, nos arts. 2º a 5º do Decreto nº 6.641, de 11/11/08. Da leitura destas normas,

extrai-se que, enquanto o cargo de AFRFB tem suas atribuições legais enumeradas no art. 6º, I e II da Lei nº 10.593, de 06/12/02, o cargo de ATRFB tem parte de suas atribuições legais associada às atividades de fiscalização, atuando como auxiliar do AFRFB e tem outra parte de suas atribuições legais concorrente em atividades de arrecadação, por exemplo, conforme o art. 6º, § 2º, I e III, respectivamente, da mesma Lei. Portanto, para a ótica da OAB, indistintamente, também recai sobre o ocupante do cargo de ATRFB a vedação imposta pelo Estatuto da OAB, com base na redação atual do art. 6º, § 2º da Lei nº 10.593, de 06/12/02, combinado com os arts. 2º a 5º do Decreto nº 6.641, de 11/11/08. A extensão da vedação de advogar ao ATRFB já foi esposada pela própria OAB, por meio de seu Conselho Federal.

*“Processo: Ementa 006/2004/PCA. Técnico da Receita Federal. Incompatibilidade. A função de auxiliar o Auditor-Fiscal da Receita Federal, no desempenho de competência que consiste no lançamento e fiscalização de tributos federais, faz com que se estenda ao Técnico da Receita Federal a incompatibilidade prevista no art. 28, inciso VII, do EOAB. Recurso a que se nega provimento. Decisão unânime. (Recurso nº 0277/2003/PCA-PR. Julgamento: 08.12.2003, por maioria, DJ, 20.04.2004, pg. 497, S1)”*  
*Idem: Ementa 053/2001/PCA*

Na mesma linha é o Parecer PGFN/CJU nº 2.288/2002, ao responder consulta acerca da possibilidade de ocupante de cargo de ATRFB advogar, assim ementado:

*Parecer PGFN/CJU nº 2.288/2002: “Ementa: Técnico da Receita Federal. Consulta sobre possibilidade legal de exercício da advocacia. Incompatibilidade, mesmo em causa própria.”*

E cite-se ainda manifestação posterior da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em seu Parecer PGFN/CJU/CED nº 1.752/2007.

*Parecer PGFN/CJU/CED nº 1.752/2007: “37. Ante o exposto, é a manifestação no sentido de: a) reconhecer a incompatibilidade do exercício da advocacia por Auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil, ou quaisquer servidores públicos encarregados de efetuar atos de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais, ainda que no gozo de licença, inclusive incentivada;”*

Acrescente-se, por expressa previsão do Estatuto da OAB, no § 1º do seu art. 28, que a incompatibilidade, também para os controles laborais a cargo da entidade, se preserva mesmo estando o servidor temporariamente afastado do cargo, por férias, licenças e demais afastamentos.

Ressalve-se que, sob ótica da legislação classista, para os servidores ocupantes de cargos administrativos do Pefaz na Secretaria da Receita Federal do Brasil, o Estatuto da OAB não impõe a vedação absoluta (incompatibilidade) do exercício da advocacia prevista no inciso VII do art. 28, pois estes agentes, diferentemente de AFRFB e de ATRFB, não possuem atribuições legais de efetuar lançamento, arrecadação ou fiscalização. Todavia, mesmo para estes servidores, a OAB impõe a vedação parcial do exercício da advocacia contra a Fazenda Pública, prevista no art. 30, I do mesmo Diploma.

Concluindo então o tema sob o foco classista, além das independentes repercussões disciplinares, cabem representações à OAB em razão de se ter conhecimento de exercício ilegal da advocacia (seja por incompatibilidade, como AFRFB e ATRFB exercendo qualquer ramo da profissão, seja por impedimento, como ocupantes de cargos administrativos do Pefaz advogando contra a Fazenda).

Ainda no tema associado à prática da advocacia, é de se abordar a questão do estágio. A Lei nº 11.788, de 25/09/08, em seus arts. 1º e 2º, definiu que estágio é ato educativo escolar supervisionado, fazendo parte do projeto pedagógico do curso e podendo ser obrigatório ou não (sendo obrigatório aquele definido como tal no projeto do curso e cuja carga horária é requisito para aprovação e obtenção do diploma). Ou seja, a Lei reconhece o estágio como

uma atividade de natureza pedagógico-educacional e de formação prática do estudante de Direito, e não como uma espécie peculiar de relação de trabalho de menor grau de exigências, formalidades e remuneração.

Nesta linha adotada pelo diploma legal, já se tinha que o Conselho Nacional de Educação, órgão colegiado e vinculado ao Ministério da Educação, por meio de sua Resolução CNE/CES nº 9, de 01/10/04, em seus arts. 5º e 7º, determinou que os cursos de graduação em Direito devem contemplar o estágio curricular supervisionado como um componente obrigatório de suas grades e a ser realizado em núcleo de prática jurídica na instituição de ensino superior ou ainda em serviços de assistência judiciária na própria instituição ou em órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública ou ainda em departamentos jurídicos oficiais.

No mesmo rumo, também o Estatuto da OAB trata da inscrição de estudante de curso jurídico ou de bacharel em Direito como estagiário, permitindo que, nos dois anos do chamado estágio profissional, pratique atos de advocacia, desde que em conjunto com advogado e sob sua responsabilidade. Todavia, a mesma Lei, no inciso I do seu art. 9º, veda a inscrição como estagiário para aquele que não atende a condição estabelecida no inciso V do seu art. 8º, qual seja, de praticar atividade incompatível com a advocacia. Portanto, os servidores ocupantes de cargos de AFRFB e de ATRFB não podem se inscrever na OAB sequer na condição de estagiários, conforme reforça o § 3º do aludido art. 9º, restando a estes servidores apenas a possibilidade de estagiarem na própria instituição de ensino superior ou ainda em entidades que porventura aceitem estagiários sem exigir inscrição na OAB.

*Lei nº 8.906, de 04/07/94 - Art. 3º*

*§ 2º O estagiário de advocacia, regularmente inscrito, pode praticar os atos previstos no art. 1º, na forma do regimento geral, em conjunto com advogado e sob responsabilidade deste.*

*Art. 9º Para inscrição como estagiário é necessário:*

*I - preencher os requisitos mencionados nos incisos I, III, V, VI e VII do art. 8º;*

*II - ter sido admitido em estágio profissional de advocacia.*

*§ 1º O estágio profissional de advocacia, com duração de dois anos, realizado nos últimos anos do curso jurídico, pode ser mantido pelas respectivas instituições de ensino superior, pelos Conselhos da OAB, ou por setores, órgãos jurídicos e escritórios de advocacia credenciados pela OAB, sendo obrigatório o estudo deste Estatuto e do Código de Ética e Disciplina.*

*§ 3º O aluno de curso jurídico que exerça atividade incompatível com a advocacia pode frequentar o estágio ministrado pela respectiva instituição de ensino superior, para fins de aprendizagem, vedada a inscrição na OAB.*

Como exemplos de entidades em que é possível a atuação como estagiário sem tal inscrição na OAB, citem-se fundações estabelecidas para assistência jurídica gratuita a pessoas de baixa renda e que permitem a prática jurídica a estudantes e a recém-formados, podendo então os impedidos trabalhar como assistentes, sem assinar documentos, a fim de receberem os certificados comprobatórios do tempo de experiência. Sob outra ótica distinta dos objetivos deste texto, tal possibilidade é interessante sobretudo para ocupantes de cargo de ATRFB, uma vez que a investidura em cargos da área jurídica requer a comprovação de determinado tempo de prática jurídica e o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público têm entendido que apenas o exercício das atribuições do cargo de AFRFB satisfaz os requisitos para ser considerada uma atividade jurídica.

Já para os servidores ocupantes de cargos administrativos do Pefaz na Secretaria da Receita Federal do Brasil, o estágio é permitido, inclusive com a inscrição como estagiário na OAB, desde que seja realizado dentro dos balizamentos da mencionada Resolução CNE/CES e da Lei nº 8.906, de 04/07/94 (quais sejam, feito em órgãos públicos ou em núcleos de prática jurídica das instituições superiores de ensino em Direito, ainda que privadas).

Por óbvio, a vedação à prática de advocacia, para ocupante de qualquer cargo, se

projeta igualmente sobre a prática de estágio em Direito em escritórios privados de advocacia, pois ali a atividade mais se aproxima de uma relação profissional com menor grau de formalidades (diferentemente do estágio curricular) e se patrocinam interesses privados de clientes.

#### 4.7.3.18.7.b - Atividade Contábil

De forma muito análoga ao que acima se aduziu para a advocacia, também a atuação de servidor de qualquer cargo em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil - sejam AFRFB e ATRFB, integrantes da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, sejam ocupantes de outros cargos administrativos, integrantes do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda - MF (Pecfaz, do Quadro de Pessoal do MF, já descrito em **4.7.13.8.7**) - na atividade contábil, por si só, ainda que praticada em horário compatível com a jornada de trabalho e com ou sem remuneração, configura óbvio conflito de interesses.

Tal imputação advém da mera prática, do simples fazer. Ou seja, esta atividade é conflitante mesmo se conduzida com boa-fé e dentro dos mesmos limites com que qualquer outro contador particular também atuaria, sem dolosamente agregar vantagens ao cliente em função do cargo, tais como levar para esta atividade privada as técnicas de elisão fiscal ou de evasão fiscal - entendidas como, respectivamente, condutas lícitas ou ilícitas com o fim de evitar, retardar ou modificar a ocorrência de fato gerador de obrigação tributária ou os efeitos dela decorrentes - ou ainda informações sigilosas ou estratégicas acessadas em razão do cargo que beneficiem o particular em detrimento do interesse público ou que lhe propiciem burlar as tutelas e os controles exercidos pela Administração. Isto porque a Lei nº 12.813, de 16/05/13, tutela já desde o mero risco potencial, e tal risco se configura na hipótese em tela, pois sempre é factível que o servidor acabe por levar os conhecimentos e os acessos a dados para empregá-los na empreitada particular.

Com isto, a conduta se enquadra no inciso IV do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e conseqüentemente, como ato de improbidade administrativa no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com a redação dada pelo art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, punível com pena expulsiva. O fato de haver ou não remuneração não tem o condão de alterar o enquadramento expulsivo (pois, no máximo atuaria apenas na dosimetria, como agravante no caso positivo, inaplicável para pena capital) e a inobservância da Lei nº 11.890, de 24/12/08, imputável apenas aos cargos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, é absorvida pelo ilícito mais grave da incompatibilidade.

O conflito de interesses se refere ao conjunto das atribuições legais e não fracionáveis dos cargos e às competências legais e regimentais institucionais do órgão e não às condicionantes momentâneas do exercício ou localização. Neste tema, não se cuida de apenas punir gravemente a efetiva afronta cometida pelo servidor; antes disto, se trata de vedar a mera prática do servidor que o possibilite de cometê-la, de potencialmente vir a pôr em conflito o inafastável interesse público com o seu interesse particular.

#### *Orientação Coger nº 33*

*A prática da advocacia, em qualquer ramo de Direito, e de assessoria contábil são materialmente incompatíveis com o exercício dos cargos da Carreira de Auditoria da Receita Federal.*

O entendimento da incompatibilidade (como espécie do gênero de conflito de interesses) da atividade contábil, por parte de servidor de qualquer cargo em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil, decorre da aplicação do conceito estabelecido em **4.7.3.18.6.b** de que figura como conflituosa a atividade privada cuja prática ou exercício é ou, potencialmente, pode ser beneficiada, no momento de sua execução ou feitura, em razão de o executante possuir a qualidade especial de ser servidor e, aqui em especial, de poder agregar àquela empreitada os conhecimentos sobre a forma estratégica de o Fisco agir, sobre seus

parâmetros de programação e suas metas e sobre eventuais lacunas normativas que possui em razão do cargo.

Ressalve-se que esta convicção em nada contradiz o entendimento externado desde **4.7.3.18.2**, de que a aferição de eventual incompatibilidade material de uma atividade não passa pela mera possibilidade, propiciada pelo cargo público, de individualizar a cobrança de contraprestação proporcionalmente ao menor ou maior estado de riqueza do particular contratante, desvendado pelo acesso imotivado aos sistemas informatizados.

No caso aqui em comento, os conhecimentos estratégicos e as informações privilegiadas disponíveis ao servidor, sem o devido interesse público, são ou, potencialmente, podem ser utilizadas na execução em si da atividade contábil, diferentemente do que se exemplificou a favor do servidor que atua em veterinária, odontologia, engenharia, psicologia, medicina, jornalismo (figurativamente mencionadas em **4.8.3.18.3**), etc, pois estas atividades, em seu momento de execução, são praticadas sem a utilização daqueles conhecimentos ou informações, que são ou podem ser empregados não como pré-requisito essencial da prática, mas sim para o efeito destacado - antes ou depois - de poder estabelecer um critério de cobrança do serviço prestado. No extenso ramo das profissões liberais, a contabilidade é uma atividade com contornos diferenciados e específicos em comparação às demais, pois, sendo as Ciências Contábeis uma atividade umbilicalmente associada aos controles que o Fisco exerce sobre o universo de contribuintes, os conhecimentos e informações ao dispor do servidor se demonstram potencialmente relevantes para a prática da atividade em si e não apenas como um possível elemento individualizador de cobrança. Na atividade contábil, o possível emprego daqueles conhecimentos ou informações integra o critério de aferição (como um interesse colidente situado na área de atuação do cargo) e, portanto, conduz à incompatibilidade da atividade, ao contrário do que ocorre naquelas outras profissões liberais em geral, em que o mesmo possível utilização cumpre diferente objetivo e pode configurar afronta a outro dispositivo legal em razão de se atingir um distinto bem jurídico tutelado.

Uma vez que o servidor que exerce a atividade contábil poderia, no afã de obter o melhor resultado de planejamento fiscal a favor do seu cliente, se sentir atraído, seduzido e tentado a utilizar estratégias e dados sigilosos, busca-se, com o enquadramento de tal atividade como incompatível, coibir desde já um mero risco potencial, em sintonia com a vontade do legislador, também claramente exposta na Lei nº 12.813, de 16/05/13.

Ademais, para o contratante, o fato de o contador ser um servidor em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil traz uma expectativa de receber tratamento diferenciado por parte do agente em razão de seu múnus público, o que acaba por ferir a moralidade e a imagem do órgão perante a sociedade e põe em xeque o interesse público.

E, por fim, no último degrau da conduta, se, ao atuar com contabilidade, com ou sem remuneração e independentemente do horário, ainda por cima, o servidor de qualquer cargo em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil dolosamente disponibiliza ao particular técnicas de elisão fiscal ou de evasão fiscal ou ainda informações sigilosas ou estratégicas acessadas em razão do cargo que o beneficiem em detrimento do interesse público ou que lhe propiciem burlar as tutelas e os controles exercidos pela Administração, sempre se teve cristalino que tal conduta configura improbidade administrativa, mesmo antes da evolução normativa no tema de conflito de interesses, atingida com a edição da Lei nº 12.813, de 16/05/13. Pode-se cogitar de enquadramento como ato de improbidade administrativa, na figura de prestação de consultoria ou assessoria contábil-tributária (conforme o art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a título da definição que se pode extrair do art. 9º, VIII ou do art. 11, III ou *caput*, da Lei nº 8.429, de 02/06/92, conforme a peculiaridade de cada caso), ou ainda, estando presente a mácula em especial do instituto do conflito de interesses, pode-se também enquadrar como improbidade administrativa, no *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, por força do art. 12 da Lei nº 12.813, de 16/05/13, em todos estes casos cabendo a punição com pena expulsiva. Igualmente às hipóteses anteriores,

a existência de remuneração, por si só, não altera o enquadramento, sendo a inobservância da Lei nº 11.890, de 24/12/08, absorvida pelo ilícito mais grave.

Não por acaso, todas as construções formuladas no presente tópico culminaram em idênticas conclusões para servidores ocupantes de cargos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil e para servidores ocupantes de cargos administrativos do Pecfaz em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil. A única diferença reside no arcabouço de embasamento de tais convicções.

De um lado, para os servidores da carreira específica, há o comando normativo expresso e vinculante da Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, que impõe de forma imponderável a caracterização de que atividade contábil praticada por AFRFB e por ATRFB suscita conflito de interesses.

De outro lado, para os servidores da cargos administrativos do Pecfaz, que também possuem algum grau de conhecimento das estratégias e de acesso a informações sigilosas (embora seus cargos acessem informações fiscais mais restritas que AFRFB e ATRFB) e cujas atribuições legais são genéricas e de apoio e ligadas mais fortemente às competências do órgão em que o servidor é lotado, para se atestar a existência de conflito de interesses entre o exercício do múnus público e a prática contábil, faz-se necessário retomar o exame das competências institucionais, já listadas em **4.7.3.18.5**. Não obstante, não resta dúvida que pouca eficácia teria a definição de incompatibilidade e de conflito de interesses se se restringisse sua aplicação apenas aos cargos pertencentes à Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil e se deixasse os cargos administrativos à margem da vedação, pois permaneceriam os efeitos nocivos a que se visa evitar e coibir, como a possibilidade de emprego daqueles conhecimentos ou de acesso a informações sigilosas e de prejuízos à imagem do órgão perante a sociedade. Repise-se que a atividade contábil é tão umbilicalmente vinculada ao múnus público fiscalizatório e às competências legais e regimentais da Secretaria da Receita Federal do Brasil e desde sempre tida como inquestionavelmente incompatível que não há que cogitar, especificamente para os servidores ocupantes de cargo administrativo integrante do Pecfaz, de a prática da atividade se dar sem a plena consciência de sua ilicitude, dispensando-se a postura cautelosa de conceder-lhe prazo para cessar a conduta ilícita, antes de instaurar o PAD em que se pode cogitar de aplicação de pena de demissão por improbidade administrativa. Também como diferencial, para estes servidores, estranhos à Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, não se cogita de descumprimento da vedação de exercício de atividades privadas, imposta pela Lei nº 11.890, de 24/12/08, pois esta Lei não os vincula.

Concluindo então o tema sob ótica disciplinar, a leitura conjunta do art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90, do *caput* do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, e do art. 5º, III da Lei nº 12.813, de 16/05/13, estabelece que a prática da contabilidade por parte de servidores ocupantes de qualquer cargo em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil, com ou sem remuneração e mesmo que em horário condizente com a jornada de trabalho, suscita conflito de interesses e sujeita o agente à responsabilização disciplinar mediante PAD.

Acrescente-se que se aplica à atividade contábil a mesma crítica exposta em **4.7.3.18.7.a** (a cuja leitura se remete, a fim de poupar extensa repetição), quando se alertou da possibilidade de imputação disciplinar para servidor de qualquer cargo em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil e que integre, com efetivo grau de participação, sociedade cujo objeto social é conflitante com o múnus público, como é o caso de contabilidade.

É de se destacar que a entidade de classe dos contadores não prevê nenhuma forma de vedação (em especial no Decreto-Lei nº 9.295, de 17/05/46, que criou o Conselho Federal de Contabilidade), nos moldes que possui a OAB, seja de escrituração, seja de assessoria, para nenhum cargo ou carreira.

E justamente a ausência de disciplinamento no diploma legal que rege a atividade contábil privada no que tange a incompatibilidades e impedimentos reforça a tese já esposada quando se analisou a incompatibilidade da advocacia privada com os cargos públicos na Secretaria da Receita Federal do Brasil, de que há sim nítido conflito de interesses, a despeito de regramentos voltados para a tutela específica da OAB. Do contrário, a lacuna normativa *in casu* conduziria à hipótese absurda de não haver vedação alguma para que um servidor lotado e em exercício no Fisco pudesse livremente exercer a atividade contábil. Reitera-se a convicção de que os regramentos estatutários ou decorrentes de quaisquer leis que regulem o exercício da função pública jamais se condicionaram e tampouco se condicionam às normas de regência de atividades privadas, pois as linhas de aplicação não confundem, à vista de tutelarem bens jurídicos muito distintos.

#### 4.7.3.18.7.c - Praticagem

Quanto ao fato de servidor de qualquer cargo em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil ser prático de Marinha Mercante, de imediato convém verificar o que estabelece a Lei nº 9.537, de 11/12/97 (Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário - Lesta), que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e, dentre outras providências, trata da atividade de praticagem, *verbis*:

*Lei nº 9.537, de 11/12/97 - Art. 4º São atribuições da autoridade marítima:*

*I - elaborar normas para:*

*a) habilitação e cadastro dos aquaviários e amadores;*

*II - regulamentar o serviço de praticagem, estabelecer as zonas de praticagem em que a utilização do serviço é obrigatória e especificar as embarcações dispensadas do serviço;*

*Art. 12. O serviço de praticagem consiste no conjunto de atividades profissionais de assessoria ao Comandante requeridas por força de peculiaridades locais que dificultem a livre e segura movimentação da embarcação.*

*Art. 13. O serviço de praticagem será executado por práticos devidamente habilitados, individualmente, organizados em associações ou contratados por empresas.*

*§ 1º A inscrição de aquaviários como práticos obedecerá aos requisitos estabelecidos pela autoridade marítima, sendo concedida especificamente para cada zona de praticagem, após a aprovação em exame e estágio de qualificação.*

*§ 2º A manutenção da habilitação do prático depende do cumprimento da frequência mínima de manobras estabelecida pela autoridade marítima.*

*Art. 14. O serviço de praticagem, considerado atividade essencial, deve estar permanentemente disponível nas zonas de praticagem estabelecidas.*

*Parágrafo único. Para assegurar o disposto no caput deste artigo, a autoridade marítima poderá:*

*I - estabelecer o número de práticos necessário para cada zona de praticagem;*

*II - fixar o preço do serviço em cada zona de praticagem;*

*III - requisitar o serviço de práticos.*

*Art. 15. O prático não pode recusar-se à prestação do serviço de praticagem, sob pena de suspensão do certificado de habilitação ou, em caso de reincidência, cancelamento deste.*

*Art. 39. A autoridade marítima é exercida pelo Ministério da Marinha.*

A Lei nº 9.537, de 11/12/97, foi regulamentada pelo Decreto nº 2.596, de 18/05/98, de que se destacam os seguintes dispositivos:

*Decreto nº 2.596, de 18/05/98 - Art. 1º Os aquaviários constituem os seguintes grupos:*

*V - 5º Grupo - Práticos: aquaviários não-tripulantes que prestam serviços de praticagem embarcados;*

*Art. 7º Constitui infração às regras do tráfego aquaviário a inobservância de qualquer preceito deste Regulamento, de normas complementares emitidas pela autoridade marítima e de ato ou resolução internacional ratificado pelo Brasil, sendo o infrator sujeito às penalidades indicadas em cada artigo.*

*Art. 25. São infrações imputáveis ao Prático:*

*I - recusar-se à prestação do serviço de praticagem:*

*Penalidade: suspensão do Certificado de Habilitação até doze meses ou, em caso de reincidência, o cancelamento;*

*II - deixar de cumprir as normas da autoridade marítima sobre o Serviço de Praticagem:*

*Penalidade: suspensão do Certificado de habilitação até cento e vinte dias.*

Em complemento, faz-se relevante apreciar o que estabelece a regulamentação infralegal mais específica, editada pela competente autoridade marítima. Para este fim, a Diretoria de Portos e Costas (DPC), da Marinha do Brasil, na condição de representante da autoridade marítima, segundo o seu Regulamento, dentre outros propósitos e outras competências, especificamente no que diz respeito ao propósito de contribuir para o tráfego aquaviário, possui a competência para elaborar normas para habilitação e cadastro de aquaviários e para regulamentar o serviço de praticagem.

Com base nestas competências regulamentares e nos termos do art. 4º da Lei nº 9.537, de 11/12/97, a DPC, por meio da Portaria DPC nº 78, de 15/04/11, aprovou as Normas da Autoridade Marítima para o Serviço de Praticagem (Normam-12/DPC). As Normam-12/DPC, estruturadas em itens numerados, normatizam o serviço de praticagem nas águas jurisdicionais brasileiras, aplicáveis, de maneira especial, aos práticos e aos praticantes de prático

*NORMAM-12/DPC - Normas da Autoridade Marítima para o Serviço de Praticagem*

*0101 - PROPÓSITO*

*Estabelecer normas para o Serviço de Praticagem nas Águas Jurisdicionais Brasileiras (AJB).*

*0102 - APLICAÇÃO*

*Estas Normas aplicam-se a todos os Serviços de Praticagem e, de maneira especial, aos Práticos, aos Praticantes de Prático e aos usuários do Serviço de Praticagem.*

*0103 - COMPETÊNCIA*

*Compete à Diretoria de Portos e Costas, como Representante da Autoridade Marítima para a Segurança do Tráfego Aquaviário, regulamentar o Serviço de Praticagem, estabelecer as Zonas de Praticagem (ZP) em que a utilização do Serviço é obrigatória ou facultativa e especificar as embarcações dispensadas de utilizar o Serviço de Praticagem.*

*0118 - PRATICANTE DE PRÁTICO (PRP)*

*É o profissional aquaviário não tripulante, selecionado por meio de Processo Seletivo conduzido pela DPC, portador do Certificado de Habilitação de Praticante de Prático e aspirante à categoria de Prático.*

*Seção I - 0119 - PRÁTICO (PRT)*

*É o profissional aquaviário não tripulante que presta Serviços de Praticagem embarcado.*

*Seção I - 0121 - SERVIÇO DE PRATICAGEM*

*É o conjunto de atividades profissionais de assessoria ao Comandante, requeridas por força de peculiaridades locais que dificultem a livre e segura movimentação da embarcação.*

*Seção II - 0201 - PROCESSO SELETIVO À CATEGORIA DE PRATICANTE DE PRÁTICO*

*a) O preenchimento de vaga de Prático em Zona de Praticagem (ZP) dar-se-á, inicial e exclusivamente, por meio de Processo Seletivo à Categoria de Praticante de Prático, doravante denominado Processo Seletivo, o qual será regido pelas presentes normas e detalhado por Edital específico a ser*

publicado no Diário Oficial da União (DOU) e na página da DPC na Internet.  
 b) Cabe à DPC, na qualidade de Representante da Autoridade Marítima para a Segurança do Tráfego Aquaviário e no exercício da atribuição de regulamentar o Serviço de Praticagem, determinar a época de realização, o número de vagas por ZP a ser preenchido, elaborar e divulgar o Edital e executar o Processo Seletivo.

c) O Praticante de Prático e o Prático não são militares ou servidores/empregados públicos, assim como não exercem função pública. O Processo Seletivo, portanto, não se destina ao provimento de cargo ou emprego público, não sendo o concurso público de que trata o Art. 37, II, da Constituição Federal. Ademais, é um Processo Seletivo reservado ao preenchimento, tão somente, do número de vagas previsto no seu Edital, o qual poderá incluir as eventuais vagas mencionadas na alínea b) do item 0203.

#### 0222 - CERTIFICAÇÃO

a) O Prático e o Praticante de Prático somente poderão estar certificados, nas respectivas categorias, em uma única ZP.

#### 0223 - QUALIFICAÇÃO DO PRATICANTE DE PRÁTICO

a) A qualificação do Praticante de Prático seguirá um programa de treinamento estabelecido pela CP [Capitania dos Portos] com jurisdição sobre a ZP, denominado Programa de Qualificação do Praticante de Prático, a ser iniciado imediatamente após a Certificação, sendo seu cumprimento confiado a Entidade(s) de Praticagem existente(s) na ZP, indicada(s) pela CP.

b) O prazo para a conclusão do Programa de Qualificação será de, no mínimo, 12 (doze) meses e, no máximo, de 18 (dezoito) meses, contados da data de emissão do Certificado de Habilitação de Praticante de Prático. Excepcionalmente, o prazo mínimo para a conclusão do Programa de Qualificação poderá ser alterado pela DPC, para uma ou mais ZP.

c) O prazo mínimo de 12 (doze) meses advém da necessidade do Praticante de Prático treinar durante todas as estações do ano.

e) As Entidades de Praticagem, por meio de seus componentes, em especial os Práticos, terão a responsabilidade de transmitir aos Praticantes de Prático todo o conhecimento técnico que possuem.

f) Cada Praticante de Prático terá um Prático em atividade para acompanhar o desenvolvimento do Programa de Qualificação, atuando como monitor.

g) O Praticante de Prático acompanhará os Práticos nas atividades de bordo relativas ao Programa de Qualificação, sendo recomendável que acompanhe fainas de praticagem de todos os Práticos da ZP, independentemente da Entidade onde for apresentado.

#### 0225 - ORGANIZAÇÃO

b) Os Práticos poderão atuar dos seguintes modos:

##### 1) Individualmente

O Prático que assim optar deverá cumprir todas as exigências previstas para o Serviço de Praticagem.

##### 2) Sociedade Econômica Simples ou Empresária

Nesta forma de atuação os práticos atuarão em sociedade, prestando exclusivamente os Serviços de Praticagem, configurando-se como sociedade simples, sendo o contrato social inscrito no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Poderão ainda atuar como sociedade empresária, constituindo-se segundo um dos tipos societários regulados no Código Civil, tendo seus atos constitutivos inscritos na Junta Comercial.

##### 3) Contratado por Empresa de Praticagem

O Prático poderá ser contratado por sociedade econômica simples ou empresária, consoante a legislação trabalhista.

#### 0226 - ESCALA DE RODÍZIO ÚNICA DE SERVIÇO DE PRÁTICO

a) É estabelecida especificamente para cada ZP e inclui todos os Práticos habilitados e aptos em atividade na ZP, independentemente da sua forma de atuação, por meio da qual os Práticos são divididos, obrigatoriamente, entre os seguintes grupos:

- 1) Práticos em Período de Escala;
- 2) Práticos em Período de Repouso; e
- 3) Práticos em Período de Férias.

b) Essa escala visa garantir a disponibilidade ininterrupta do Serviço de Praticagem e evitar a fadiga do Prático na execução das fainas de praticagem. Adicionalmente, contribui para a manutenção da habilitação do Prático.

c) Período de Escala é o número de horas ou de dias consecutivos durante os quais o Prático está à disposição para ser requisitado a realizar fainas de praticagem. Esse período é subdividido em Período de Serviço e Período de Sobreaviso.

#### 0227 - ELABORAÇÃO DA ESCALA DE RODÍZIO ÚNICA DE SERVIÇO DE PRÁTICO

a) A distribuição dos Práticos, consolidada somente na Escala de Rodízio Única de Serviço de Prático, deverá proporcionar o revezamento dos Práticos, em Períodos de Serviço pré-estabelecidos, de modo a manter o atendimento das embarcações de forma contínua, ou seja, cada faina de praticagem será realizada por Prático(s) perfeitamente identificado(s) nessa Escala.

5) O Prático deverá concorrer mensalmente a, pelo menos, um Período de Escala, exceto quando interferir no seu Período de Férias.

#### 0228 - DOS DEVERES DO PRÁTICO

Compete ao Prático no desempenho das suas funções:

a) Assessorar o Comandante da embarcação na condução da faina de praticagem, atendendo, com presteza e de forma eficiente, as exigências do Serviço de Praticagem;

b) Manter-se apto a prestar o Serviço de Praticagem em todos os tipos de embarcações e em toda a extensão da ZP, observada a restrição prevista na alínea p) do item 0224;

m) Executar as atividades do Serviço de Praticagem, mesmo quando em divergência com a empresa de navegação ou seu representante legal, devendo os questionamentos serem debatidos nos foros competentes, sem qualquer prejuízo para a continuidade do Serviço. Divergências relativas a assuntos técnico-operacionais referentes à segurança do tráfego aquaviário, à salvaguarda da vida humana nas águas e à prevenção da poluição hídrica serão dirimidas pela Autoridade Marítima;

n) Cumprir a Escala de Rodízio Única de Serviço de Prático ratificada pela CP/DL/AG;

o) Cumprir o número mínimo de fainas de praticagem estabelecido para manter-se habilitado;

s) Manter-se em disponibilidade na ZP, durante todo o Período de Escala, para atender a qualquer faina de praticagem. Em caso de necessidade de afastamento da ZP por motivo de força maior, o Prático deverá ser substituído na Escala e o fato informado à CP/DL/AG na primeira oportunidade;

#### 0229 - DOS DEVERES DO PRATICANTE DE PRÁTICO

a) Cumprir o Programa de Qualificação de Praticante de Prático estabelecido pela CP;

b) Não interromper o cumprimento do Programa de Qualificação de Praticante de Prático, exceto no caso de afastamento temporário previsto no item 0237.

c) Cumprir, no que couber, os deveres do Prático descritos no item anterior.

#### 0501 - FIXAÇÃO DOS PREÇOS

A fixação dos preços dos serviços de praticagem, pela DPC, dar-se-á na conformidade das disposições estabelecidas pelo Decreto nº 7860, de 6 de dezembro de 2012. Os procedimentos metodológicos utilizados para a definição das tabelas de preços máximos dos serviços de praticagem são aqueles aprovados por Resolução da Comissão Nacional para Assuntos de Praticagem - CNAP. Essa Metodologia, dado o seu caráter pioneiro, poderá sofrer alterações ao longo do tempo, assim como as Tabelas aprovadas.

Deste ordenamento, se depreende que o prático executa um serviço considerado como essencial e ininterrupto de assessoria ao comando das embarcações que atracam e desatracam,

em razão das dificuldades para a livre e segura movimentação na proximidade de cada porto. A habilitação de um aquaviário decorre de aprovação em processo seletivo conduzido pela DPC, em que se selecionam inicialmente candidatos à categoria de praticante de prático (aspirantes à categoria de prático).

Uma vez certificado como praticante de prático, o aquaviário submete-se a programa de qualificação, com duração de 12 a 18 meses, período em que apenas acompanha os práticos nas atividades de bordo. Por sua vez, os práticos podem atuar individualmente, ou integrando sociedade simples ou empresária de práticos, ou ainda como contratado por uma empresa de praticagem, submetendo-se à legislação trabalhista. Os praticantes de prático e os práticos, na condição de aquaviários não tripulantes, somente podem ser habilitados para atuar em uma única determinada zona de praticagem e são agentes privados, não possuindo função pública (não são empregados públicos e muito menos servidores civis ou militares).

A disponibilização ininterrupta do serviço de praticagem numa determinada zona de praticagem segue uma escala única de rodízio entre todos os práticos ali habilitados e aptos em atividade, sendo cada prático obrigado a cumprir no mínimo um período de escala (número de dias ou de horas consecutivos em que o prático fica à disposição para ser requisitado) a cada mês, como condição para manter-se habilitado. É vedado ao prático recusar-se a prestar o serviço de praticagem, sob pena de suspensão e de desabilitação em caso de reincidência.

A fixação do preço do serviço de praticagem é feita livremente entre o transportador e o prático (ou a entidade a que este se vincula), cabendo intermediação da DPC, com vista a manter ininterrupta a prestação do serviço, apenas quando as partes não chegam a um acordo.

De outro lado, para se contrapor à atividade privada de prático, pertence reproduzir alguns comandos relevantes e ora aplicáveis do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto nº 6.759, de 05/02/09, e que regulamenta a administração das atividades aduaneiras e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior.

*Regulamento Aduaneiro - Decreto nº 6.759, de 05/02/09 - Art. 24. No exercício de suas atribuições, a autoridade aduaneira terá livre acesso:*

*I - a quaisquer dependências do porto e às embarcações, atracadas ou não;*

*Art. 26.*

*§ 1º O controle aduaneiro do veículo será exercido desde o seu ingresso no território aduaneiro até a sua efetiva saída, e será estendido a mercadorias e a outros bens existentes a bordo, inclusive a bagagens de viajantes.*

*Art. 30. Quando conveniente aos interesses da Fazenda Nacional, poderá ser determinado, pela autoridade aduaneira, o acompanhamento fiscal de veículo pelo território aduaneiro.*

*Art. 31. O transportador deve prestar à Secretaria da Receita Federal do Brasil, na forma e no prazo por ela estabelecidos, as informações sobre as cargas transportadas, bem como sobre a chegada de veículo procedente do exterior ou a ele destinado.*

*Art. 34. A autoridade aduaneira poderá proceder a buscas em qualquer veículo para prevenir e reprimir a ocorrência de infração à legislação aduaneira, inclusive em momento anterior à prestação das informações referidas no art. 31.*

*§ 1º A busca a que se refere o caput será precedida de comunicação, verbal ou por escrito, ao responsável pelo veículo.*

*Art. 35. A autoridade aduaneira poderá determinar a colocação de lacres nos compartimentos que contenham os volumes ou as mercadorias a que se refere o § 1º do art. 31 e na situação de que trata o § 1º do art. 37, podendo adotar outras medidas de controle fiscal.*

*Art. 36. Havendo indícios de falsa declaração de conteúdo, a autoridade aduaneira poderá determinar a descarga de volume ou de unidade de carga, para a devida verificação, lavrando-se termo.*

*Art. 42. O responsável pelo veículo apresentará à autoridade aduaneira, na forma e no momento estabelecidos em ato normativo da Secretaria da Receita Federal do Brasil, o manifesto de carga, com cópia dos conhecimentos correspondentes, e a lista de sobressalentes e provisões de bordo.*

*Art. 54. Os transportadores, bem como os agentes autorizados de embarcações procedentes do exterior, deverão informar à autoridade aduaneira dos portos de atracação, na forma e com a antecedência mínima estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, a hora estimada de sua chegada, a sua procedência, o seu destino e, se for o caso, a quantidade de passageiros.*

*Art. 63.*

*§ 2º A autoridade aduaneira poderá determinar a aplicação de cautelas fiscais e o isolamento dos volumes em local próprio do recinto alfandegado, inclusive nos casos de extravio ou avaria. (Incluído pelo Decreto nº 8.010, de 16/05/13)*

*Art. 64. O veículo será tomado como garantia dos débitos fiscais, inclusive os decorrentes de multas que sejam aplicadas ao transportador ou ao seu condutor.*

*Art. 65. A autoridade aduaneira poderá impedir a saída, da zona primária, de qualquer veículo que não haja satisfeito às exigências legais ou regulamentares.*

*Art. 105. É responsável pelo imposto:*

*I - o transportador, quando transportar mercadoria procedente do exterior ou sob controle aduaneiro, inclusive em percurso interno.*

*Art. 553. A declaração de importação será obrigatoriamente instruída com: (Redação dada pelo Decreto nº 8.010, de 16/05/13)*

*I - a via original do conhecimento de carga ou documento de efeito equivalente;*

*Art. 661. Para efeitos fiscais, é responsável o transportador quando: (Redação dada pelo Decreto nº 8.010, de 16/05/13)*

*I - constatado que houve, após o embarque, substituição de mercadoria; (Redação dada pelo Decreto nº 8.010, de 16/05/13)*

*II - houver extravio de mercadoria em volume descarregado com indícios de violação; ou (Redação dada pelo Decreto nº 8.010, de 16/05/13)*

*III - o volume for descarregado com peso ou dimensão inferior ao constante no conhecimento de carga, no manifesto ou em documento de efeito equivalente. (Redação dada pelo Decreto nº 8.010, de 16/05/13)*

*Art. 674. Respondem pela infração:*

*III - o comandante ou o condutor de veículo, nos casos do inciso II, quando o veículo proceder do exterior sem estar consignado a pessoa física ou jurídica estabelecida no ponto de destino;*

*Art. 735. Os intervenientes nas operações de comércio exterior ficam sujeitos às seguintes sanções:*

*§ 2º Para os efeitos do disposto neste artigo, considera-se interveniente o importador, o exportador, o beneficiário de regime aduaneiro ou de procedimento simplificado, o despachante aduaneiro e seus ajudantes, o transportador, o agente de carga, o operador de transporte multimodal, o operador portuário, o depositário, o administrador de recinto alfandegado, o perito, o assistente técnico, ou qualquer outra pessoa que tenha relação, direta ou indireta, com a operação de comércio exterior*

A simples leitura consecutiva do regramento do serviço de praticagem e da normatização aduaneira demonstra, de forma, clara, imediata, cristalina e inequívoca, o antagonismo de posições, de comprometimentos, de interesses e de atuações e, por fim, a situação excludente, colidente e imiscível em que se colocam o prático e o servidor em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Permite-se até inferir que a concomitância das atuações como prático e como servidor do Fisco se avolume como o melhor e figurativamente mais didático exemplo da posição anfíbia de conflito de interesses, pois tanto pode-se ter o servidor incorrendo em favorecimento ao transportador quando atuando em sua empreitada privada como prático, em

razão das prerrogativas de agente do Fisco, como pode também este mesmo servidor se sentir vinculado ao interveniente privado quando, investido da função pública, tiver de exercitar suas prerrogativas funcionais, sejam de controle administrativo, sejam de arrecadação. O conflito de interesses quando um servidor em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil atua no serviço de praticagem tanto pode acarretar que o agente público atue na empreitada particular concedendo um tratamento favorável ao interveniente privado no comércio exterior quanto pode levar a uma contaminação da isenção do agente público no desempenho de seu múnus, que inclui o exercício da fiscalização e do controle aduaneiros e a repressão a ilícitos, como contrabando e descaminho, dentre outros.

Isto porque, conforme impõe o Regulamento Aduaneiro (que, convém lembrar, nada mais é que a consolidação e a regulamentação de comandos legais estatuídos no Decreto-Lei nº 37, de 18/11/66), aqui não se trata de uma situação ordinária de qualquer ramo de atividade econômica sujeita à fiscalização e à tributação exercidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil sobre a situação econômica ou financeira ou sobre os negócios ou atividades de qualquer contribuinte, em que de nada importa a atividade explorada, mas simplesmente as rendas dela auferidas. Diferentemente, o que se tem no caso é uma especial e diferenciada relação de controle, fiscalização e regulação (normatização) da atividade em si. Conforme já exposto em **3.2.6.2.2**, no macroprocesso de trabalho de controle aduaneiro, intervenientes no comércio exterior, tais como importadores, exportadores, transportadores, depositários, despachantes aduaneiros, agentes de cargas, operadores multimodais e operadores portuários, compõem a logística da atividade econômica e estão indissociavelmente integrados à cadeia de procedimentos e, como tal, sujeitam-se a obrigações tributárias principais e acessórias específicas.

Neste caso peculiar, de imediato, antes mesmo de adentrar na questão material, se tem cristalina, como em raras situações, a presumível incompatibilidade física de jornada de trabalho, vez que o serviço de praticagem é considerado essencial e ininterrupto e o prático é obrigado a cumprir determinada escala mínima de trabalho em um único porto, sob pena de desabilitação. Diante disto, é inequívoco que haverá uma superposição de horários, o que pode expor a função pública a ser renegada uma intolerável posição subalterna, secundária e não prioritária em termos de dedicação e comprometimento do agente (não só para aqueles servidores de jornada diária de oito horas presenciais, mas também para aqueles que possuam situações peculiares de cumprimento de jornada, seja em atividades desempenhadas em ambiente externo, seja em atividades com jornada diária reduzida em unidades de atendimento, seja em atividades desempenhadas em regime de plantão, escala ou turnos de revezamento).

Destaca-se como extremamente interessante e didática a manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, externada em seu Parecer PGFN/Cojed nº 922/2015, como peça indispensável de amparo à decisão ministerial que aplicou pena de demissão a servidor que ocupava o cargo de AFRFB ao tempo em que exercia a praticagem, antes mesmo da vigência da Lei nº 12.813, de 16/05/13. No caso concreto abordado, sem nenhuma peculiaridade extraordinária, à vista tão somente da indefensável incompatibilidade material da atividade privada com o múnus público e da configuração do dolo do agente (uma vez que antes já havia sido punido com pena de suspensão capitulada no inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e perseverou na infração), a PGFN agravou a conduta para o patamar de improbidade administrativa, com base apenas no *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, e do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

*Parecer PGFN/Cojed nº 922/2015: “Ementa: Processo Administrativo Disciplinar. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Irregularidades relativas ao exercício simultâneo das funções de Prático da Marinha Mercante e Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. Improbidade Administrativa. Sugestão de acatamento parcial do Relatório Final, com proposta de aplicação de pena de demissão. Competência do Ministro de Estado Fazenda para*

*juízo.*

*58. No caso em tela, como a atividade é realizada na área de competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil, i.e., o comércio exterior, a conduta deve ser enquadrada como improbidade administrativa, conforme art. 132, inciso IV, da Lei nº 8.112, de 1990, com a definição dada pelo art. 11, caput, da Lei nº 8.429, de 1992 (“Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições...”).*

*60. Ora, é incompatível entre os interesses que o acusado deve proteger como servidor, desempenhando carreira típica de Estado, onde tem poderes administrativos que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico para o objetivo de efetuar cobrança de tributos do comércio exterior, repressão ao contrabando e descaminho, administração, fiscalização e controle aduaneiro, dentre outras, e o tipo de serviço prestado a interveniente do comércio exterior. Não se admite que a mesma autoridade que detém as prerrogativas para fiscalizar venha a atuar - em relação de subordinação - junto a interveniente do comércio exterior, em concurso aos interesses privados dos transportadores marítimos, os quais sofrem, por outro lado, intervenção fiscalizadora do próprio Estado (controle aduaneiro); tal abordagem, por medida de lealdade à instituição, não deve ser utilizada pelo servidor público.*

*70. Por outro lado, frise-se que nem a Comissão Processante nem o presente órgão de consultoria se utilizam, em qualquer momento, da conceituação de conflito de interesses no exercício definida pela Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013. A referida lei dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício de cargo ou emprego. Como se observa, tal lei foi editada em período posterior aos fatos tratados no presente PAD (novembro de 2012 a março de 2013), logo, não se aplica ao caso presente.*

E acrescente-se que este mesmo Parecer PGFN/Cojed nº 922/2015 enrobustece-se com o amparo em julgado também de pertinente reprodução.

*TRF da 1ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 20001330008375: “Ementa: 1. O servidor público, regra geral, não poderá exercer qualquer atividade que seja incompatível com o regime jurídico de direito público, ao qual submetido por expresso mandamento constitucional. 2. O cargo de auditor fiscal da Receita Federal é totalmente incompatível com o exercício da função de Prático da marinha Mercante.”*

E, mais que isto, de tão ricamente figurativo é o caso, aqui também se tem, além da imediata configuração de incompatibilidade em razão de superposição de jornada de trabalho, a aplicação do inciso VII do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, como fundamento legal para considerar a relação conflituosa, pois não se tolera que um agente público com atribuição legal para exigir obrigações do transportador também figure, de forma anfíbia, como assessor do comandante da embarcação. O fato de haver ou não remuneração não tem o condão de alterar o enquadramento expulsivo (pois, no máximo atuaria apenas na dosimetria, como agravante no caso positivo, inaplicável para pena capital), e a inobservância da Lei nº 11.890, de 24/12/08, imputável apenas aos cargos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, é absorvida pelo ilícito mais grave da incompatibilidade.

*Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 5º Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:*

*VII - prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.*

O conflito de interesses se refere ao conjunto das atribuições legais e não fracionáveis dos cargos e às competências legais e regimentais institucionais do órgão e não às

condicionantes momentâneas do exercício ou localização. Neste tema, não se cuida de apenas punir gravemente a efetiva afronta cometida pelo servidor; antes disto, se trata de vedar a mera prática do servidor que o possibilite de cometê-la, de potencialmente vir a pôr em conflito o inafastável interesse público com o seu interesse particular.

O serviço de praticagem por servidor em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil é claramente conflituo. Não se tolera que o agente que presta um serviço de assessoria ao comando da embarcação e que pode livremente até negociar a remuneração também integre os quadros do órgão que fiscaliza, controla e regula a atividade econômica daquele tomador do serviço. O mesmo transportador que mantém uma relação contratual com o prático em cada porto, a fim de ser assessorado nas operações de atracação e de desatracação, também figura como o contribuinte sujeito ao poder de controle, fiscalização e regulação da autoridade aduaneira. Isto já é o bastante para inquinar de conflituo a atividade privada, sem sequer ser necessário se ancorar com ênfase refratária à situação ainda mais peculiar de ser pessoalmente o mesmo agente a cumprir os dois polos de interesses imiscíveis.

E nesta mesma linha já se manifestou, com a competência conferida pela Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13, e pela Portaria CGU nº 1.911, de 04/10/13, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção da CGU (CGU/STPC), ao ser provocada diretamente pela Coger, em forma de consulta acerca do presumível conflito de interesses na situação de um AFRFB atuando como prático. Na oportunidade, por meio do Despacho nº 4.392/2014/GAB/STPC/CGU-PR, de 05/09/14, que aprovou a Nota Técnica nº 1.884/2014/CGINT/DIACI/STPC/CGU-PR, de 29/08/14, a CGU/STPC não só aproveitou para elucidar ser possível responder diretamente a consulta formulada por unidade de correição (não apenas o servidor pode usar do instituto da consulta e, embora não seja o rito regular, pode a unidade correcional fazê-la diretamente à CGU/STPC, sem obrigatoriamente ter de passar pela Comissão de Ética Pública Seccional) como também asseverou que a atuação como prático, por parte de servidor da Secretaria da Receita Federal do Brasil, independentemente das condições momentâneas de exercício e de localização, incorre em conflito de interesses, independentemente de cargo.

Destaque-se que o entendimento legal e especializado do órgão central, depositando a natureza conflituo da relação entre o serviço de praticagem e a atuação fiscal no inciso VII do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, em lugar de empregar o seu inciso III, considerou que a incompatibilidade material da atividade com o cargo é mera consequência ou resultado do conflito de interesses por prestar serviço à empresa fiscalizada, controlada ou regulada pelo órgão de lotação e, além disto, dissociou aquele caráter ilícito das atribuições legais específicas do cargo consultado, estendendo-o para todos os cargos que integram a Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil (AFRFB e ATRFB).

*Nota Técnica nº 1.884/2014/CGINT/DIACI/STPC/CGU-PR, de 29/08/14: “14. Constatada a submissão do transportador à autoridade aduaneira, resta agora verificarmos a atividade de Prático da Marinha Mercante. A Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997, que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional trata da atividade de praticagem em seu capítulo III.*

*16. Da leitura dos dispositivos elencados acima tem-se que cabe ao Prático da Marinha Mercante assessorar o Comandante da embarcação na condução da faina de praticagem. Para tanto o Prático estabelece um contrato de prestação de serviço com o responsável pelo navio, qual seja, o transportador, com o qual negocia livremente. Além disso, o Prático deve seguir uma escala de serviços, que exige sua disponibilidade por um período pré-determinado na Zona de Praticagem, durante o qual não é lícito afastar-se.*

*17. Diante do exposto, fica claro que um Prático da Marinha Mercante deverá estabelecer uma relação contratual com o transportador responsável pela embarcação. Fica claro, também, que esse mesmo transportador deverá ser*

*fiscalizado pela autoridade aduaneira responsável pela zona portuária onde a embarcação atracará ou de onde zarpará. Fica claro ainda que esta autoridade aduaneira é exercida pela Receita Federal do Brasil, por meio de seus Auditores-Fiscais. (...).*

*18. Dessa forma, tem-se que o exercício da atividade de Prático da Marinha Mercante por um Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil envolve a prestação de serviços a empresas de transporte marítimo, cuja atividade precípua é fiscalizada, controlada e em boa medida regulada pelo ente ao qual o agente público em questão está vinculado, qual seja, a própria Receita Federal do Brasil. Resta claro que a execução dessas duas atividades pela mesma pessoa não é desejável. Além das questões de ordem prática que envolvem o desdobramento do servidor entre João Pessoa e Belém, a prestação de serviços particulares a um transportador por um agente público que possui a atribuição legal de fiscalizá-lo tem o condão de comprometer a confiança do público na independência, imparcialidade e moralidade desse agente e do serviço público prestado por seu órgão.*

*19. Não é por outra razão que o inciso VII do art. 5º da Lei nº 12.813/2013, que dispõe sobre as situações que configuram conflito de interesses no exercício da função pública, veda a todo agente público federal a prestação de serviços, ainda que eventuais, à empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual ele estiver vinculado. Trata-se de impedir que um agente público vinculado a determinado órgão ou entidade preste serviços a uma empresa cujo negócio principal seja fiscalizado por esse mesmo órgão ou entidade. O objetivo deste artigo é justamente evitar a confusão entre fiscal e fiscalizado, que pode comprometer, senão o próprio trabalho de fiscalização, a confiança do público na instituição e dos agentes responsáveis pela atividade.*

*20. O exercício da atividade de Prático da Marinha Mercante pressupõe a prestação de serviços a empresas de transporte marítimo. Dentre as atividades primordiais dessas empresas destaca-se o embarque e desembarque de mercadorias sujeitas a controle aduaneiro. Conforme demonstrado acima, o planejamento, a coordenação, a supervisão, a execução, o controle e a avaliação da atividade aduaneira são atribuições essenciais da Receita Federal do Brasil, que as exerce por meio de seus Auditores-Fiscais. Percebe-se, portanto, que a atividade de Prático da Marinha Mercante não se coaduna com o exercício do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. Essa incongruência, com fulcro no inciso VII do art. 5º da Lei nº 12.813/2013, independe das condições individuais do efetivo exercício do cargo, posto que momentâneas e transitórias, mas advém do próprio vínculo funcional estabelecido entre Auditor-Fiscal e Receita Federal.”*

*Despacho nº 4.392/2014/GAB/STPC/CGU-PR, de 05/09/14: “2. (...) Ressalte-se que a consulta foi apresentada pela unidade de correição da RFB, e não pelo servidor.*

*3. (...) por razões de economia processual, pelo zelo e cuidado preventivo da Coger/RFB ao submeter o assunto à apreciação desta CGU, e pela relevância de que se reveste a matéria, CONHEÇO da presente consulta.*

*4. Posto isso, APROVO a Nota Técnica nº 1.884/2014/CGINT/DIACI/STPC/CGU-PR, de 29 de agosto de 2014, e a adoto como fundamento para:*

*5. DECIDIR, conforme conclusão apresentada nos itens 21 a 22 da Nota Técnica em comento, nos termos em que foi apresentada a consulta, e em conformidade com o disposto na Lei nº 12.813 de 2013, que CONFIGURA CONFLITO DE INTERESSES o exercício da atividade de Praticagem da Marinha Mercante (Prático ou Praticante de Prático) com o exercício de cargo da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil por força do disposto no inciso VII do art. 5º da Lei de Conflito de Interesses, o qual dispõe configurar conflito de interesses ‘prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado’. (Processo MS 6808/DF)*

*6. ASSEVERAR, diante do exposto nos itens 7 e 22 da Nota Técnica em*

*comento, que o servidor da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil licenciado está sujeito às restrições impostas pela Lei de Conflito de Interesses. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que ‘a licença para trato de interesses particulares não interrompe o vínculo existente entre o servidor e a Administração Pública devendo este estar obrigado a respeitar o que lhe impõe a legislação e os princípios da Administração Pública’, Processo MS 6808/DF.*

*9. DESTACO, no caso particular do exercício da atividade de Praticagem por servidor ocupante de cargo da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil, que a incompatibilidade alegada pelo órgão consulente entre a atividade exercida e as atribuições do cargo, que ensejaria o enquadramento no inciso III do art. 5º da Lei do Conflito de Interesses, é resultado, mera consequência, do enquadramento no inciso VII do mesmo artigo. Ressalte-se que o inciso VII, ao contrário do inciso III, não faz referência a cargo nem a atribuições do agente. Portanto, abrange a todos os cargos da Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil indistintamente.”*

Na mesma linha já se manifestou a PGFN, por meio do seu Parecer PGFN/Cojég nº 295/2017, de didática e extensa reprodução:

*Parecer PGFN/Cojég nº 295/2017: “30. Conforme se demonstrará mais adiante nesse parecer, a praticagem não se enquadra como cargo público. Trata-se de atividade privada sem qualquer vínculo com a Administração Pública. Não é possível, mormente, classificar a praticagem como função pública. Isso porque, função pública é o exercício de atividade em nome e sob os comandos da Administração Pública. A praticagem é atividade privada na qual a remuneração é paga por pessoas privadas, externas ao aparelhamento administrativo, bem como as atividades realizadas não estão sob o comando da Administração Pública. Inclusive a fixação do preço do serviço de praticagem é feita livremente entre o transportador e o prático ( ou a entidade a que este se vincula). Vale salientar que o argumento de ser atividade de caráter privada foi utilizado para afastar o tabelamento dos preços proposto pela Comissão Nacional de Assuntos de Praticagem.*

*74. O Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil é autoridade aduaneira incumbida de executar e supervisionar procedimentos de fiscalização aduaneira. Como tal, possui como atribuições a cobrança de tributos de comércio exterior, repressão ao contrabando e descaminho, aplicação de penalidades aos diversos atores participantes do comércio exterior gestão e execução dos serviços de administração, fiscalização e controle aduaneiro.*

*75. Outrossim, a legislação supra mencionada estabeleceu a precedência, o poder fiscalizatório e o controle que a autoridade aduaneira exerce sobre os responsáveis pelas embarcações. Ora, como se viu, o Prático da Marinha Mercante é um profissional autônomo contratado diretamente pelo responsável pelas embarcações (Armador). Neste contexto, mostra-se incontestável a incompatibilidade entre a função de Prático e de Auditor-fiscal da Receita Federal do Brasil, uma vez que a autoridade aduaneira prestaria serviços a serem remunerados por instituições privadas, sujeitas ao controle fiscal do órgão que esta mesma autoridade possui vinculação funcional.*

*76. De fato, é inconcebível que Auditor-fiscal da Receita Federal do Brasil exerça atividade privada na mesma área de atuação ( comércio exterior) da instituição que representa, ainda que, como no caso em tela, o contexto fático-probatório não indique que o servidor acusado tenha causado lesão financeira ao patrimônio público ou se valido do cargo de AFRFB para lograr benefício pessoal ou de outrem. Não obstante, tal situação acarreta risco ao controle aduaneiro, haja vista a possibilidade de celebração de acordos contrários ao regramento jurídico e aos interesses do país, na medida em que um AFRFB que esteja atuando como Prático poderá estar, em determinado momento, discutindo valores ou prestando assessoria ao transportador e, em momento posterior, estar fiscalizando os documentos emitidos por aquele mesmo*

*transportador.*

*77. Por outro lado, cabe salientar que, contrariamente ao alegado pela defesa, o conflito de interesses, ainda que potencial, entre a função pública e a atividade privada independe da lotação do servidor em zona secundária, ao invés da zona primária (fiscalização).*

*Tal se dá porque a área ou setor de atuação do servidor não retira as competências definidas em lei para o cargo de AFRFB, permanecendo as mesmas atribuições, prerrogativas, deveres e obrigações. Isso porque, o fato de o servidor exercer atividades em zona secundária não afasta o perigo de lesão, posto que permanece o potencial e possível conflito de interesse. Destaque-se que o estabelecimento do local de trabalho é fruto de conveniência da Administração, que, a qualquer momento - visando melhor eficiência na execução dos trabalhos - pode alocar o servidor em área distinta de sua qualificação técnica atual, capacitando-o para o desempenho da nova atividade, com possibilidade de existir, não mais conflito potencial, e, sim, o material. Impende ressaltar ainda que as proibições que levam à incompatibilidade de funções devem ser observadas pelo servidor, até mesmo em períodos de afastamento para tratar de assuntos particulares, conforme conceitua o Parágrafo Único, II, do artigo 117, da Lei nº 8.112, de 1990.*

*122. No caso dos autos, está patente a incompatibilidade e o conflito concreto de interesses na conduta do acusado de exercer atividade privada de Prático da Marinha Mercante, engajado em atividade econômica privada consistente na prestação de serviços a intervenientes do comércio exterior, atendendo interesses de clientes em posição antagônica aos interesses da instituição na qual ocupa cargo efetivo. Essa conduta ultrapassou a mera incompatibilidade de atividades prevista no art. 117, inciso XVIII, da Lei nº 8.112, de 1990, e a violação ao preceito contido no art. 116, inciso IX, da mesma norma, de modo a ser enquadrável como ato de improbidade administrativa, conforme art. 132, inciso IV, da mesma Lei, com a definição dada pelo art. 11, caput, da Lei nº 8.429, de 1992.”*

E, se a CGU/STPC tem firme o entendimento de que o conflito de interesses se perfaz também em face de servidor ocupante do cargo de ATRFB, com menor poder fiscalizatório que o AFRFB, não é necessário nenhum esforço para também compreender que a mácula da inaceitabilidade também recai se um servidor ocupante de qualquer cargo administrativo do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda - MF (Pecfaz, do Quadro de Pessoal do MF, já descrito em **4.7.13.8.7**) em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil exercer o serviço de praticagem - até porque, independentemente de atribuições legais de cargo, conforme já se afirmou acima, a atuação como prático de imediato fere a necessária compatibilidade (leia-se: dedicação, comprometimento) com a jornada de trabalho, o que resta absolutamente inconciliável.

Não por acaso, todas as construções formuladas no presente tópico culminaram em idênticas conclusões para servidores ocupantes de cargos da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil e para servidores ocupantes de cargos administrativos do Pecfaz em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil. A única diferença reside no arcabouço de embasamento de tais convicções.

De um lado, para os servidores da carreira específica, há o comando normativo expresso e vinculante da Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, que impõe de forma imponderável a caracterização de que praticagem exercitada por AFRFB e por ATRFB suscita conflito de interesses.

De outro lado, para os servidores da cargos administrativos do Pecfaz, que também possuem algum grau de conhecimento das estratégias e de acesso a informações sigilosas (embora seus cargos acessem informações fiscais mais restritas que AFRFB e ATRFB) e cujas atribuições legais são genéricas de apoio e ligadas mais fortemente às competências do órgão em que o servidor é lotado, para se atestar a existência de conflito de interesses entre o

exercício do múnus público e a praticagem, faz-se necessário retomar o exame das competências institucionais, já listadas em **4.7.3.18.5**. Não obstante, não resta dúvida que pouca eficácia teria a definição de incompatibilidade e de conflito de interesses se se restringisse sua aplicação apenas aos cargos pertencentes à Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil e se deixasse os cargos administrativos à margem da vedação, pois permaneceriam os efeitos nocivos a que se visa evitar e coibir, como a possibilidade emprego daqueles conhecimentos ou de acesso a informações sigilosas e de prejuízos à imagem do órgão perante a sociedade.

Outra diferença de que se pode cogitar no tratamento dispensado a servidores da carreira específica e a servidores de cargos administrativos reporta-se ao que se aduziu em **4.7.3.18.6.c** e em **4.7.3.18.7**, especificamente no caso de servidores ocupantes de cargo administrativo integrante do Pecfaz, uma vez que a Portaria RFB nº 444, de 23/03/15, não os vincula, é viável se cogitar de a prática da atividade se dar sem a plena consciência de sua ilicitude. Assim, soa razoável adotar postura cautelosa que contemple a possibilidade de ausência de conhecimento de todos os elementos do enquadramento associado à ilicitude e dar-lhe ciência da incompatibilidade e conceder-lhe prazo para cessar a conduta ilícita, antes de instaurar o PAD em que se pode cogitar de aplicação de pena de demissão por improbidade administrativa. Também como diferencial, para estes servidores, estranhos à Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, não se cogita de descumprimento da vedação de exercício de atividades privadas, imposta pela Lei nº 11.890, de 24/12/08, pois esta Lei não os vincula.

Por fim, quanto ao praticante de prático, o entendimento é diverso. O praticante de prático é uma categoria de aspirante a prático, que não atua como prático e não exerce as atribuições de prático. A situação se assemelha a um curso de formação, após habilitação em um processo seletivo, como pré-requisito necessário para auferir a posterior habilitação como prático. O praticante de prático passa por um programa de qualificação supervisionado, a cargo da respectiva Capitania dos Portos e da entidade dos práticos daquele determinado porto, com duração de 12 a 18 meses, em que acompanha os trabalhos dos práticos, com o fim de aprendizado.

Sendo certo que o praticante de prático não presta o serviço de praticagem, exclusivo dos práticos, não há que se imputar à participação no tal programa de qualificação a mácula de atividade conflituosa, na mesma linha de entendimento por que é a atuação do prático, pois não se configura sequer a ação verbal do enquadramento estabelecido no inciso VII do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, qual seja, de prestar o serviço.

Soa irrazoável, desproporcional e divorciado do bom Direito equiparar, para fim de regime jurídico punitivo, o praticante de prático ao prático. Aquele ainda não foi habilitado e não goza de direitos e tampouco submete-se aos deveres do prático. De um lado, ainda não auferiu a definitiva e acabada ocupação daquele posto de trabalho. De outro lado, jamais poderá obter tal intento caso seja obrigado a manter sua jornada na Secretaria da Receita Federal do Brasil, a menos que incorra na incompatibilidade de horário de trabalho ou que adote conduta absenteísta. E menos ainda parece sensato impor-lhe o risco de precocemente exonerar-se de seu cargo público na incerteza de posteriormente lograr ou não a habilitação como prático.

Neste contexto, para evitar a incursão em incompatibilidade por superposição de jornada (ou até mesmo imputações expulsivas como abandono de cargo ou inassiduidade habitual) e para não impor precoce e temerário pedido de exoneração do cargo público, afigura-se como salutar solução temporária o emprego do instituto da licença não remunerada para tratar de interesses particulares, prevista no art. 91 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com duração de até três anos, nos termos internamente regulamentados pela Portaria RFB nº 2.324, de 23/09/09. As únicas condicionantes para tal concessão são que o servidor não pode estar em estágio probatório e a licença é concedida no interesse da Administração.

Ao ser novamente consultada, desta vez pelo próprio servidor interessado, a CGU/STPC mais uma vez externou sua convicção de que a prestação de serviço de praticagem por AFRFB configura conflito de interesses capitulado no inciso VII do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, conforme o Despacho nº 2.843/2015/GAB/STPC/CGU-PR, de 20/05/15, que aprovou a Nota Técnica nº 818/2015/CGINT/DIACI/STPC/CGU-PR, de 20/05/15. Mas, de outro lado, não considerou configurado o conflito de interesses na participação de praticante de prático no programa de qualificação em período de gozo de licença sem remuneração.

*Despacho nº 2.843/2015/GAB/STPC/CGU-PR, de 20/05/15: “Aprovo a Nota Técnica nº 818/2015/CGINT/DIACI/STPC/CGU-PR, de 20 de maio de 2015, e a adoto como fundamento para:*

*2. RECONHECER, nos termos em que foi apresentada a consulta, e em conformidade com o item 15 da Nota Técnica em comento, NÃO RESTAR CONFIGURADA situação de conflito de interesses.”*

*Nota Técnica nº 818/2015/CGINT/DIACI/STPC/CGU-PR, de 20/05/15: “2. Em sua consulta, datada de 22 de outubro de 2013, o Sr. (...), Auditor-Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil, (...), esclarece que, como candidato ao quadro de Práticos do porto (...), pretende exercer as atribuições de Praticante de Prático, última fase do Programa de Qualificação necessário à sua aprovação no Processo Seletivo para Prático. Dessa forma, pleiteia a concessão de licença não remunerada para o trato de assuntos particulares, com fundamento na Portaria RFB nº 2.324/2009 e na Lei nº 12.813/2013. O consulente esclarece que a atividade de treinamento é realizada na empresa Práticos da Barra do Rio Grande Ltda, constituindo uma atividade inteiramente privada. O consulente acrescenta que os custos do Programa de Qualificação correm por conta do Praticante de Prático, que não faz jus a salário ou remuneração pela empresa de praticagem.*

*12. No entanto, deve-se levar em conta que a situação ora em análise é diferente. O caso em tela não versa sobre o exercício da atividade de Prático da Marinha Mercante por Auditor-Fiscal em exercício na RFB, mas sobre a possibilidade de participação de um Auditor-Fiscal da RFB em Programa de Qualificação de Praticante de Prático durante período de licença. Conforme salientado pelo solicitante no formulário de consulta, o Praticante de Prático desempenha suas atividades dentro de um Programa de Qualificação, etapa necessária à aprovação no Processo Seletivo para Prático. Embora realizada em empresa de praticagem, trata-se de uma atividade de treinamento, não remunerada.*

*13. Dessa forma, o principal elemento que determina o enquadramento do exercício da atividade de Prático da Marinha Mercante por Auditor-Fiscal da RFB no inciso VII do art.5º da Lei nº 12.813/2013, qual seja, a prestação de serviço a empresa de transporte marítimo, que desempenha atividade fiscalizada, regulada e controlada pela RFB, está ausente no caso em tela. O Praticante de Prático ainda não é um Prático da Marinha Mercante, e, dessa forma, não pode desempenhar livremente as atividades reservadas a esses profissionais. Não é por outro motivo que o Praticante de Prático realiza suas atividades sob a supervisão de outros Práticos (NORMAN 12/DPC, 0223). Não há como caracterizar a prestação de serviços de praticagem a empresa de transporte marítimo por uma pessoa que não é um Prático da Marinha Mercante, mas que apenas exerce uma atividade de treinamento supervisionado, não remunerada. Não há que se falar em violação do inciso VII do art.5º da Lei nº 12.813/2013, portanto.”*

#### **4.7.3.19 - Inciso XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado**

Trata-se de inciso de imediato entendimento. O servidor deve manter atualizado seu cadastro junto ao órgão, de forma que a Administração disponha de base confiável de dados

com endereço, estado civil, escolaridade, número de dependentes, que tanto podem ser úteis para eventuais necessidades de se localizar o servidor quanto também para efeitos funcionais e financeiros. Diante da simplicidade fática deste enquadramento, convém remeter à leitura da parte final de **4.10.2.4.5**, acerca da indisponibilidade de instauração de rito para apurar irregularidade funcional.

*“Dados cadastrais são todas as informações concernentes ao servidor público e de interesse da Administração, para fins estritamente limitados à gestão de pessoal e à eficiência na realização do serviço público. A exigência de conhecimento de dados deve deter-se ao mínimo necessário para a execução de uma boa administração e tutela dos interesses a cargo do Estado, não podendo ir além desse liame, sob pena de violação ilegal da intimidade, da vida privada, da honra ou da imagem da pessoa. Desta feita, os dados dizem respeito ao nome, número de documentos básicos, tais como PIS/PASEP, carteira de identidade, cadastro nacional de pessoa física - CPF, certificado de reservistas e título de eleitor, estado civil, domicílio, e, em muitos casos, números de telefones e endereço de e-mail, assim como elementos relativos à declaração de imposto de renda de pessoa física- IRPF, e nomes e endereços dos ascendentes e descendentes.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pgs. 251 e 252, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

Não obstante, compreende-se esta irregularidade configurada não apenas com a incorreção ou desatualização dos dados cadastrais, mas sim é relevante que o servidor seja instado a atualizá-los e injustificadamente se recuse a fazê-lo. Em razão das definições já apresentadas em **2.5.3.2**, este ilícito tem natureza permanente, pois, embora a ilicitude já se consuma desde o primeiro momento em que o servidor é instado a realizar a tal atualização e não o faz, a conduta antijurídica de afronta se prolonga no tempo até que o infrator resolva atender à determinação.

Pode-se compreender como afronta a este inciso o descumprimento do mandamento insculpido no art. 162 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, especificamente voltado para o servidor arrolado em processo disciplinar. Conforme já aduzido em **4.3.7**, impropriamente, este dispositivo impõe ao “indiciado” o dever de comunicar sua mudança de endereço residencial, quando, por óbvio, a leitura sistemática da Lei permite interpretar sua aplicação mais ampla, ao “acusado” no processo.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 162. O indiciado que mudar de residência fica obrigado a comunicar à comissão o lugar onde poderá ser encontrado.*

#### **4.7.4 - Infrações Causadoras de Penas Capitais no Art. 132**

Todos os enquadramentos abaixo discriminados implicam penas capitais. Em razão disto, em regra, têm como pré-requisito a comprovação, por parte da comissão, de que a conduta do servidor tenha sido dolosa (com exceção da desídia, já mencionada no inciso XV do art. 117, que está referenciado no inciso XIII deste art. 132 do Estatuto).

É de se ressaltar que, à luz do atual ordenamento constitucional (leia-se art. 5º, LV da CF), não se admite nenhuma hipótese de configuração de qualquer destes ilícitos e a consequente apenação sem a instauração do devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, por mais imediato, notório ou faticamente simplório que possa parecer algum enquadramento. Neste sentido, para qualquer inciso deste artigo, aproveitam-se os argumentos expostos em **4.10.2.4.5**, em que se defende o rito legal para hipótese do art. 130, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Seguem abaixo os enquadramentos do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com algumas observações cabíveis mais relevantes.

*Lei nº 8.112 - Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:*

- I - crime contra a administração pública;*
- II - abandono de cargo;*
- III - inassiduidade habitual;*
- IV - improbidade administrativa;*
- V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;*
- VI - insubordinação grave em serviço;*
- VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;*
- VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;*
- IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;*
- X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;*
- XI - corrupção;*
- XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;*
- XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.*

#### **4.7.4.1 - Inciso I - crime contra a administração pública**

Conforme já se havia introduzido em **3.2.1**, embora figurem no art. 132, I do Estatuto como hipóteses causadoras de demissão, os crimes contra a Administração Pública não são apurados pela autoridade administrativa e, portanto, recomenda-se que não sejam incluídos na indicição de processo administrativo disciplinar. Os crimes especiais (por requererem a qualificação de o agente ser servidor) contra a Administração Pública estão elencados nos arts. 312 a 326 do CP (a que se faz remissão, de desnecessária reprodução neste texto) e são exclusivamente apurados mediante ação penal pública, promovida pelo Ministério Público Federal.

##### *CP - Ação pública e de iniciativa privada*

*Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)*

*§ 1º A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)*

Mas, deve-se atentar para o fato de que a leitura desta expressão “crimes contra a Administração Pública”, no CP, refere-se a todo o Título XI, do qual os arts. 312 a 326 do CP são apenas o Capítulo I, dos crimes contra a Administração em geral. Estes artigos tratam dos crimes contra a Administração em geral especificamente cometidos por servidores, quando do exercício de sua função pública. Há ainda quatro outros Capítulos, de II a V, nos arts. 328 a 359-H do CP, englobando os crimes praticados por particulares contra a Administração em geral (Capítulo II), os crimes praticados por particulares contra a Administração Pública estrangeira (Capítulo III), os crimes contra a Administração da justiça (Capítulo IV) e os crimes contra as finanças públicas (Capítulo V). Alguns destes crimes, sobretudo dos capítulos intitulados crimes praticados por particulares (dos Capítulos II e III), têm a peculiaridade de serem cometidos exclusivamente por particulares (tendo excluídos como seus autores os agentes públicos no desempenho de suas funções) e outros deles podem ser cometidos tanto por particulares quanto por agentes públicos no desempenho de suas funções. Embora todos esses crimes, formalmente, sejam crimes contra a Administração e pudessem estar, em sua totalidade dos cinco Capítulos do Título XI do CP, inseridos no alcance do art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, é necessário levantar aqui uma linha de coerência sistemática. Ora, se já se defendeu reiteradamente que o regime disciplinar volta-se apenas aos atos ilícitos praticados no desempenho do cargo ou àqueles atos que ao menos tenham um correlação com o cargo ocupado, mantendo afastada da persecução disciplinar, como regra, a vida privada, aqui destoaria de interpretação sistemática defender que qualquer crime que, por sua própria definição, somente é praticável por particular. Ainda assim, são crimes contra a Administração Pública. O caminho mais sensato é ponderar a literalidade do Título XI do CP com o enquadramento do art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de forma que,

para fins disciplinares, não importam condutas que, embora típicas no Direito Penal como crimes contra a Administração Pública, não são realizados por servidores em pleno exercício do cargo ou sequer são a ele relacionadas.

*“Os crimes, no entanto, referidos na Lei nº 8.112/90 são todos, sem exceção, os que se acham catalogados no Código Penal ou em leis extravagantes, que podem ser praticados por servidores contra o Estado.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pgs. 60 e 61, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“(…) os fatos puníveis não são apenas os crimes funcionais catalogados pelos arts. 312 a 326 do Código Penal, mas todo e qualquer crime contra a Administração.*

*Incluem-se (...) os dos arts. 328 e segs, do CP (crimes praticados por particular contra a Administração em geral, neste caso com o servidor fora do exercício de suas funções) e os dos arts. 338 e segs. do CP (crimes contra a administração da justiça) (...).” Edmir Netto de Araújo, “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, pgs. 201 e 212, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

E, no caso ainda mais específico de que aqui se trata, de crimes praticados por servidores do Fisco, que detêm atribuição legal de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social de competência federal, o inciso I do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, deve ter leitura extensiva, alcançando também os crimes contra ordem tributária do art. 3º da Lei nº 8.137, de 27/12/90.

Em síntese, este art. 3º da Lei nº 8.137, de 27/12/90, tipifica crimes similares aos previstos nos arts. 314, 316, 317 e 321 do CP, prevendo, entretanto, penas mais gravosas. Configurada uma destas hipóteses típicas, uma vez que o ordenamento repudia o *bis in idem* (dupla penalização para mesmo fato), resolve-se o aparente conflito de normas elegendo-se, para o caso de servidores da Secretaria da Receita Federal do Brasil, a cominação da Lei nº 8.137, de 27/12/90. Por ser mais específica (exige que o agente seja servidor fazendário, enquanto o CP trata de servidores quaisquer), a Lei nº 8.137, de 27/12/90, deve prevalecer sobre a norma penal mais geral.

*Lei nº 8.137, de 27/12/90 - Art. 3º. Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):*

*Art. 15. Os crimes previstos nesta lei são de ação penal pública, aplicando-se-lhes o disposto no art. 100 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.*

Deparando-se com indícios de cometimento de algum destes crimes funcionais, *lato sensu* (do CP e da Lei nº 8.137, de 27/12/90), deve a comissão representar para a autoridade instauradora, a fim de que esta remeta o caso ao Ministério Público Federal, conforme **4.10.6.5.**

#### **4.7.4.1.1 - Necessidade de Trânsito em Julgado e Sobrestamento**

Neste caso, em que se estaria cogitando de conduta capaz de satisfazer aos requisitos mais exigentes da tipificação penal, com certeza também será cabível algum enquadramento administrativo puro, já que esta instância tem requisitos mais elásticos para considerar uma conduta como ilícito. E é assim que se recomenda que aja a comissão ao se deparar com tal hipótese: proceder à indicição com base em enquadramento administrativo puro e não no art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Neste sentido já se manifestou a Advocacia-Geral da União, no Parecer AGU nº GQ-124, vinculante:

*“17. Todo crime praticado por funcionário contra a administração pública*

*(Código Penal, arts. 312 a 327), constitui, também uma infração administrativa, capitulada ou no art. 117 ou no art. 132 da Lei nº 8.112/90. A recíproca, porém, não é verdadeira: nem toda infração disciplinar configura crime.”*

*“A infração disciplinar é um ‘minus’ em relação ao delito penal, daí resultando que toda condenação criminal, por ilícito funcional, acarreta punição disciplinar, mas nem toda falta administrativa exige sanção penal.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 47, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

A recomendação de não enquadrar como crime contra a Administração Pública se justifica porque se, hipoteticamente, na instância disciplinar, a comissão indicasse com base unicamente no CP ou na Lei nº 8.137, de 27/12/90, após recepcionar a defesa, o processo administrativo disciplinar ficaria sobrestado, aguardando a decisão judicial, por não ser a Administração competente para tal apuração. Como os crimes contra a Administração Pública são apurados judicialmente, tão somente por ação penal pública, a demissão com base em art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, requer condenação criminal transitada em julgado. Também neste sentido já se manifestou a Advocacia-Geral da União, novamente no Parecer AGU nº GQ-124, vinculante.

*“18. (...) a demissão, com fundamento no inciso I do art. 132, deve ser precedida de decisão judicial transitada em julgado.”*

*Formulação Dasp nº 128. Demissão*

*Não pode haver demissão com base no item I do art. 207 do Estatuto dos Funcionários, se não precede condenação criminal.*

*(Nota: O inciso I do art. 207 do antigo Estatuto previa a aplicação de pena de demissão nos casos de crimes contra a administração pública.)*

*“De efeito, deduz-se que, pelo princípio constitucional do juiz natural, somente o juízo criminal competente poderá, por meio de sentença formal, reconhecer a existência desses delitos, sem o que inexiste título jurídico para fundamentar, por esse motivo, a demissão do servidor público. Daí porque reprimendas como tais deverão aguardar que esses julgamentos transitem em julgado.” José Armando da Costa, “Controle Judicial do Ato Disciplinar”, pg. 238, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2002*

Neste tema, é de se ratificar que o Parecer AGU nº GQ-124 não manifesta que a eventual demissão do servidor, por ato grave a ponto de também ser tipificado como crime, se condiciona ao deslinde da instância penal, nos casos em que há repercussões disciplinar e penal em razão de mesmo fato. O que tão somente a manifestação administrativa ratifica é que, para a específica e exclusiva demissão em razão de enquadramento no art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, necessita-se, como pré-requisito, da decisão judicial definitiva a cargo do Poder competente para afirmar o crime, que é o Poder Judiciário. Mas isto em nada se confunde com o inafastável princípio da independência das instâncias que, de forma geral, permite que, para um mesmo fato, enquanto a Administração aplique ao servidor a pena de demissão em razão de enquadramento autônomo ao do art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a instância penal também promova a sua ação e a devida apenação. Daí, embora legalmente previsto na Lei estatutária, não se emprega o enquadramento no art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, mesmo que haja fortes indícios de conduta criminoso, sendo certo que se obtêm outros enquadramentos estritamente administrativos que se aplicam à conduta também criminoso, deixando-se de depender de decisão judicial definitiva.

Conforme se verá ao se analisar o inciso XI do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, somente a corrupção mereceu tratamento de exceção por parte do legislador, em que a tipificação penal não impede o simultâneo enquadramento administrativo. Mas nem naquele inciso se recomenda enquadrar na indicição de processo administrativo disciplinar.

#### 4.7.4.1.2 - Manifestação Judicial para Perda do Cargo

Daí, na prática, o enquadramento no art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, somente interessa como repercussão da esfera penal e nunca como hipótese de enquadramento administrativo *a priori*. Somente sobra uma única hipótese em que se pode aventar deste enquadramento, conforme a seguir se esclarece.

Há previsão, no CP, em seu art. 92, para o efeito acessório da perda do cargo para servidor condenado judicialmente com pena privativa de liberdade (penas de reclusão e de detenção). Tendo sido definitivamente condenado na esfera penal por mais de um ano por crime funcional *lato sensu* (em quaisquer casos tipificáveis como abuso de poder - qualquer forma de abuso de autoridade, nas espécies de excesso de poder e desvio de poder ou desvio de finalidade - ou como violação de dever para com a Administração Pública, o que pode fazer subentender todos os crimes previstos no art. 3º da Lei nº 4.988, de 9 de dezembro de 1965, e todos os crimes previstos nos arts. 312 a 326 do CP e alcançando também os crimes contra ordem tributária do art. 3º da Lei nº 8.137, de 27/12/90) ou por mais de quatro anos por crime comum, o servidor pode sofrer ainda a perda do cargo, se assim declarar o juiz na sentença.

*CP - Art. 92. São também efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)*

*I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996)*

*a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública;*

*b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.*

*Parágrafo único. Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

Trata-se de uma prerrogativa do juiz, não de uma obrigação. Mesmo condenando na esfera penal à privação de liberdade, o magistrado não é obrigado a manifestar a perda do cargo - somente o fará no sopesamento do grau de reprovabilidade da conduta tipificada no que tange à permanência do condenado como agente público, à vista da natureza da conduta, do dano dela decorrente e das condições pessoais do servidor.

É de se lembrar que, privado de sua liberdade, o servidor não exerce seu cargo e, portanto, não faz jus à sua remuneração. Mas a Lei prevê uma espécie de assistência familiar. De acordo com o art. 229 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, no inciso I do seu *caput*, havendo prisão em flagrante ou prisão preventiva do servidor, por qualquer motivo, a sua família faz jus ao recebimento do auxílio-reclusão, enquanto perdurar a prisão, no valor de dois terços da remuneração do agente; e conforme o § 1º do mesmo comando legal, caso venha a ser absolvido (o que subentende-se no trânsito em julgado da sentença absolutória, por qualquer hipótese prevista no art. 386 do CPP), o servidor tem direito a receber a íntegra de sua remuneração, retroativamente, pelo tempo em que foi suspensa em razão da prisão, descontadas as parcelas de auxílio-reclusão que porventura a família tenha recebido. Ainda nos termos do art. 229 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, no inciso II do seu *caput*, caso o servidor cumpra pena em razão de condenação penal em sentença definitiva, a sua família igualmente faz jus ao auxílio-reclusão, no valor de metade da remuneração do agente, desde que, obviamente, o juiz não tenha determinado a perda do cargo, hipótese em que, após o cumprimento da pena, o servidor reassume seu cargo. Por fim, na letra do § 2º do mencionado comando legal, o pagamento de auxílio-reclusão à família cessa no dia seguinte ao que o servidor é posto em liberdade, ainda que condicional.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 229. À família do servidor ativo é devido o auxílio-reclusão, nos seguintes valores:*

*I - dois terços da remuneração, quando afastado por motivo de prisão, em flagrante ou preventiva, determinada pela autoridade competente, enquanto perdurar a prisão;*

*II - metade da remuneração, durante o afastamento, em virtude de condenação, por sentença definitiva, a pena que não determine a perda de cargo.*

*§ 1º Nos casos previstos no inciso I deste artigo, o servidor terá direito à integralização da remuneração, desde que absolvido;*

*§ 2º O pagamento do auxílio-reclusão cessará a partir do dia imediato àquele em que o servidor for posto em liberdade, ainda que condicional.*

*§ 3º Ressalvado o disposto neste artigo, o auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015)*

Acrescente-se que, em caso de condenação com pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção, conforme o inciso I do art. 32 e o art. 33, ambos do CP) não superior a quatro anos somada ao atendimento de outras condicionantes, o art. 44 do CP determina que o juiz converta aquela mais grave sanção em penas restritivas de direitos (definidas no art. 43 do CP). Cabe questionar se a perda do cargo, que, segundo a alínea “a” do inciso I do art. 92 do CP, pode ser declarada em decorrência de aplicação de pena privativa superior a um ano por crime funcional, se harmoniza com a conversão em pena restritiva de direitos, que o art. 44 do mesmo Código vincula caso aquela condenação não supere quatro anos.

A elucidação da controvérsia passa pela visão teleológica e sistemática do ordenamento. Primeiramente, esclareça-se que o efeito acessório da declaração da perda do cargo não decorre da inviabilidade física de o infrator ao mesmo tempo estar recluso ou detido e estar livre para exercer seu cargo na repartição mas sim da inteligência de que sua conduta criminosa o desqualifica a ser mantido na especial condição de agente público. Ademais, pondere-se que a maioria dos crimes funcionais tem pena mínima girando em torno de dois anos, o que viabiliza que aquele infrator venha a ser favorecido pela vinculada conversão da pena privativa de liberdade eventualmente aplicada em pena restritiva de direitos e, conseqüentemente, desqualificaria como letra morta inaplicável a competência concedida pela lei penal ao juiz de determinar a perda do cargo na maioria dos casos de réu primário com bons antecedentes criminais. Em acréscimo, compare-se que a Lei nº 8.112, de 1990, pune com pena expulsiva alguns ilícitos de natureza meramente comportamental, configurados em condutas que podem ser cometidas até mesmo sem mácula grave de caráter por parte do infrator e portanto de menor gravidade que muitos dos crimes contra a Administração Pública. Esta interpretação conglobante do Estatuto e da lei penal indica que a manutenção da declaração da perda do cargo em decorrência de condenação por pena privativa de liberdade entre um e quatro anos por crime funcional, ainda que obrigatoriamente convertida em pena restritiva de direitos, não só não soa desproporcional como também se alinha à intenção do legislador de conceder ao juiz a prerrogativa de entender que aquele infrator não se compatibiliza com a função pública e com a sua manutenção nos quadros oficiais. Por fim, o que poderia ainda restar de controverso no tema dissipa-se esclarecido, no mesmo sentido acima defendido, com a posição pacificada na jurisprudência, com reforço ainda da doutrina.

*STJ, Habeas Corpus nº 35.427: “Ementa: A incidência do efeito extra-penal específico disposto no artigo 92, I, a, do CP, nada tem a ver com a efetiva execução de pena privativa de liberdade, mas com sua “aplicação” por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes ali definidos, subsistindo, assim, a perda do cargo, ainda que tenha havido substituição da pena corporal.”*

*STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 358.326: Ementa: 3. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não impede a decretação da perda do cargo ou função pública, desde que apresentada a devida fundamentação.”*

*“Ratificando essa compreensão, a análise comparativa entre o Estatuto dos servidores públicos federais e o CP permitiu perceber que o § único do art. 137*

*estatutário prevê a impossibilidade de retorno ao serviço público do servidor demitido por: crime contra a administração; improbidade administrativa; aplicação irregular de dinheiro público; lesão aos cofres públicos; e corrupção. Ora, se a lei administrativa não permite que o servidor demitido em função daquelas condutas retorne aos seus quadros, como poderia a lei penal autorizar que ele permaneça?”, Luciano Rosa Vicente, “A Controvérsia da Perda do Cargo Público Como Efeito da Condenação Penal”, Revista Fórum Administrativo, nº 188, pgs. 59 a 67, Editora Fórum, outubro de 2016*

*“(…) não merece prosperar o entendimento de que a decretação da perda do cargo público é incompatível com a conversão de penas. Isso porque o objetivo daquele efeito da condenação não é a incompatibilidade da prisão com a permanência do condenado no cargo público, mas sim a necessidade de se afastar da Administração Pública o servidor que agiu com abuso de poder ou violação de dever funciona.”, Luciano Rosa Vicente, “Conversão de Prisão em Restritiva de Direitos: STJ Decide pela Perda do Cargo Público”, disponível em <https://jus.com.br/artigos/55249>, acesso em 19/04/17*

De forma lógica, concentrou-se a discussão acima no terreno da condenação a pena privativa de liberdade, por crime funcional, a partir de um ano (inclusive) e até quatro anos (exclusive), dispensando-se avaliar a condenação por crime comum, pois, neste caso, somente se cogita de declaração de perda do cargo com pena igual ou superior a quatro anos, o que em geral inviabiliza a conversão para penas restritivas de direito (a menos do *quantum* exato de quatro anos). Por outro lado, parece mais consentâneo esclarecer que a eventual prescrição da pena em si acarreta também a prescrição do declarado efeito acessório de perda do cargo e que a decretação da perda de determinado cargo, em razão do qual se deu a condenação penal, não se constitui em definitiva declaração de inabilitação, não impedindo nova investidura em outro cargo, mas tampouco se reverte, com reintegração no cargo perdido, em hipótese de reabilitação criminal.

*CP - Art. 32. As penas são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*I - privativas de liberdade;*

*II - restritivas de direitos;*

*III - de multa.*

*Reclusão e detenção*

*Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*§ 1º Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;*

*b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;*

*c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.*

*§ 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;*

*b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;*

*c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.*

*§ 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (Incluído pela Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003)*

*Penas restritivas de direitos*

*Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998)*

*I - prestação pecuniária; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)*

*II - perda de bens e valores; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)*

*III - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)*

*IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)*

*V - interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)*

*VI - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)*

*Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)*

*I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)*

*II - o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)*

*III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)*

*§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)*

*§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)*

*§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)*

*§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)*

Ou seja, havendo a expressa manifestação do juiz na sentença, a condenação penal transitada em julgado (seja por crime funcional ou comum) repercute diretamente na via administrativa, sem necessidade de se proceder a processo administrativo disciplinar. Esta perda de cargo, como mero cumprimento de ordem judicial, não se reveste da qualidade de pena administrativa.

*Formulação Dasp nº 9. Perda da função pública*

*Ocorrendo a perda de função pública, em razão de sentença condenatória transitada em julgado, cabe à autoridade competente para demitir declarar a desinvestidura do funcionário.*

Não se deve confundir a falta de manifestação expressa do juízo pela perda do cargo com impedimento para que a Administração, após a condenação penal definitiva pela autoria do crime funcional (arts. 312 a 326 do CP ou art. 3º da Lei nº 8.137, de 27/12/90, ou ainda o art. 3º da Lei nº 4.988, de 1965), proceda ao processo administrativo disciplinar. Pode o juiz ter condenado por menos de um ano pelo crime funcional (quando o juiz não pode manifestar

a perda do cargo) ou não ter manifestado a perda do cargo embora tenha condenado por mais de um ano pelo crime funcional (quando é prerrogativa do juiz fazê-lo ou não). Estas são as únicas hipóteses em que a Administração está autorizada a demitir com base no art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, pois o fato criminoso já foi comprovado pela competente esfera judicial.

Destaque-se que eventual provocação para que a Advocacia-Geral da União atue no curso da instrução probatória (no caso, postulando em juízo para obtenção de provas de ação penal) não impede sua posterior atuação na fase de julgamento (por meio de Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda, por exemplo, como é o caso dos julgamentos de competência do Ministro de Estado da Fazenda).

*Mandado de Segurança nº 14.504: “Ementa: 4. Admite-se a atuação da Advocacia-Geral da União no processo disciplinar como auxiliar da comissão processante junto ao Poder Judiciário na obtenção de provas produzidas na ação penal intentada sob os mesmos fatos investigados na esfera administrativa.”*

*Voto: “(...) Destacou o autor da ação ser indevida a interferência da Advocacia-Geral da União na fase de instrução, pois esse mesmo órgão, ao término do procedimento, participa do julgamento do feito. Sem razão, contudo, o impetrante. (...) Na espécie, o servidor investigado, auditor da receita federal, era vinculado ao Ministério da Fazenda, sendo o ministro desta Pasta o juiz natural do processo administrativo disciplinar e não o Advogado-Geral da União. Ainda, a função da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, na esfera administrativa, é de assessoramento e orientação dos dirigentes do Poder Executivo Federal, para dar segurança jurídica aos atos administrativos que serão por eles praticados. Assim, o parecer apresentado no processo administrativo disciplinar tem cunho meramente informativo. Não há se falar, portanto, que a Advocacia-Geral da União teria participação no julgamento do feito. De outro vértice, observa-se ter sido a Advocacia-Geral da União acionada tão somente para solicitar documentos colacionadas nos autos da ação penal em trâmite na Justiça Federal contra o investigado, cujos fatos se relacionavam com o inquérito administrativo. Outra não poderia ter sido a atitude da comissão processante, uma vez que ela, ou seus membros, não possuem poder postulatório, pressuposto processual para estar em juízo, qualidade esta intrínseca à Advocacia-Geral da União, nos termos do artigo 131 da Constituição Federal.”*

Mas não será cabível processo administrativo disciplinar na hipótese de o servidor ter sido judicialmente condenado de forma definitiva por mais de quatro anos, em decorrência de crime comum, não tendo o juiz manifestado a perda de cargo, pois, pelo crime não funcional (em que se incluem os crimes comuns contra a Administração Pública, dos arts. 328 a 377 do CP), não se justifica a instauração da esfera disciplinar.

A regra, na prática, é de que nada impede que a Administração, a partir do conhecimento do ato irregular sob aspecto funcional, processe seu servidor, sem necessidade de esperar a decisão judicial definitiva. Isto porque, além de as instâncias serem independentes, como os enquadramentos administrativos são mais genéricos e elásticos, é bastante provável que aquela conduta tipificada em algum crime funcional do CP também possa ser enquadrada em alguma conduta irregular da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (como valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, do art. 117, IX, por exemplo).

*Formulação Dasp nº 17. Concussão*

*O fiscal que exige vantagem indevida para relevar infração comete o crime de concussão, devendo ser demitido na forma dos arts. 195, IV, e 207, X, do Estatuto dos Funcionários.*

*(Nota: O inciso IV do art. 195 do antigo Estatuto proibia ao servidor valer-se do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função e, para este caso, o inciso I do art. 207 do mesmo Estatuto previa a aplicação de*

*pena de demissão.)*

*STF, Mandado de Segurança nº 23.242: “Ementa: (...) I - Ilícito administrativo que constitui, também, ilícito penal: o ato de demissão, após procedimento administrativo regular, não depende da conclusão da ação penal instaurada contra o servidor por crime contra a administração pública, tendo em vista a autonomia das instâncias.”*

*Idem: STF, Mandado de Segurança nº 22.362*

*“Em conclusão, pode-se assentar que somente depois de haver a Justiça Criminal reconhecido a prática de crime contra a administração é que o servidor poderá ser demitido nos termos do art. 132, inciso I, da Lei nº 8.112/90. Pode a sua demissão, contudo, independe do juízo penal, caso essa mesma conduta, como expressão fática, subsuma-se em outro dispositivo legal, como, por exemplo, o inciso IV desse mesmo artigo, quando o fato, por exemplo, constitua também ato de improbidade administrativa, nos termos de uma das hipóteses previstas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, ou outra hipótese qualquer enquadrável em dispositivo diverso daquele (inciso I).” José Armando da Costa, “Controle Judicial do Ato Disciplinar”, pgs. 238 e 239, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2002*

*“Certo é que a apenação disciplinar deve ser proposta em virtude da prática infracional de natureza administrativa autônoma embora possa esta infração constituir elemento integrativo de crime contra a administração pública, como sejam ‘valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública’, ‘abandono de cargo ou de função’, ‘improbidade administrativa’, ‘lesão aos cofres públicos’, ‘dilapidação do patrimônio nacional’, receber subornos, gorjetas ou vantagens pelo desempenho de suas funções.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pgs. 69 e 70, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Além disto, se, em tese, a conduta foi tal que ensejou condenação criminal, que exige maior rigor probatório, provavelmente também configurará ilícito disciplinar, onde o rigor probatório e o rito formal são menores.

Relembre-se o já aduzido em **3.2.1** de que há outras previsões legais para determinação de perda do cargo de servidor público, em razão da incursão em crimes definidos nas Leis nº 8.666, de 21/06/93 (que trata de licitações), nº 7.716, de 05/01/89 (que define crimes de discriminação e de preconceito) e nº 9.455, de 07/04/97 (que define crime de tortura) e que não estão incluídos na definição de crimes contra a Administração Pública e, portanto, não estão no escopo deste tópico.

#### **4.7.4.2 - Inciso II - abandono de cargo**

Materialmente, a definição jurídica do abandono de cargo encontra-se no art. 138, ratificada pela descrição de sua materialidade na alínea “a” do inciso I do art. 140, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90: é a ausência intencional ao serviço por mais de trinta dias consecutivos. E, instrumentalmente, a exemplo da inassiduidade habitual e também da acumulação ilícita de cargos, o ilícito em tela tem seu apuratório em rito sumário, mas não configura nulidade a apuração em rito ordinário, visto que nenhum prejuízo traz à defesa (ao contrário, é um rito mais completo), conforme se verá em **4.11.1**.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 138. Configura abandono de cargo a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos.*

*Art. 140. Na apuração de abandono de cargo ou inassiduidade habitual, também será adotado o procedimento sumário a que se refere o art. 133, (...) (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*I - A indicação da materialidade dar-se-á: (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*a) na hipótese de abandono de cargo pela indicação precisa do período de ausência intencional do servidor ao serviço superior a trinta dias; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

O dispositivo do art. 138 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao enquadrar como ilícito disciplinar o fato de o servidor deixar à margem suas atribuições legais, de maneira intencional, por mais de trinta dias consecutivos, possui um elemento objetivo (temporal) e um elemento subjetivo (anímico, de dolo). Faz-se necessário então abordar estes dois elementos detidamente, não só em sua literalidade mas também em sua inteligência, com o fim de corretamente interpretar a vontade legal.

Primeiramente, quanto ao elemento objetivo temporal, percebe-se indubitavelmente que o legislador quis apenar, com este ilícito, a conduta prolongada de ausência, acima de um determinado limite de extensão ainda tido como aceitável e, a partir do qual, demarcador de totais desprezos, descasos, desapegos e desinteresses mesmo pelo cargo, pela instituição, pela tutela pública e pelo interesse público, a ponto de fazer merecer a ruptura do vínculo estatutário com o servidor. É de se atentar que a Lei contemplou uma larga margem de tolerância com o faltoso, tendo estabelecido um prazo suficientemente razoável, de trinta dias consecutivos, para que se comece a cogitar de abandono de cargo. Com este prazo, suprem-se indisponibilidades temporárias e até duradouras a que qualquer um está sujeito em sua vida cotidiana. Acima de trinta faltas e sem que sequer o servidor venha um único dia ao serviço, configurando a conduta absenteísta prolongada, a comprovação da intencionalidade aperfeiçoa o enquadramento e impõe a pena expulsiva.

Tanto é verdade que a definição da materialidade se aperfeiçoa tão somente com a indicação do período de ausência, ou seja, com a aposição do primeiro e do último dia de ausência ininterrupta, não sendo necessário que a portaria de instauração de rito sumário para apurar abandono de cargo identifique cada um dos dias do intervalo. No aspecto temporal, portanto, tem-se configurado o ilícito em tela com o lapso de pelo menos 31 dias consecutivos sem um único dia de efetivo exercício do cargo.

Na esteira, isto leva a concluir que a contagem temporal de abandono de cargo inclui fins de semana, feriados e dias de ponto facultativo que estejam intercalados em dias úteis de ausência ininterrupta do servidor. Em reforço à reinante interpretação de que, para a configuração do abandono de cargo, incluem-se os dias não úteis, apresentam-se manifestações do Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp) e da doutrina:

*Formulação Dasp nº 116. Faltas sucessivas*

*Na hipótese de faltas sucessivas ao serviço, contam-se, também, como tais, os sábados, domingos, feriados e dias de ponto facultativo intercalados.*

*Orientação Normativa Dasp nº 149. Faltas injustificadas*

*No cômputo de faltas sucessivas e injustificadas ao serviço, não se excluem os sábados, domingos e feriados intercalados.*

*“(...) nesses casos de faltas sucessivas ao serviço, incluem-se também, na contagem do prazo do abandono de cargo, os sábados, domingos, feriados e dias de ponto facultativo.” José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pg. 408, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

E, quanto ao elemento subjetivo doloso, para configurar o ilícito, deve a comissão comprovar a intencionalidade - ou ao menos a assunção consciente do risco da configuração, o chamado dolo eventual - do abandono do posto de trabalho por mais de trinta dias consecutivos. O termo “abandono” aqui assume o significado apenas de o agente intencionalmente deixar vaga, por um tempo mínimo determinado, a prestação do serviço público vinculada ao cargo que ocupa, independentemente se há ou não e qual seja a motivação de foro pessoal desta omissão. Não se deve ampliar tal exigência legal com comprovação de intenção de abandonar definitivamente o cargo e muito menos de se perquirir o chamado dolo específico, visto esta não ser elemento do enquadramento. Acerca da

consideração do dolo eventual, há manifestações administrativas vinculantes, com destaque para a construção externada pela Advocacia-Geral da União (AGU), no seu Parecer AGU nº GMF-6.

*Parecer AGU nº GMF-6, vinculante: “20. Desta forma, caberá ao Estado não apenas constatar (elemento objetivo) a ausência pelo prazo trintenário, mas, também, a intenção de se ausentar (elemento subjetivo), a qual pode ocorrer por dolo direto ou eventual, isto é, quando o servidor deseja ausentar-se ou, não desejando, assume o risco de produzir o mesmo resultado, conforme firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.”*

*Formulação Dasp nº 81. Abandono de cargo  
O abandono de cargo pode resultar, também, de dolo eventual.*

*Formulação Dasp nº 271. Abandono de cargo  
No abandono de cargo, o elemento subjetivo (‘animus’) há que ser apreciado com a maior objetividade.*

*Parecer PGFN/CJU/CED nº 1.498/2007: “23. Nesse diapasão, releva ponderar que, para a caracterização do animus abandonandi, não se exige que o servidor tenha a intenção de abandonar o cargo (o art. 138 da Lei nº 8.112, de 1990, apenas faz referência à ausência intencional do servidor, e não abandono intencional), o que implicaria em caracterizar o abandono do cargo sob o ponto de vista subjetivo do autor. O que se requer é a configuração de sua vontade consciente (dolo direto) em ausentar-se do serviço (por mais de trinta dias consecutivos, como visto), ou pelo menos a previsão e assunção do risco de que seu comportamento leve a tal ausência (dolo indireto ou eventual), caracterizando, destarte, o abandono de cargo do ponto de vista da Administração Pública.”*

*“Cabe à comissão comprovar, além da ausência, a intenção de se ausentar, a qual pode ocorrer por dolo direto ou eventual, isto é, quando o servidor deseja se ausentar ou, não desejando, assume o risco de produzir o mesmo resultado. No entanto, não se exige a comprovação de que o servidor tencionava abandonar permanentemente o cargo.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 306, 2013, disponível em [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual_PAD.pdf), acesso em 07/08/13*

*“(…) o elemento volitivo requerido pela lei (art. 138 do regime jurídico federal) não é realmente o dolo direto (a intenção firme e consciente de abandonar o cargo), razão por que busca o jurista Alcindo Noletto Rodrigues conciliar essa questão com a tese de que o dolo exigido é o eventual (indireto) e não o direto, assim, explicitando o seu ponto de vista:*

*‘O mais que se pode exigir, in casu, como elemento subjetivo da configuração do ilícito disciplinar, seria o dolo eventual, que consiste não propriamente em querer o resultado antijurídico, mas em assumir, conscientemente, o risco de produzi-lo.*

*É o que se dá na espécie: embora sem animus, isto é, sem dolo direto de abandonar o cargo, o funcionário, afinal, com o passar meses sem ir à repartição e sem procurar justificar-se, arriscou-se a ser demitido por aquele abandono. Sua consciência dizia que não estava procedendo às direitas, mas insistiu em seu comportamento, sem se importar com as consequências. E isto é dolo indireto. CGR, parecer nº H-428/66, DO 10.12.67’*

*(…) a expressão ‘ausência intencional ao serviço’ (art. 138) deverá ser entendida não como uma intenção direta do servidor em abandonar o cargo, e sim como conduta voluntária que não sofreu a influência de insuperável, legítimo e justificável refluxo, ou seja, ação ponderável e suficiente em sentido contrário.*

*De efeito, o que caracteriza o abandono de cargo é a ausência do funcionário*

*ao serviço de sua repartição por mais de trinta dias consecutivos, sem que haja circunstâncias insuperáveis e legítimas que elidam a liberdade do agente na implementação da ação faltosa. Nessas circunstâncias, ainda que o servidor não haja alimentado a vontade direta de abandonar o cargo, ainda assim terá perpetrado essa transgressão disciplinar.” José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pgs. 410 a 412, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

A demonstração, por meio da conduta do servidor, de desinteresse pela continuidade do exercício das suas atribuições públicas, privilegiando quaisquer outros valores que não aqueles vinculados ao cargo e à tutela pública encartada, ainda que por tão somente 31 dias consecutivos, são suficientes para configurar o *animus abandonandis* requerido para o enquadramento no art. 138 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Diante de tais condutas, não têm o condão de afastar a imputação meras alegações, porventura apresentadas pelo servidor, associadas a motivações de foro íntimo, pois a elas não deve se submeter o interesse público, sempre indisponível, inadiável e inafastável. A Administração, cuja atividade requer continuidade, não pode ficar à mercê de reveses, dissabores ou projetos pessoais de seus agentes e menos ainda pode coadunar em manter em seus próprios quadros quem a veja como objeto de dedicação superável, como elemento de secundária importância e de prioridade adiável à vista de interesses pessoais quaisquer. Se a conduta omissiva do servidor não decorreu da imposição de obstáculo insuperável para sua presença, se nada havia que, de forma irresistível e à margem de sua vontade, de sua escolha e de sua priorização, impedia sua vinda ao serviço, perfaz-se o elemento subjetivo do enquadramento. Ponderando então este estado anímico intencional com a superação do limite temporal tolerável, ainda que, à vista do servidor, haja motivos para a ausência, sendo, sob ótica jurídica, tais motivos fúteis, de natureza meramente pessoal ou de qualquer forma superáveis, configura-se o ilícito.

Interessante reforçar o entendimento com a manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 22, de 26 de janeiro de 2018, segundo a qual a ausência injustificada e ininterrupta por mais de 31 dias se, por si só ainda não é a prova material cabal do ilícito de abandono de cargo, por outro lado já pode configurar uma presunção relativa daquela conduta expulsiva. Tratando-se de presunção relativa, cabe ao servidor afastá-la, com contraprovas convincentes de justificativa para as faltas; mas, não apresentando nada que afaste a presunção, esta se fortalece e se solidifica em formador de convicção de ânimo de abandonar o cargo, também com amparo jurisprudencial e doutrinário.

*Enunciado CGU/CCC nº 22, de 2018: “Presunção relativa de animus abandonandi. As ausências injustificadas por mais de trinta dias consecutivos geram presunção relativa da intenção de abandonar o cargo”.*

*TRF da 5ª Região, Processo nº 89.05.05489-7: “Ementa: A pena de demissão, para quem abandona o cargo que assumiu com obrigação de exercer suas funções, tem como finalidade proteger a regularidade e normalidade da atuação pública. Esta, por necessitar de continuidade da prestação dos serviços pelo servidor, não pode ficar sujeita à vontade do mesmo. A máquina administrativa não deve ficar à espera do servidor, por tal provocar interrupção das atividades a serem prestadas e perturbação à boa ordem e harmonia que devem reinar no âmbito de toda a repartição.”*

*“Não é qualquer motivo, portanto, que serve para justificar a ausência do servidor, do local de trabalho por mais de 30 dias. As causas motivadoras da ausência que merecem acolhida são as que se fundam em razões independentes de sua vontade. O motivo, assim, precisa ser relevante, já que a ausência injustificada faz pressupor o desinteresse do servidor na prestação do serviço público. Essa presunção só se afasta por motivo de força maior, entendido, como tal, o obstáculo intransponível, de origem estranha, liberatório da*

*responsabilidade. (...)” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 71, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Associado à compreensão de que a ilicitude demissiva de abandono do cargo pode se aperfeiçoar ainda que sob ânimo subjetivo de dolo eventual, é de se cogitar de sua configuração na hipótese de servidor que simplesmente protocoliza junto à Administração petição de qualquer espécie de afastamento (como, por exemplo, licenças cujo deferimento cabe discricionariamente ao órgão), e desde já se ausenta por mais de trinta dias consecutivos. A simples protocolização de pedido de licença ou de qualquer outra forma de afastamento não elide sua obrigação de permanecer em serviço até que a Administração se manifeste acerca de seu pedido.

*STJ, Mandado de Segurança nº 15.903: “Ementa: 2. A Lei n. 8.112/90 dispõe em seu artigo 138 que a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos configura abandono de cargo, para o que prevê a pena de demissão (art. 132, II). Da mencionada transcrição, verifica-se que o dispositivo legal ao conceituar o abandono de cargo faz referência ao elemento objetivo consistente na ausência do servidor por mais de 30 (trinta) dias consecutivos, bem como ao elemento subjetivo, consubstanciado na intenção do servidor de se ausentar do serviço. Precedentes: MS 12.424/DF, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 11/11/2009; EDcl no MS 11.955/DF, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Terceira Seção, DJe 2/2/2009, MS 10.150/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJ 6/3/2006. 3. No caso dos autos, não há dúvidas que o impetrante faltou ao serviço por mais de 30 (trinta dias) consecutivos, nos quais se inclui fins de semana, feriados e dias de ponto facultativo. Ademais, mesmo descontando os dias de férias gozadas (10/9/2008 a 19/9/2008), verifica-se que no período anterior a elas (8/8/2008 a 9/9/2008) o impetrante se ausentou por 33 (trinta e três) dias consecutivos, o que por si só caracteriza o elemento objetivo. 4. Quanto ao elemento subjetivo, da análise dos autos, verifica-se o ânimo específico do impetrante de abandonar o cargo, tendo em vista a ausência de justificativas plausíveis em sua defesa. Inicialmente destaca-se que a concessão de licença não remunerada para tratar de interesse particular é uma faculdade da Administração, a qual poderá, a seu alvedrio, deferi-la ou não, segundo o que for mais conveniente, à época, para o serviço público (art. 91 da Lei n. 8.112/90). 6. Com base nisso, tem-se que o abandono do cargo imediatamente após o protocolo do pedido de licença, tal como ocorreu na espécie, demonstra o alto grau de desídia do servidor frente a suas obrigações funcionais, o qual sobrepôs seu interesse particular ao interesse da administração de garantir a continuidade da prestação do serviço público até que se ultimasse a análise do pedido, optando deliberadamente, por não comparecer ao serviço no ato do pedido de afastamento formulado em 8/8/2008 até 30/9/2008.”*

Embora não seja elemento necessário para configuração do ânimo subjetivo, assume relevância na formação da convicção a favor da configuração da ilicitude em tela o fato de o servidor sofrer o desconto pecuniário em sua remuneração e não diligenciar junto à Administração para solucionar a questão de gestão de pessoas. Afinal, soa pouco provável que o servidor tenha de fato alguma justificativa juridicamente pertinente para afastar não só a imputação disciplinar como também a imediata repercussão gerencial de desconto pecuniário e deixe de fazê-lo, permitindo-se submeter a gravames na sua remuneração e somente venha apresentar determinada alegação excludente da ilicitude posteriormente, ao se ver no polo passivo do PAD.

Ainda neste aspecto, ratifique-se a independência das instâncias no âmbito da própria Administração. Em outras palavras, a atuação da instância de gestão de pessoas, promovendo descontos na remuneração do servidor absenteísta em nada se confunde e menos ainda impede a também vinculada atuação autônoma da instância disciplinar, aplicando a pena cabível, se

for o caso.

Embora a ilicitude se configure somente no exato e pontual trigésimo primeiro dia de ausência intencional ininterrupta (não se devendo confundir com o fato de que a conduta absenteísta e seus efeitos já se façam sentir desde o primeiro e além do trigésimo primeiro dia de falta), uma vez que o ânimo faltoso e infrator do agente persevera além dos 31 dias configuradores, ao longo de toda extensão do período de falta dolosa, a AGU asseverou, no já mencionado Parecer AGU nº GMF-6, que, à vista das definições já apresentadas em **2.5.3.2**, o abandono de cargo tem natureza permanente.

*Parecer AGU nº GMF-6, vinculante: “Ementa: II - A vontade do agente incide diretamente não apenas para a configuração do abandono de cargo, mas também para a situação de permanência que produz efeitos jurídicos, restando caracterizada, portanto, a prorrogação de sua base consumativa. III - A infração funcional de abandono de cargo possui caráter permanente e o prazo prescricional apenas se inicia a partir da cessação da permanência.*

*26. Neste diapasão, observa-se que o fato de a infração consumir-se com o transcurso de período superior a 30 dias não implica dizer que o estado de permanência da situação de abandono seja mero efeito ou consequência da infração consumada. Ao contrário, se a configuração do abandono não se dá de forma objetiva e, ainda, se o servidor pode retornar ao serviço até que seja definitivamente demitido por meio de regular processo administrativo disciplinar, outra conclusão não há senão aquela de que a permanência depende diretamente da intencionalidade do agente.”*

Tanto é assim, em perfeito ajuste à definição do art. 111, III do CP, que, de forma peculiar quanto à prescrição, conforme se verá em **4.13.4**, o abandono de cargo tem a contagem prescricional iniciada somente com a cessação da permanência, ou seja, somente com a cessação da conduta absenteísta, quando enfim o servidor retomar suas atividades laborais.

Na hipótese de se cogitar apenas de configuração de abandono de cargo (ou seja, não se tratando, por ora, da hipótese de se configurarem abandono de cargo e inassiduidade habitual), ainda que o servidor se prolongue ao longo do tempo em conduta absenteísta, não há que se falar de configuração de mais de um ilícito a cada 31 dias de ausência ininterrupta. Enquanto o servidor não retornar ao serviço, por ao menos um dia, configura-se um único ilícito de abandono de cargo e, persistindo a longo prazo o estado de abandono, não se configuram sucessivos ilícitos, mas apenas um. Não por acaso, diferentemente da materialidade da inassiduidade habitual, a materialidade do abandono define apenas a quantidade mínima e constitutiva de mais de trinta faltas consecutivas, sem impor um limite temporal máximo, limitador e renovador de nova contagem. Caso o servidor retorne ao serviço após mais de 31 dias consecutivos de ausência, ainda que por apenas um dia, e volte depois a permanecer novamente por longo período sem comparecer, aí sim se configuram dois ilícitos de abandono de cargo, cada um deles instantaneamente configurado no respectivo trigésimo primeiro dia de ausência ininterrupta e intencional.

Tratando-se de servidor cuja conduta funcional marca-se pelo não comparecimento ao serviço, é possível ocorrer de o agente se ausentar por mais de trinta dias consecutivos e também, dentro de um período de doze meses, incorrer em pelo menos sessenta faltas interpoladas ao serviço. Nestes casos, por um lado, pode-se ter a configuração da inassiduidade habitual independente da configuração do abandono de cargo, quando as sessenta faltas ao serviço do primeiro ilícito não têm superposição com nenhuma das trinta ausências configuradoras do segundo; por outro lado, quando parte ou a integralidade das trinta ausências caracterizadoras do abandono de cargo se superpõem às sessenta faltas configuradoras da inassiduidade habitual, não cabe se cogitar de se considerar estas faltas superpostas na dupla configuração das duas ilicitudes, pois àqueles mesmos atos absenteístas estarão sendo associados duas distintas irregularidades, com distintas qualificações

(intencional e ininterrupta ou injustificada e interpolada) em afronta ao entendimento de que se deve evitar o conflito aparente de normas, conforme já exposto em 4.5.3.

Também não cabe fracionar a materialidade do abandono de cargo para que parte de uma sequência de ausências consecutivas e intencionais seja separada para o que for suficiente para a configuração deste ilícito e a parte excedente desta mesma sequência seja considerada para materialidade de inassiduidade, pois, neste caso, não há como dissociar o dolo configurador do abandono de cargo (e que deve prevalecer sobre a ausência de justificativa configuradora da inassiduidade habitual). Melhor figurando, quando se tem, em um período de doze meses, uma determinada quantidade de faltas ao serviço interpoladas que não atinge o limite de sessenta configuradoras da inassiduidade habitual e ainda se tem um período de ausência ininterrupta para o qual se tem ânimo subjetivo de intencionalidade e se este período totalizar mais de trinta ausências consecutivas, não cabe fracioná-lo, de forma a tomar apenas 31 ausências consecutivas para configurar o abandono de cargo e levar as excedentes faltas ao serviço deste período continuado para se somar às demais faltas interpoladas, com o fim de também ter configurada a quantidade necessária de sessenta faltas configuradoras da inassiduidade habitual.

Quando se está diante das possibilidades de configuração tanto de um ilícito quanto de outro ou de ambos, seja com ausências configuradoras do abandono de cargo computadas ou não também nas faltas configuradoras da inassiduidade habitual, pode-se ter uma única portaria de instauração do rito sumário, descrevendo ambas materialidades. Caso as materialidades das duas ilicitudes não se superponham, pode a comissão concluir pelo duplo cometimento e pode a autoridade julgadora decidir pela pena de demissão com base nos dois enquadramentos (sem prejuízo de a comissão e/ou a autoridade julgadora concluir pelo cometimento de apenas uma das infrações ou até por nenhuma das duas). E, caso as materialidades das duas ilicitudes se superponham de forma que, ao não se contar duplamente os mesmos dias superpostos, apenas uma ou outra materialidade se perfaz, cabe à comissão e à autoridade julgadora avaliarem as condicionantes do caso concreto e ponderarem a qual dos dois enquadramentos melhor se amolda a conduta absenteísta para, se for o caso, concluir por seu cometimento e aplicar, em razão única, a pena de demissão. Há jurisprudência administrativa neste sentido, conforme manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

*Parecer PGFN/Cojed nº 2.349/2013: “16. Os documentos juntados aos autos comprovam que os dias não trabalhados estão compreendidos nos seguintes espaços de tempo: dias 17 a 19 de dezembro de 2012; dias 20 a 22 e 25 a 28 de fevereiro de 2013; dias 1, 4 a 8, 11 a 14, 19 a 22 e 25 a 28 de março de 2013; dias 1 a 5, 9 a 12 e 15 de abril de 2013; dias 14 a 17 e 31 de maio de 2013; dias 3 a 7, 10 a 14, 17 a 21 e 24 a 28 de junho de 2013; dias 1 a 5, 8 a 12, 15 a 19, 22 a 26 e 29 a 31 de julho de 2013. O somatório desses intervalos totaliza mais de 60 (sessenta) dias. (...)*

*18. O aspecto temporal [do abandono de cargo] restou preenchido com as informações dos registros de frequência, dando conta de falta contínua ao serviço desde 31/05/2013 até 31/07/2013, o que somam 62 dias.*

*19. Tendo em conta a concomitância parcial dos períodos analisados, se considerará, nessa oportunidade, apenas a infração de abandono do cargo, caracterizada pelas faltas ininterruptas em período de tempo que vai desde 31 de maio até 31 de julho de 2013 (62 dias), na medida em que não se poderia computar os mesmos dias para caracterizar ambas as infrações.”*

*“Ao termo ‘interpoladamente’ não se deve conferir interpretação restritiva, pois pode ocorrer inassiduidade habitual caso o servidor não compareça ao serviço por 60 dias úteis seguidos; a intenção do legislador foi garantir que 60 faltas injustificadas fossem caracterizadas como infração disciplinar, estivessem elas intercaladas ou não, em contraposição à infração de abandono do cargo, a qual requer um “plus” em relação à inassiduidade habitual, isto é, a prova da intenção de abandonar o serviço por 31 dias.”, Ministério da*

*Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 309, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Por outro lado, a despeito da materialidade pré-constituída indicativa da ilicitude, não se comprovando nos autos que a ausência superior a trinta dias foi intencional, afasta-se a imputação do abandono de cargo. O surgimento de causas fortuitas ou de motivos de força maior, intransponíveis e alheios à vontade do servidor, elide a intencionalidade e afasta o enquadramento. A título de exemplos, citem-se que, em casos de ausência por motivos de saúde, deve o servidor submeter-se à perícia médica ou entregar tempestivamente atestados médicos particulares, conforme aduzido em **4.4.9.1**, e, em contextos de movimentos paredistas, o entendimento a ser aplicado ao direito de greve foi esposado na análise do enquadramento em inobservância do dever funcional de ser assíduo e pontual ao serviço, do art. 116, X do da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em **4.7.2.10**, a cuja leitura se remete. Também, não se cogita de intencionalidade de deixar desassistida a prestação pública do cargo por parte de servidor recolhido à pena de reclusão judicialmente ordenada, mas, por outro lado, não se contempla como juridicamente aceitável o ato antijurídico de fugir à ordem de prisão; em outras palavras, como bom exemplo figurativo da ponderação entre motivo de força maior e *animus abanondis*, enquanto o réu preso não abandona o cargo, incorre sim no ilícito disciplinar - e sem prejuízo das cabíveis sanções judiciais - o condenado que se evade e foge à ordem de prisão.

*Parecer AGU nº GQ-201, não vinculante: “7. No caso de abandono de cargo, a ausência deve ser intencional, ou seja, não basta a inexistência de justa causa para a ausência ao serviço; é preciso mais: deve haver a intenção. (...)*

*8. E o ônus da prova dessa intenção, cabe à administração, por intermédio da comissão processante. (...)*

*13. (...) A materialidade da ausência continuada ao trabalho autoriza a administração a tomar as providências para afastar o funcionário de seus quadros, mas esse propósito disciplinar, entretanto, deverá ceder diante da comprovação de não ter havido a vontade de abandonar o serviço, ou em razão de acontecimentos que justificassem, cabalmente, aquele afastamento, ou quando o conjunto de fatos indica, pelo menos, uma óbvia inadequação entre os motivos da conduta e a representação mental de suas consequências.”*

*Formulação Dasp nº 51. Abandono de cargo*

*Se a ausência do serviço resulta de coação irresistível, não ocorre abandono de cargo.*

*Formulação Dasp nº 79. Abandono de cargo*

*Não é punível o abandono de cargo que evite o mal maior de acumulação ilegal.*

*Formulação Dasp nº 26. Abandono de cargo*

*Incorre em abandono de cargo o funcionário que foge para frustrar a execução de prisão ordenada por autoridade judicial.*

Não obstante, no apuratório especificamente instaurado para apurar suposto abandono de cargo, é lícito se cogitar do enquadramento acima mencionado, de inobservância do dever funcional de ser assíduo e pontual ao serviço, do art. 116, X do Estatuto, ou algum outro associado ao mesmo fato (não há nulidade em rito sumário redundar em pena diferente de demissão, conforme se verá em **4.11.1**). Por fim, caso nem este enquadramento ou qualquer outro se configure, restará apenas a repercussão pecuniária.

O abandono de cargo, por sua própria natureza, para configuração, requer a plena investidura no cargo, de forma que não se aplica tal enquadramento na hipótese em que o nomeado e empossado não entra em exercício no prazo de quinze dias a contar da posse, uma vez que, sem o exercício, não há que se cogitar de ausências ao serviço. Neste caso, conforme

o art. 15, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, restará à Administração lançar mão do instituto da exoneração, que não tem fim punitivo.

*Formulação Dasp nº 349. Abandono de cargo*

*A pessoa nomeada e empossada, mas que não assumiu o exercício do cargo, não pode ser processada por abandono, porquanto ainda não cometeu faltas ao serviço.*

Por um lado, a reassunção do cargo, por parte do servidor ausente, após a configuração do ilícito de abandono de cargo, não tem o condão de permitir que se subentenda perdão tácito por parte da Administração, à vista do poder-dever de apurar e de, se for o caso, punir. Mas também, por outro lado, em respeito à presunção de inocência, nada há de impedir o direito de o servidor reassumir seu cargo e responder ao processo em serviço, até a publicação da portaria expulsiva, caso aplicável.

*Formulação Dasp nº 83. Abandono de cargo*

*Não constitui óbice à demissão a circunstância de haver o funcionário reassumido o exercício do cargo que abandonou.*

*“(...) não há porque notificar o servidor faltoso para que reassuma, sem a apuração, eis que este evento em nada lhe aproveita, pois as faltas ocorreram, foram computadas e descontados os dias não trabalhados da remuneração e da contagem do tempo de serviço.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 266, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

*“(...) não dispõe o administrador público de meios legais para impedir, mesmo após a configuração infracional, que o servidor retorne a seu cargo de origem, se a decisão a respeito ainda não foi proferida.*

*O certo é que o processo administrativo disciplinar em qualquer de suas modalidades é meio apuratório de irregularidade que pode concluir pela existência ou não da falta, segundo a verdade material, não sendo via proibitiva do exercício de função, salvo a hipótese de afastamento preventivo de que trata o art. 147 e seu parágrafo único, que não dispensa a remuneração.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 191, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Em paralelo ao enquadramento administrativo do art. 132, II da Lei nº 8.112, de 11/12/90, há no CP, art. 323, a previsão do crime contra Administração Pública de abandono de função.

*CP - Abandono de função*

*Art. 323. Abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei:*

*Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.*

*§ 1º Se do fato resulta prejuízo público:*

*Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.*

*§ 2º Se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa de fronteira:*

*Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.*

Como de outra forma não poderia ser, ponderando as diferentes gravidades e repressões das instâncias administrativa e penal, o entendimento majoritário na doutrina é que a configuração do crime acima requer um *plus* em relação ao ilícito disciplinar do abandono de cargo. Embora tanto o ilícito de abandono de cargo quanto o crime de abandono de função requeiram o dolo para suas configurações, é certo que seus elementos objetivos diferem, de forma que pode um se configurar independentemente do outro - inclusive, pode-se ter uma determinada conduta absentista de servidor tipificada como o crime em tela e não ser enquadrada no ilícito disciplinar em comento.

Para a conduta ser enquadrada disciplinarmente como abandono de cargo, além do dolo, há que se cumprir objetivamente apenas um parâmetro temporal (afastar-se com intenção e consciência das atribuições legais do cargo por mais de trinta dias consecutivos). Já para a conduta ser tipificada como crime, também além do dolo, há que se vislumbrar ao

menos a possibilidade de acarretar prejuízo - ainda que potencial - à Administração pela descontinuidade do serviço, independentemente do período, com o agravamento caso efetive-se aquele potencial prejuízo público ou caso ocorra em faixa de fronteira. Em decorrência, neste rumo, não incorreria no crime o servidor que, em sua ausência, tivesse suas atribuições legais e tarefas desempenhadas por outro servidor, em substituição.

Esta interpretação, além de juridicamente lógica, também se demonstra fortemente defensável ao se projetarem as construções legais hipotéticas sobre os fatos reais do cotidiano. Ora, um servidor que se ausenta do trabalho, em conduta dissociada de corrupção, de graves deslealdade e imoralidade, no sentido mais amplo do termo e das expressões, já sofre as severas e justas sanções da Administração, quais sejam, o imediato efeito pecuniário do corte de seu ponto naqueles dias de falta e a grave perda do cargo mediante pena de demissão. Soaria desproporcional e irrazoável fazer crer que esta mera conduta de reflexos circunscritos à própria pessoa do agente e *interna corporis* da Administração ainda devesse ser objeto de provocação ao Ministério Público Federal, a fim que este encaminhasse denúncia ao juízo e que, enfim, se movesse a máquina do Poder Judiciário para sancionar este infrator com a mais pesada das penas previstas no ordenamento, sobre sua liberdade.

*“Na esfera administrativa, abandono de cargo é a ‘ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos’ (art. 138 da Lei nº 8.112/90); já no âmbito penal, dispensando-se a constância faltosa de mais de trinta dias, caracteriza-se tal ilícito pelo tópico relacionado com a probabilidade de dano ou prejuízo à função pública correspectiva. A ausência ao serviço de funcionário ou empregado público que não gere tal periculosidade não chega a configurar o abandono.*

*Advirta-se, ainda, que nem todo abandono de fato implica a infração criminal em apreço, necessitando, pois, que essa ausência revista-se de razoável lapso temporal capaz de efetivar a violação do interesse tutelado pela norma, daí porque configuram tipos delituais qualificados, em paralelo, o abandono que concretize prejuízo, e o que ocorra em repartições ou missões em fronteiras (art. 323, §§ 1º e 2º, do CP).” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 351 e 352, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“De resto, caracteriza-se o crime com o prejuízo incorrido em relação ao Estado (...). O ilícito administrativo, a seu turno, funda-se na atitude infundada e inconciliável com o dever de todo servidor fazer-se presente na repartição pública para o exercício da função na qual se acha investido, independentemente de prejuízo material que daí possa resultar.*

*Ao comentar a falta consistente no ‘abandono de cargo’, prevista no inciso II do art. 132 da Lei nº 8.112/90, procurei demonstrar sua autonomia administrativa e independência conceitual, em relação à figura prevista no art. 323 do Código Penal sob a rubrica ‘abandono de função’, para concluir que poderá existir a falta administrativa sem que se tenha configurado o crime de abandono de função. Sendo o ilícito, puramente, administrativo, o prazo prescricional é de cinco anos.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pgs. 72 e 190, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“No crime, há que existir prejuízo ou sua probabilidade, para o Estado, uma vez que a lei fala em ‘abandono’. Se o cargo tem substituto que normalmente assume, se não há prejuízo ou sua potencialidade, o funcionário poderá até ser demitido do serviço público, na instância administrativa, mas não necessariamente processado criminalmente.” Edmir Netto de Araújo, “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, pgs. 35 e 36 (e também pg. 213), Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

Acrescente-se que se chega ao mesmo entendimento (das configurações independentes) invertendo-se o ponto de vista, ou seja, analisando como se manifesta a

instância penal quanto à correlação entre o crime contra a Administração do art. 323 do CP e a infração disciplinar do art. 138 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Nem mesmo a doutrina penal - embora seja mais condicionada à postura prévia de que o tipo de ilícito com que se preocupa (penal), uma vez configurado, enseja também a configuração da infração disciplinar - se deixa levar pela precipitação de considerar a simultânea configuração de ambas repercussões decorrentes do ato de abandono.

*“Para haver abandono punível é necessário que o fato acarrete perigo à Administração Pública. É indispensável que, decorrido período juridicamente relevante, a omissão do sujeito ativo possa causar prejuízo à Administração. Não ocorrendo essa situação de perigo o fato constituirá mera falta disciplinar, sujeito o funcionário às sanções administrativas.” Julio Fabbrini Mirabete, “Manual de Direito Penal”, pg. 344, Editora Atlas, 17ª edição, 2001*

*“Consumação: Com abandono por tempo relevante, com probabilidade de dano à administração. (...)*

*Assim, assevera Hungria que o delito deste art. 323 ‘pressupõe, necessariamente, a consequente acefalia do cargo, isto é, a inexistência ou ocasional ausência de substituto legal do desertor’ (‘Comentários ao Código Penal’, 1959, v. IX, p. 391). Semelhantemente, Magalhães Noronha subordina o abandono ‘à probabilidade de dano ou prejuízo’ (‘Direito Penal’, 1995, v. IV, p. 275). (...)*

*Jurisprudência: TJSP, RT 501/276 (...) TJSP, RT 526/331 (...) TJSP, RT 522/358 (...).” Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Junior, “Código Penal Comentado”, pg. 548, Editora Renovar, 4ª edição, 1998*

Todavia, prevaleceu por longo período na AGU o entendimento da configuração simultânea do ilícito disciplinar e do crime (impondo àquele o prazo da prescrição penal), manifestado já desde o Parecer AGU nº GQ-144 (aprovado em 18/03/98), até o Parecer AGU nº GM-7 (aprovado em 12/06/00), ambos não vinculantes. Este entendimento se manteve até a prolação do já mencionado Parecer AGU nº GMF-6 (aprovado em 18/09/17), no qual o órgão de assessoramento jurídico sinalizou ter abandonado a tese do automático paralelismo criminal.

O reestabelecimento da independência da configuração do ilícito disciplinar da tipificação criminal tem dois reflexos imediatos: a desnecessidade de representação ao Ministério Público Federal em todos os casos (a menos, obviamente, que, na peculiaridade de um caso concreto, haja, além dos requisitos objetivos da infração disciplinar, também os elementos do tipo penal) e a adoção do prazo prescricional quinquenal.

As repercussões de tal entendimento no cômputo da prescrição disciplinar serão analisadas em **4.13.3** e, mais especificamente para a questão do ilícito disciplinar de abandono de cargo, em **4.13.4**.

#### **4.7.4.3 - Inciso III - inassiduidade habitual**

Materialmente, a definição jurídica da inassiduidade habitual encontra-se no art. 139, ratificada pela descrição de sua materialidade na alínea “a” do inciso I do art. 140, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90: sessenta faltas ao serviço interpoladas e sem justa causa, no período de doze meses. E, instrumentalmente, a exemplo do abandono de cargo e também da acumulação ilícita de cargos, o ilícito em tela tem seu apuratório em rito sumário, mas não configura nulidade a apuração em rito ordinário, visto que nenhum prejuízo traz à defesa (ao contrário, é um rito mais completo), conforme se verá em **4.11.1**.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 139. Entende-se por inassiduidade habitual a falta ao serviço, sem causa justificada, por sessenta dias, interpoladamente, durante o período de doze meses.*

*Art. 140. Na apuração de abandono de cargo ou inassiduidade habitual,*

*também será adotado o procedimento sumário a que se refere o art. 133, (...) (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)  
I - a indicação de materialidade dar-se-á: (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)  
b) no caso de inassiduidade habitual, pela indicação dos dias de falta ao serviço sem causa justificada, por período igual ou superior a sessenta dias interpoladamente, durante o período de doze meses. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

O dispositivo do art. 139 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao enquadrar como ilícito disciplinar o fato de o servidor, reiterada e injustificadamente, mitigar seu dever de diariamente comparecer ao serviço, possui um elemento objetivo (temporal, de sessenta faltas dentro do universo de doze meses) e um elemento subjetivo (qualitativo, de inexistência de causa juridicamente aceitável para as faltas). Faz-se necessário então abordar estes dois elementos detidamente, não só em sua literalidade mas também em sua inteligência, com o fim de corretamente interpretar a vontade legal.

Primeiramente, quanto ao elemento objetivo temporal, percebe-se que o legislador previu este ilícito, em sentido complementar ao abandono de cargo, para punir uma quantidade de efetivas faltas ao serviço em dias que seriam de obrigatória presença do servidor, acima de determinado limite de reiteração ainda tido como aceitável e, a partir do qual, demarcador de ausências de comprometimento, de profissionalismo e de respeito à necessária continuidade do serviço a ser prestado, a ponto de fazer merecer a ruptura do vínculo estatutário com o agente. É de se atentar que a Lei contemplou uma larga margem de tolerância com o faltoso, tendo estabelecido uma quantidade relativa de ausências ao trabalho suficientemente razoável, de sessenta dias úteis em doze meses, para que se comece a cogitar de inassiduidade habitual. Com este quantitativo, suprem-se pontuais indisponibilidades a que, vez por outra e de forma imprevisível, qualquer um está sujeito em sua vida cotidiana. Acima daquela quantidade relativa de faltas efetivas em dias úteis, que supera 20% da média de dias de trabalho em um ano e que faz com que colegas e superiores hierárquicos já deixem de contar com aquela força de trabalho, configurando a conduta inassídua reiterada e contumaz, a ausência de causa justa aperfeiçoa o enquadramento e impõe a pena expulsiva.

Não por outro motivo, a Lei exige, na portaria de instauração do rito sumário, diferentemente do abandono de cargo, a descrição da materialidade, com a indicação individualizada de cada um dos pelo menos sessenta dias úteis, deixando claro que não se incluem fins de semana, feriados e dias de ponto facultativo, intercalados entre dias de ausência, para a configuração da inassiduidade habitual. Quanto ao período de apuração, são doze meses quaisquer, não necessariamente coincidentes com o ano civil, e pode-se ter iniciada a contagem em qualquer dia, em que ocorre a primeira falta, não necessariamente no dia 1º de um determinado mês até o último dia do 12º mês, conforme respalda a doutrina.

*“Para caracterizar a infração é necessário que as ausências excedam a 60 dias, num período de 12 meses, podendo a contagem do período iniciar-se em um exercício e terminar em outro, sendo desnecessária coincidência anual.”  
Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 73, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“(...) esse período, na área federal, não significa ‘no mesmo exercício’, podendo iniciar-se os sessenta dias em um ano civil e terminar em outro.”  
Edmir Netto de Araújo, “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, pg. 214, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

E quanto ao elemento subjetivo qualitativo, para configurar o ilícito, de imediato, deve restar comprovado no processo que as faltas computadas não tiveram justa causa - seja em razão das justificativas alegadas pela própria defesa e valoradas como insuficientes pela comissão, seja em razão de elemento formador de convicção trazido pelo próprio colegiado segundo a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GQ-160.

*Parecer AGU nº GQ-160, vinculante: “10. São, pois, elementos constitutivos da infração as sessenta faltas interpoladas, cometidas no período de um ano, e a inexistência da justa causa. Para considerar-se caracterizada a inassiduidade habitual é necessário que ocorram esses dois requisitos, de forma cumulativa. O total de sessenta faltas, por si só, não exclui a verificação da justa causa. 11. Incumbe ao colegiado apurar se a conduta do servidor se ajusta ou não a essas prescrições legais. Para tanto, deve pautar sua atuação pelo objetivo exclusivo de determinar a verdade dos fatos (...).”*

Mas, para avançar além desta resumida apresentação do elemento qualitativo constituidor do enquadramento em inassiduidade habitual, soa mais didático detalhar a subjetiva e imprecisa noção de ausência de justa causa usando o contraponto com o dolo requerido para a configuração do abandono de cargo, por ser este um conceito mais facilmente perceptível para o operador de Direito público punitivo. Em outras palavras, convém aprofundar a análise da constituição do enquadramento em inassiduidade habitual pontuando com as diferenças do já apresentado ilícito de abandono de cargo.

Mais especificamente quanto às diferentes qualificações que o legislador impôs às ausências ou faltas caracterizadoras do abandono de cargo e da inassiduidade habitual, enquanto a ausência configuradora do abandono de cargo tem como requisito legal ser “intencional”, para que faltas caracterizem inassiduidade habitual, a Lei exige apenas que sejam “sem causa justificada”. Em leitura apressada, não é cristalina a diferença entre estas expressões, parecendo mesmo que elas se confundem e redundam como meras variações redacionais. Todavia, uma vez que, de acordo com regra elementar da Hermenêutica, não há letra morta em norma, é de se cogitar, para o aplicador do Direito, que deve haver uma razão para o legislador ter imposto diferentes requisitos e que aquelas expressões representam diferentes significados.

Ainda neste rumo, entende-se que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, contempla um requisito em princípio mais forte para configurar o enquadramento em abandono de cargo, associado ao ânimo subjetivo interno do agente (a sua intenção, ainda que inserida no conceito de dolo eventual), enquanto o enquadramento da inassiduidade habitual requer menos em termos de qualificação da falta, bastando ser injustificável, no sentido de a razão apresentada para o não comparecimento esperado ao trabalho não ter o condão de equivaler a uma justa causa, decorrente de caso fortuito ou força maior. A AGU, em seu Parecer AGU nº GQ-201, também asseverou esta diferença.

*Parecer AGU nº GQ-201, não vinculante: “7. No caso de abandono de cargo, a ausência deve ser intencional, ou seja, não basta a inexistência de justa causa para a ausência ao serviço; é preciso mais: deve haver a intenção. (...)*

A Lei permite compreender a possibilidade de ocorrência de situações em que o servidor falta ao serviço sem nenhuma intenção de, com tal conduta, materializar algum resultado delituoso - tanto que, a seu ver meramente pessoal, ele se considera amparado em certa justificativa - mas, ainda assim pode ter configurada a inassiduidade habitual se esta justificativa por ele apresentada não for considerada juridicamente aceitável ou válida pela Administração, ou seja, se o motivo alegado não for tido como justo, do ponto de vista jurídico, a ponto de deixar em falta sua obrigação funcional de assiduidade.

Repete-se aqui, com necessárias adaptações, a valoração já formulada quando se aduziu sobre o ilícito de abandono de cargo. A demonstração, por meio da conduta do servidor, de desapego ao exercício de suas atribuições públicas, privilegiando quaisquer outros valores que não aqueles vinculados ao cargo e à tutela pública encartada, ainda que por tão somente sessenta dias de trabalho em meio a um universo de doze meses, podem ser suficientes para configurar o enquadramento no art. 139 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se se faz acompanhar de meras alegações associadas a motivações de foro íntimo, pois a elas não deve se submeter o interesse público, sempre indisponível, inadiável e inafastável. A Administração, cuja atividade requer continuidade, não pode ficar à mercê de reveses,

dissabores ou projetos pessoais de seus agentes e menos ainda pode coadunar em manter em seus próprios quadros quem a veja como objeto de dedicação superável, como elemento de secundária importância e de prioridade adiável à vista de interesses pessoais quaisquer. Se a conduta de ausência reiterada e contumaz do servidor não se ampara em justificativas juridicamente razoáveis, pertinentes e aceitáveis de que decorreram, perfaz-se o elemento subjetivo do enquadramento. Ponderando então esta apreciação subjetiva da causa das faltas com a superação do limite temporal tolerável, ainda que, à vista do servidor, haja motivos para as faltas, sendo, sob ótica jurídica, tais motivos fúteis, de natureza meramente pessoal ou de qualquer forma superáveis, configura-se o ilícito.

Mas, mesmo com todo esforço definidor acima, ainda se vê que, na contrapartida de a condicionante configuradora do abandono de cargo contemplar uma avaliação mais determinística (haver ou não intenção do agente), a consideração ou não como justificáveis as ausências ao serviço pode inserir na configuração da inassiduidade habitual um certo grau de subjetivismo, por parte da comissão ou da autoridade. Uma possível solução para este dilema pode ser aventada dentro da própria Lei nº 8.112, de 11/12/90, lançando mão de interpretação sistemática, buscando uma primeira noção do que possa ser, juridicamente, uma falta ao serviço não justificada. Conforme já aduzido em **4.7.2.10**, ao se abordar o dever funcional de o servidor ser assíduo e pontual ao serviço, tem-se que o art. 19 da citada Lei estabelece jornada de oito horas diárias e de quarenta horas semanais e que o seu art. 44 obriga o chefe imediato a cortar a remuneração pelas faltas ao serviço não justificadas, concede à Administração a prerrogativa de permitir que o servidor compense as faltas justificadas e assim define aquelas faltas decorrentes de caso fortuito ou força maior. A Portaria Mare nº 2.561, de 16/08/95, que estabelece modelo de folha de ponto na Administração Pública federal, prevê dois códigos de ocorrência de interesse para o tema em tela: “Falta justificada” e “Falta não justificada”. Ou seja, como primeira noção do que pode ser uma falta sem causa justificada enquadrável no art. 139 da mesma Lei, tem-se a falta para a qual a chefia imediata, na gestão administrativa de pessoal, não concedeu o direito de compensação e determinou a perda da remuneração, por não considerá-la decorrente de caso fortuito ou motivo de força maior (provavelmente por ter considerado como fútil, superável, insuficiente ou banal o motivo apresentado pelo servidor para tentar justificar a falta).

*Lei nº 8.112, de 11/12/90 - Art. 44. O servidor perderá:*

*I - a remuneração do dia em que faltar ao serviço, sem motivo justificado; (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*II - a parcela de remuneração diária, proporcional aos atrasos, ausências justificadas, ressalvadas as concessões de que trata o art. 97, e saídas antecipadas, salvo na hipótese de compensação de horário, até o mês subsequente ao da ocorrência, a ser estabelecida pela chefia imediata (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*Parágrafo único. As faltas justificadas decorrentes de caso fortuito ou de força maior poderão ser compensadas a critério da chefia imediata, sendo assim consideradas como efetivo exercício. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

Assim, retomando a comparação, enquanto se pode ter ausências consecutivas não justificadas e ensejadoras de corte de ponto mas que, nas quais, não se vislumbra a intencionalidade do ilícito de abandono de cargo, por outro lado, faltas ao serviço sem causa justificada, *a priori*, por si sós, já se incluem na configuração da inassiduidade habitual. E pode ainda haver casos concretos, em que, diante de suas peculiaridades, mesmo havendo mais de sessenta faltas interpoladas ao serviço que a autoridade competente pela gestão administrativa de pessoal considerou como injustificadas e sobre as quais aplicou o corte da remuneração, a autoridade correcional, atenta ao forte poder punitivo de sua atuação (a pena prevista é demissão) não se considere convicta do enquadramento disciplinar.

Em síntese, a leitura atenta das literalidades dos arts. 138 e 139 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, diferencia que o abandono de cargo, por um lado, tem a configuração dependente de um único evento (pois trata-se, na verdade, de uma conduta única, de efeito ininterrupto) mas,

em compensação, requer a identificação do ânimo da ausência, o que não é necessário para configurar a inassiduidade habitual (que permite, antes de sua configuração, uma conduta intermitente, reiterada, diluída em sessenta eventos), para a qual sucessivas e injustificadas ausências interrompidas por reassunções temporárias já são suficientes para demonstrar um grau intolerável de descompromisso e de desapego do servidor com o serviço público.

De forma análoga ao que se aduziu para o abandono de cargo, embora não seja elemento necessário para configuração da ausência de justificativa para as faltas, assume relevância na formação da convicção a favor da configuração da ilicitude em tela o fato de o servidor sofrer o desconto pecuniário em sua remuneração e não diligenciar junto à Administração para solucionar a questão de gestão de pessoas. Afinal, soa pouco provável que o servidor tenha de fato alguma justificativa juridicamente pertinente para afastar não só a imputação disciplinar como também a repercussão gerencial de desconto pecuniário e deixe de fazê-lo, permitindo-se submeter a gravames na sua remuneração e somente venha apresentar determinada alegação excludente da ilicitude posteriormente, ao se ver no polo passivo do PAD.

Ainda neste aspecto, ratifique-se a independência das instâncias no âmbito da própria Administração. Em outras palavras, a atuação da instância de gestão de pessoas, promovendo descontos na remuneração do servidor absentista em nada se confunde e menos ainda impede a também vinculada atuação autônoma da instância disciplinar, aplicando a pena cabível, se for o caso.

Em razão das definições já apresentadas em **2.5.3.2**, a inassiduidade habitual tem natureza instantânea, uma vez que a ilicitude se configura somente na exata e pontual sexagésima ausência injustificada ao serviço interpolada no período de doze meses (não se devendo confundir com o fato de que a conduta absentista e seus efeitos já se façam sentir desde a primeira e se prolonguem no tempo além da sexagésima ausência injustificada ao serviço dentro do período inicialmente balizado de doze meses). Já que a materialidade da inassiduidade habitual estabelece um limite temporal máximo, limitador e renovador de nova contagem de faltas (diferentemente do abandono de cargo), qual seja, de doze meses, após o transcurso de outro período deste, se for o caso, pode-se falar de uma segunda configuração de inassiduidade habitual caso ali haja outras sessenta faltas injustificadas.

Ademais, reforça-se o que se aduziu em **4.7.4.2**, a cuja leitura se remete, no sentido de que é possível, havendo materialidades consecutivas e não superpostas dos ilícitos de abandono de cargo e de inassiduidade habitual, que se instaure um único processo disciplinar, em rito sumário, fazendo constar da portaria inaugural as duas materialidades.

Acrescente-se ainda que ausências ininterruptas de duração tamanha que perfaçam sessenta faltas em dias úteis ao serviço podem ser consideradas configuradoras de inassiduidade habitual. Primeiramente porque, em tal caso, não se opera absorção da inassiduidade habitual por parte do abandono de cargo, pois não há que se cogitar de aplicação do critério de especialidade em virtude da existência da ininterrupção e da inexistência da interpolação, visto que, conforme já aduzido, os ânimos subjetivos dos dois ilícitos são diferentes. Ademais, na prática, pode-se considerar que os fins de semana situados entre as faltas ao serviço de segunda-feira a sexta-feira por várias semanas inserem o caráter interpolado.

Ora, não coadunaria com a interpretação sistemática e teleológica da Lei nº 8.112, de 11/12/90, investir no entendimento de que, não havendo intencionalidade e também por não terem dias trabalhados a elas interpolados, sessenta faltas ao serviço, por semanas seguidas, de segunda-feira a sexta-feira, não configurariam nem abandono de cargo e nem inassiduidade habitual. Em outras palavras, sendo as faltas sem justa causa, não é em razão de não haver o caráter efetivamente interpolado com dias de trabalho que se afasta a imputação de inassiduidade habitual. Do contrário, se teria de crer na hipótese absurda de que exatas sessenta faltas injustificadas e efetivamente interpoladas com dias de trabalho redundariam

pena de demissão por inassiduidade habitual, enquanto uma quantidade muito maior de faltas, sem o caráter interpolado e sem intencionalidade, não ensejaria demissão.

*“Ao termo ‘interpoladamente’ não se deve conferir interpretação restritiva, pois pode ocorrer inassiduidade habitual caso o servidor não compareça ao serviço por 60 dias úteis seguidos; a intenção do legislador foi garantir que 60 faltas injustificadas fossem caracterizadas como infração disciplinar, estivessem elas intercaladas ou não, em contraposição à infração de abandono do cargo, a qual requer um “plus” em relação à inassiduidade habitual, isto é, a prova da intenção de abandonar o serviço por 31 dias.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 309, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Na esteira, é de se mencionar o entendimento exposto pelo Departamento Administrativo do Serviço Público, consubstanciado na Formulação Dasp nº 181, a qual, por sua vez, baseava-se em Parecer da então Consultoria Geral da República (Parecer CGR nº 37, publicado no DOU de 30/06/64). Segundo esta linha de interpretação, projetada para o atual ordenamento (a qual, destaque-se, em nada afronta atuais ordenamentos constitucional e estatutário), não constitui *bis in idem* o fato de serem consideradas no cômputo de inassiduidade habitual faltas ocorridas dentro do período de doze meses e que já foram computadas em apuração de inobservância do dever de assiduidade previsto no art. 116, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e que já ensejaram aplicação de penas brandas (advertência ou suspensão).

*Formulação Dasp nº 181. Inassiduidade habitual*

*Para efeitos do art. 207, § 2º do Estatuto, contam-se, também, as faltas que tenham dado origem a repreensão ou suspensão.*

*(Nota: O § 2º do art. 207 do antigo Estatuto previa que seria demitido o funcionário que, durante o período de 12 meses, faltasse ao serviço 60 dias interpoladamente, sem causa justificada.)*

*Parecer CGR nº 37/64 (DOU de 30/06/64): “7. No caso em exame, o funcionário tendo faltado ao serviço determinados dias, sofreu, por essa falta, pena de suspensão convertida em multa. Posteriormente, incorrendo na mesma falta, sofreu nova e idêntica punição. Tendo, entretanto, completado mais de 60 faltas não justificadas, incorreu, agora, na sanção do parágrafo 2º do art. 207, da Lei nº 1.711/52.*

*8. Não vejo como se possa argumentar com o princípio do ‘bis in idem’, para atender ao interessado. Não há, na hipótese, duplicidade de pena. Por haver injustificadamente faltado ao serviço mais de 60 vezes, no período de um ano, está sendo demitido e nada mais.*

*9. Se assim não fosse, e prevalecendo o entendimento que as penalidades já aplicadas excluiriam as faltas correspondentes das parcelas que se somam para verificação das 60 faltas interpoladas previstas na forma estatutária, de duas uma: ou não se aplicariam penalidades, senão a de demissão depois de 60 faltas, ou, em caso contrário, jamais seriam alcançadas as ditas 60 faltas para demissão.*

*10. A desídia demonstrada pelo servidor tinha sanção legal prevista e lhe foi corretamente aplicada. A reincidência continuada enquadrou-o no âmbito augusto de outro dispositivo legal. A demissão, portanto, está amparada pela Lei (§ 2º, art. 207, Lei nº 1.711/52).”*

*“Por fim, caso ao servidor tenha sido aplicada penalidade disciplinar por faltas menos frequentes, estas poderão ser computadas para configuração da inassiduidade habitual, conforme entendimento do Dasp, que interpretava dispositivo semelhante previsto no antigo Estatuto do Funcionário (Lei nº 1.711/52).”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 310, 2013,*

*disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Quer parecer ajustada esta linha de entendimento, pois, se assim não fosse, se teria a absurda vedação de aplicar uma segunda pena mais grave ao servidor, quando sua conduta habitual ou continuada atinge um determinado patamar superior de gravidade, em virtude do fato de ele já ter sido apenado de forma mais branda, ao tempo em que sua conduta, inicialmente, ainda ostentava um menor grau de gravidade. Analogamente, buscando figurar com outro exemplo, seria como não se pudesse aplicar a pena de demissão por desídia (art. 117, XV da Lei nº 8.112, de 11/12/90) a um servidor, considerando seu longo histórico de atos de desleixo, desapego e desinteresse pelo serviço tão somente pelo fato de ele já ter sido objeto de apuração e de apenação com advertência e suspensão com base, por exemplo, na inobservância do dever de exercer com zelo e dedicação as atribuições legais do cargo (art. 117, I da mesma Lei).

Por outro lado, a despeito da materialidade pré-constituída indicativa da ilicitude, havendo justificativa para as faltas não compensadas ou não abonadas, afasta-se a imputação de inassiduidade habitual. O surgimento de justificativas por caso fortuito ou força maior, alheias à vontade do servidor, afasta o enquadramento. A título de exemplos, citem-se que, em casos de faltas por motivos de saúde, deve o servidor submeter-se à perícia médica ou entregar tempestivamente atestados médicos particulares, conforme aduzido em **4.4.9.1**, e, em contextos de movimentos paredistas, o entendimento a ser aplicado ao direito de greve foi esposado na análise do enquadramento em inobservância do dever funcional de ser assíduo e pontual ao serviço, do art. 116, X do da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em **4.7.2.10**, a cuja leitura se remete.

Não obstante, no apuratório especificamente instaurado para apurar suposta inassiduidade habitual, é lícito se cogitar do enquadramento acima mencionado, de inobservância do dever funcional de ser assíduo e pontual ao serviço, do art. 116, X do Estatuto, ou algum outro associado ao mesmo fato (não há nulidade em rito sumário redundar em pena diferente de demissão, conforme se verá em **4.11.1**). Por fim, caso nem este enquadramento ou qualquer outro se configure, restará apenas a repercussão pecuniária.

Uma questão interessante a se discutir na configuração da materialidade da inassiduidade habitual é a hipótese de o servidor desempenhar suas atribuições legais por intermédio de plantões. É comum, sobretudo em repartições aduaneiras, servidores desempenharem jornada de trabalho de 24 horas ininterruptas, seguidas de 72 horas de descanso. A dúvida surge porque um servidor diarista, que trabalha oito horas ao dia de segunda à sexta-feira, ao faltar por sessenta vezes ao serviço, se ausentaria por um total de 480 horas, enquanto um servidor de plantão de 24 horas, ao faltar 60 plantões, se ausentaria por um total de 1440 horas. A resposta para a indagação acerca de que momento se configura a ilicitude inassiduidade habitual para servidor com este tipo de jornada passa pela imediata percepção de que o art. 132, III da Lei nº 8.112, de 11/12/90, pune com demissão quem se ausenta de suas obrigações por sessenta vezes dentro de um ano.

Isto leva a cogitar de que o enquadramento em tela requer uma conduta absenteísta que se reitera por sessenta “unidades de ausência”, numa expressão aqui figurada para sintetizar cada episódio de ausência injustificada do servidor a um determinado período contínuo em que era esperada sua presença, período este que se intercala com período de descanso, tais como as horas de repouso noturno do diarista ou as 72 horas de dispensa do plantonista. No caso do diarista, cada “unidade de ausência” são as 8 horas de uma jornada diária e, no caso do plantonista, é cada plantão de 24 horas. Do contrário, a Lei teria como literalidade “ausentar-se do serviço injustificadamente por 480 horas em doze meses” e não é isto que o enquadramento descreve.

Também reforça o entendimento de que são sessenta “unidades de ausência” que acarretam a demissão (e não o cálculo diferenciado de horas caso a caso para se atingir a um

mesmo *quantum* de 480 horas) o fato de que há cargos ou servidores com jornada especial de seis horas diárias e, indubitavelmente, basta que esse servidor falte sessenta dias desta sua jornada reduzida para ser enquadrado em inassiduidade habitual, após um total de apenas 360 horas de falta (ou seja, no sentido oposto, não se faria o cálculo inverso de quantas jornadas de seis horas equivaleriam a 480 horas de falta, o que, no caso, seriam oitenta dias de falta com jornada de seis horas diárias).

Então, se assim é, embora se reconheça que, por um lado, ao se considerar que um plantão é uma falta para fins de inassiduidade habitual, em termos de *quantum* de horas de ausência ao serviço, o servidor plantonista teria sim um “tratamento diferenciado” em relação ao servidor diarista, pois o diarista é demitido após 480 horas de falta em doze meses e o plantonista somente o é, no mesmo tempo e no mesmo enquadramento, após 1440 horas de falta, por outro lado, contra-argumenta-se de que fato é assim mesmo que dever ser pois isto também importaria criticar que se teria um tratamento diferenciado desfavorável ao servidor com jornada inferior a oito horas diária. Como não se tem dúvida de que um servidor diarista com jornada de seis horas diárias incorre em inassiduidade habitual após sessenta ausências injustificadas ao serviço em doze meses e que cada ausência desta perfaz-se a cada jornada de seis horas injustificadamente não cumprida, conclui-se que a resposta à questão não passa por tentar igualar o *quantum* de horas de cada caso peculiar ao “*quantum* comum” de 480 horas para o caso comum de diarista com jornada de oito horas.

No mesmo rumo, reforça que o que conta para a configuração da materialidade em tela é uma “unidade de ausência” o fato de que tampouco deixaria de contar como um dia de falta ao serviço para fins de inassiduidade habitual de um diarista um dia atípico com jornada menor que oito horas, como por exemplo, a tarde de uma quarta-feira de cinzas ou a manhã de um dia 24 de dezembro ou de 31 de dezembro, em que o expediente oficial costuma ser de apenas quatro horas.

Enfim, a contagem de faltas para configurar a inassiduidade se reporta à “unidade de ausência” de cada cargo, de cada servidor ou de cada tipo de jornada, ou seja, são sessenta episódios de falta injustificada ao serviço por oito horas contínuas para um diarista ou sessenta episódios de falta injustificada ao serviço por um plantão de 24 horas para um plantonista.

#### **4.7.4.4 - Inciso IV - improbidade administrativa**

##### **4.7.4.4.1 - Histórico e Definição**

O art. 37 da CF deu valor jurídico ao termo moralidade, ao elegê-lo como um dos princípios reitores da Administração e ao dispor sanções para atos de improbidade administrativa (sendo a probidade uma espécie do gênero moralidade administrativa, entendem-se estes atos como uma espécie qualificada de violação ao princípio da moralidade). Destaque-se que, até então, em termos jurídicos, no Direito pátrio, improbidade era um delito previsto apenas na lei trabalhista (art. 482, “a” da CLT). Todavia, a CF outorgou à lei a definição jurídica daquilo que social e eticamente se conhece como ato eivado de desonestidade, má-fé, fraude, má intenção e deslealdade.

*CF - Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98)*

*§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da*

*ação penal cabível. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14/06/98)*

*“(...) juridicamente, liga-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter.*

*Desse modo, improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral. Improbidade é a qualidade do ímprobo. E ímprobo é o mau moralmente, é o incorreto, o transgressor das regras da lei e da moral.” De Plácido e Silva, “Dicionário Jurídico”, pg. 431, vol. II, Editora Forense, 7ª edição, 1982*

Em imediato reflexo do dispositivo constitucional, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao reescrever o Estatuto do servidor público civil federal, adequando as relações jurídico-estatutárias entre servidor e Administração aos princípios e valores adotados pela nova Carta Magna, incluiu o ato de improbidade administrativa, em seu art. 132, IV, como um dos enquadramentos ensejadores de pena expulsiva do servidor.

A improbidade administrativa, entendida como um *plus* da imoralidade, configura-se como uma mácula de personalidade do infrator, merecendo severas crítica e punição, daí não dever ser confundida com mero equívoco culposos na conduta, ainda que por contornos morais, enquadrável no art. 116, IX do Estatuto, conforme **3.3.1.6** e **4.7.1**. Resta claro que aqui se refere a atos relacionados ao cargo (ainda que por presunção legal), não importando, em princípio, atos cometidos na vida privada do servidor (entendidos como atos sem nenhuma correlação com a Administração Pública, com a instituição ou com o cargo, uma vez que pode haver repercussão disciplinar para atos, ainda que cometidos fora da instituição ou do horário de exercício do cargo, mas que com eles se relacionem ou que neles interfiram).

Perceba-se, todavia, que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, adequou-se à nova ordem constitucional, mas não objetivou atender ao dispositivo do § 4º do art. 37 da CF. Para este fim específico, o ordenamento foi novamente inovado um ano e meio mais tarde, com a edição da Lei nº 8.429, de 02/06/92, que estabeleceu três gêneros de atos de improbidade administrativa (causadores de enriquecimento ilícito, de lesão ao erário e contrários a princípios reitores da Administração) e a eles associou as penas previstas no § 4º do art. 37 da CF.

Antes de se avançar na análise a que aqui se propõe, é imperioso reconhecer que, mais de duas décadas depois, a Lei nº 8.429, de 02/06/92, foi alterada pela Lei Complementar nº 157, de 29/12/16, incluindo uma quarta espécie de improbidade administrativa, qual seja, decorrente de concessão ou de aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário. Mas conforme se depreende da leitura do seu art. 10-A, referindo-se à Lei Complementar nº 116, de 31/07/13, este comando legal se refere tão somente a atos ilícitos na concessão, na aplicação ou na manutenção de benefícios fiscais atinentes ao imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), de competência municipal ou distrital. Portanto, estando fora da alçada material do regime disciplinar do servidor federal, doravante se desprezará a existência deste art. 10-A e se manterá a remissão apenas a três grandes gêneros de atos improbidade administrativa e aos respectivos dispositivos legais, dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92. Em outras palavras, feita essa ressalva, não mais se mencionará seu art. 10-A neste trabalho.

De imediato, é de se entender que a Lei nº 8.429, de 02/06/92, não interfere nas respectivas competências dos entes federados, a molde de seus estatutos disciplinares, que preveem sanções administrativas para seus servidores ímprobos; aquela Lei apenas dispõe, como lei nacional, vinculante em toda a federação, sobre as sanções cíveis judiciais cabíveis para atos de improbidade, independentemente não só das repercussões administrativas mas até penais. Em outras palavras, não há instância única para apuração de improbidade. Enquanto na instância administrativa o bem tutelado é a manutenção da regularidade *interna corporis*, a Lei nº 8.429, de 02/06/92, também tutela o bem maior da moralidade administrativa como um

direito público subjetivo.

*“A Lei Federal n. 8.429/92 não revogou a Lei Federal n. 8.112/90, nem as leis estaduais e municipais, no que diz respeito às faltas funcionais e correlatas sanções, processo administrativo e competência no exercício do poder disciplinar, inclusive no tocante à improbidade administrativa. São esferas distintas e independentes de repressão. (...)*

*Qualquer que seja a penalidade administrativa (...), nenhum óbice existe ao cúmulo com as sanções da Lei Federal n. 8.429/92, em razão da diversidade da natureza jurídica de cada uma delas (...).*

*(...) a previsão de aplicação judicial das sanções da improbidade administrativa, delineada no art. 12 da Lei Federal n. 8.429/92, não significa que a legislação infraconstitucional instaurou uma instância única para a matéria e retirou o exercício da competência administrativa derivada do poder disciplinar. (...)*

*Somente a punição específica da Lei Federal n. 8.429/92 é que se sujeita ao crivo jurisdicional (...).” Wallace Paiva Martins Júnior “Probidade Administrativa”, pgs. 179 e 180, Editora Saraiva, 1ª edição, 2001*

Os três artigos que se seguem da Lei nº 8.429, de 02/06/92, apresentam listas exemplificativas, não exaustivas, das três espécies de atos de improbidade (omissivos ou comissivos) de cada um daqueles três gêneros - atos de improbidade causadores de enriquecimento ilícito ou de dano ao erário ou ainda que afrontem princípios reitores. A Lei cuidou de destacar alguns exemplos, sem vedar o enquadramento de qualquer outra situação real residual apenas em algum dos três *caputs*, já que ao seu final, empregou-se a expressão “e notadamente”.

*“Descreve a lei três espécies ou modalidades de atos de improbidade administrativa (...).*

*Para cada uma, a lei arrola exemplificadamente certas situações ou condutas (reveladas pela expressão ‘e notadamente’), pois o ‘caput’ dos arts. 9º, 10 e 11 já definem no que consistem essas espécies ou modalidades. Assim sendo, mesmo previsto o ato em qualquer das hipóteses do rol desses dispositivos, constituirá improbidade administrativa se se acomodar à definição de enriquecimento ilícito, prejuízo ao patrimônio público e atentado aos princípios da Administração Pública (e esta última é residual em relação às primeiras).” Wallace Paiva Martins Júnior “Probidade Administrativa”, pg. 181, Editora Saraiva, 1ª edição, 2001*

*“(...) a Lei 8.429/92 posiciona as cláusulas gerais [‘caputs’] como ‘soldados de reserva’. Atuam quando não tiverem antes incidido como normas específicas constantes dos incisos dos arts. 9º, 10 e 11, da Lei de Improbidade Administrativa.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pg. 407, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Pode-se configurar ato de improbidade apenas com a caracterização do enriquecimento ilícito, sem a necessidade de lesão ao erário, e vice-versa, bem como se caracterizar apenas com a afronta a princípios reitores, sem a necessidade de enriquecimento ilícito e de dano ao erário. Por outro lado, um mesmo ato pode enquadrar-se em dois ou até três daqueles gêneros, uma vez que, muito provavelmente, qualquer ato ímprobo ensejador de enriquecimento ilícito e/ou de dano ao erário, em sua base, também terá afrontado algum princípio reitor da Administração (sendo que, neste caso, a boa técnica jurídica recomenda, sem exigir, a não superposição de enquadramentos, podendo o enquadramento mais grave absorver os demais, sintetizando a imputação, nos termos já expostos em 4.5.3, sem prejuízo e muito menos nulidade de se optar pelo múltiplo enquadramento).

Para este fim, requer-se esclarecer que, de certa forma, a Lei nº 8.429, de 02/06/92, estabelece um gradiente decrescente de gravidade nas três espécies de atos de improbidade nela previstos. Os atos de improbidade de maior gravidade e lesividade e, conseqüentemente,

de maior grau de repulsa social e de mais forte sancionamento (no seu art. 12) são aqueles acarretadores de enriquecimento ilícito, previstos em seu art. 9º; em sequência, vêm os atos de improbidade que, mesmo não tendo propiciado enriquecimento ilícito ao agente, tenham causado dano ao erário; por fim, residualmente, a Lei abarca também como ímprobos os atos que, mesmo não tendo propiciado enriquecimento ilícito ao agente e causado dano ao erário (ou que tais consequências não restem comprovadas no processo), configuram graves afrontas a princípios reitores da Administração.

Assim, um ato a ser enquadrado como acarretador de enriquecimento ilícito até pode também ter causado dano ao erário ou afrontado princípios reitores, mas, a título apenas de recomendação, resta bastante imputar a conduta no art. 9º da Lei nº 8.429, de 02/06/92, como forma de absorver todas as decorrências dos demais enquadramentos.

Ainda nesta linha, por um lado, um ato a ser enquadrado como causador de dano ao erário até pode também ter afrontado princípios reitores, mas, a título apenas de recomendação, resta bastante imputar a conduta no art. 10 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, como forma de absorver as decorrências do outro enquadramento. Por outro lado, o enquadramento de um ato como improbidade por causar dano ao erário não requer a comprovação de o agente ter auferido qualquer vantagem patrimonial, visto este elemento ser indispensável para a comprovação de ato de improbidade acarretador de enriquecimento ilícito e sua existência atrai tal enquadramento mais gravoso.

*“De modo que a improbidade administrativa, definindo-se intrinsecamente como transgressão de risco, não requer de rigor, para a sua configuração legal, que tenha a pessoa jurídica pública sofrido efetivamente prejuízo patrimonial.” José Armando da Costa, “Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa”, pg. 23, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2000*

Na sequência, o enquadramento de um ato como improbidade por afrontar princípios reitores não requer a comprovação de o agente ter auferido qualquer vantagem patrimonial ou de a instituição ter sofrido qualquer prejuízo, perda ou dilapidação, visto tais elementos serem indispensáveis, respectivamente, para a comprovação de ato de improbidade acarretador de enriquecimento ilícito ou para a comprovação de ato de improbidade causador de dano ao erário e sua existência, em cada caso, atrai, consecutivamente, aqueles enquadramentos mais gravosos.

O art. 9º da Lei nº 8.429, de 02/06/92, lista em doze incisos exemplos de atos que importam enriquecimento ilícito; em síntese, auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo, função ou emprego. O enquadramento no citado art. 9º requer o ganho de qualquer vantagem indevida, de forma dolosa, mas não requer, necessariamente, a presença também de dano ao erário (nada impede, todavia, de se configurarem simultaneamente estes dois efeitos e ainda de afronta a princípios reitores). Este enquadramento se configura com exigência, solicitação ou recebimento de vantagem patrimonial, por parte do servidor, para si mesmo ou para terceiro ou interposta pessoa, mediante ação ou omissão, lícita ou ilícita.

*Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente:*

*I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;*

*II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de*

*serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;*

*III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;*

*IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;*

*V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;*

*VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;*

*VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;*

*VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;*

*IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;*

*X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;*

*XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art.1º desta Lei;*

*XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art.1º desta Lei.*

O art. 10 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, lista em 21 incisos exemplos de atos que causam lesão ao erário; em síntese, o dispositivo abarca qualquer ação ou omissão que, dolosamente (e até de forma culposa também, embora de emprego correcional não recomendado, conforme adiante se abordará), enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades públicas. Embora o enquadramento no art. 9º da mesma Lei, ao coibir o enriquecimento ilícito, também possa, indiretamente, proteger os cofres públicos, não visa a este objetivo. Conforme já afirmado acima, a eventual superposição de efeitos (de enriquecimento ilícito e de dano ao erário) atrai o enquadramento no mencionado art. 9º, de maior gravosidade. A tutela exclusiva de coibir o dano ao erário reside especificamente no art. 10 da Lei nº 8.429, de 02/06/02. Como regra, este dispositivo cuida das hipóteses em que o particular é indevidamente beneficiado, às custas de prejuízo do erário, mesmo que o servidor não tenha tido vantagem patrimonial ilícita ou, caso tenha tido, não tenha restado comprovada no processo.

Relembre-se o conceito já apresentado em 3.2.3.5.2 para erário, que, como sinônimo de cofres públicos, reflete a ideia de dinheiros ou recursos públicos e abarca todos os valores monetários e mobiliários ou bens e mercadorias em poder da Administração e destinados à venda ou de qualquer forma conversíveis em moeda, significando, em síntese, delimitadamente, o conjunto de bens e de interesses de natureza econômico-financeira de cada um dos entes federados, quais sejam, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, relevando para o presente o que concerne à União (na contrapartida da definição mais

abrangente de patrimônio público ou patrimônio nacional, que alcança não só os bens e direitos de valor econômico, mas também aqueles de natureza artística, histórica, turística ou estética pertencentes a cada ente federado).

Acrescente-se que, a rigor, embora este enquadramento, em função de a tutela moral por vezes se sobrepor à tutela patrimonial, possa ser justificado mesmo que não se configure efetivamente o dano aos cofres públicos com a conduta do servidor, na prática, recomenda-se seu emprego apenas quando o ato funcional de fato tenha acarretado dano quantificável ao erário, cabendo inclusive à comissão tal quantificação (ainda que preliminar) - até porque, na inteligência sistemática da própria Lei nº 8.429, de 02/06/92, o dano ao erário deve ser quantificável pois prevê-se a sanção do ressarcimento do prejuízo. Em consequência desta linha interpretativa excludente, as condutas dolosas de natureza ímproba suscitadoras de inferência de algum dano ao erário mas em que este reste completamente inquantificável devem ser objeto de enquadramento no art. 9º, caso reste comprovado também o enriquecimento ilícito do servidor, ou, residualmente, no art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, vez que, muito provavelmente restará afrontado algum princípio reitor da Administração.

*Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:*

*I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;*

*II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;*

*III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistenciais, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem a observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;*

*IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;*

*V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;*

*VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;*

*VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;*

*VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;*

*IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;*

*X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;*

*XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;*

*XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;*

*XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.*

*XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as*

*formalidades previstas na lei; (incluído pela Lei nº 11.107, de 06/04/05)*

*XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei; (incluído pela Lei nº 11.107, de 06/04/05)*

*XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 31/07/14)*

*XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 31/07/14)*

*XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 31/07/14)*

*XIX - frustrar a licitude de processo seletivo para celebração de parcerias da administração pública com entidades privadas ou dispensá-lo indevidamente; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 31/07/14)*

*XX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 31/07/14)*

*XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 31/07/14)*

*STJ, Recurso Especial nº 892.818: “Ementa: (...) 5. Nem toda irregularidade administrativa caracteriza improbidade, nem se confunde o administrador inábil com o administrador ímprobo. Contudo, se o juiz, mesmo que implicitamente, declara ou insinua ser ímproba a conduta do agente, ou reconhece violação aos bens e valores protegidos pela Lei da Improbidade Administrativa (= juízo de improbidade da conduta), já não lhe é facultado - sob influxo de princípio da insignificância, mormente se por ‘insignificância’ se entender somente impacto monetário direto da conduta nos cofres públicos - evitar o juízo de dosimetria da sanção, pois seria o mesmo que, por inteiro, excluir (e não apenas dosar) as penas legalmente previstas.”*

E o art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, lista em nove incisos exemplos de atos que atentam contra os princípios da Administração Pública; em síntese, qualquer ação ou omissão que, dolosamente, viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. Este dispositivo é de ser aplicado, ainda que o servidor não tenha auferido enriquecimento ilícito e que o erário não tenha sofrido prejuízo (ou quando estes elementos mais específicos não foram comprovados no processo), mediante conduta que atente contra qualquer princípio reitor da Administração Pública (não só aqueles descritos no próprio art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, mas também no art. 4º desta mesma Lei, que reflete o art. 37 da CF, e todos os demais inerentes ao sistema), com a qual se revele desvio ético de conduta funcional e inabilitação moral do servidor. Ou seja, é um enquadramento de natureza residual em relação aos arts. 9º e 10 da citada Lei. Esta previsão legal de ato de improbidade administrativa vem, enfim, positivar o entendimento conceitual de que afronta a qualquer princípio reitor da Administração Pública é ato de grave antijuridicidade - por vezes de maior repulsa que descumprimento de norma expressa, vez que os princípios formam a base orgânica em que se sustenta todo o ordenamento da instância administrativa. Na esteira do que se afirmou acima para os demais enquadramentos, a rigor, embora qualquer ato de improbidade ensejador de enriquecimento ilícito e/ou de dano ao erário também afronte princípios reitores, a melhor prática jurídica não recomenda a adoção de múltiplos

enquadramentos, podendo o aplicador do Direito sintetizar a imputação nos mais graves (no art. 9º, se presente a vantagem patrimonial do agente, ou no art. 10, se presente o prejuízo patrimonial da instituição, ambos da Lei nº 8.429, de 02/06/92) - sem que, todavia, a adoção de múltiplos enquadramentos configure qualquer nulidade processual.

*Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:*

*I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento diverso daquele previsto, na regra de competência;*

*II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;*

*III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;*

*IV - negar publicidade aos atos oficiais;*

*V - frustrar a licitude de concurso público;*

*VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;*

*VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço;*

*VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 31/07/14)*

*IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 06/07/15)*

*Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos.*

Conforme já se expôs em **4.7.3.18.6** e a cuja leitura se remete, a prática de atividades privadas ensejadoras de conflito de interesses, em patamar elevado de gravidade e de intolerância jurídica, na concomitância com o desempenho do cargo, faz incidir os comandos legais mais específicos de algum dos sete incisos do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13. A forte repulsa jurídica que se dirige contra esta prática, por força do art. 12 da Lei nº 12.813, de 16/05/13, atrai a aplicação do enquadramento de improbidade administrativa, por ofensa a princípios reitores da Administração, conforme define o *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, e impõe a pena expulsiva, nos termos do art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, mediante o rito que se exporá em **4.7.4.4.2**.

*Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 12. O agente público que praticar os atos previstos nos arts. 5º e 6º desta Lei incorre em improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando não caracterizada qualquer das condutas descritas nos arts. 9º e 10 daquela Lei.*

*Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput e da aplicação das demais sanções cabíveis, fica o agente público que se encontrar em situação de conflito de interesses sujeito à aplicação da penalidade disciplinar de demissão, prevista no inciso III do art. 127 e no art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou medida equivalente.*

Bastante relevante e didática é a manifestação jurisprudencial, primeiramente, ratificando que a inexistência de enriquecimento ilícito e de dano ao erário, por si só, não afasta a possível consideração de um ato como ímprobo e, ademais, de que fatos que isoladamente não configuram ato de improbidade administrativa podem, ao serem somados, tomando-se em conta suas circunstâncias objetivas, caracterizar a violação aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa, e, desta forma, se enquadrarem no art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

*STJ, Recurso Especial nº 1.245.765: “Ementa: 5. Em primeiro lugar, é (...) pacífico no Superior Tribunal de Justiça entendimento segundo o qual, para o*

*enquadramento de condutas no art. 11 da Lei n. 8.429/92, é despicienda a caracterização do dano ao erário e do enriquecimento ilícito. (...) 7. Não há como afastar a conclusão da origem no sentido de que, isoladamente, o simples fato de a filha do Prefeito compor o quadro societário de uma das empresas vencedora da licitação não constitui ato de improbidade administrativa. 8. Ocorre que, na hipótese dos autos, este não é um dado isolado. Ao contrário, a perícia - conforme consignado no próprio acórdão recorrido - deixou consignado que a modalidade de licitação escolhida (carta-convite) era inadequada para promover a contratação pretendida, em razão do valor do objeto licitado. 9. Daí porque o que se tem, no caso concreto, não é a formulação, pelo Parquet estadual, de uma proposta de condenação por improbidade administrativa com fundamento único e exclusivo na relação de parentesco entre o contratante e o quadro societário da empresa contratada. 10. No esforço de desenhar o elemento subjetivo da conduta, os aplicadores da Lei n. 8.429/92 podem e devem guardar atenção às circunstâncias objetivas do caso concreto, porque, sem qualquer sombra de dúvida, elas podem levar à caracterização do dolo, da má-fé. 11. Na verdade, na hipótese em exame - lembre-se: já se adotando a melhor versão dos fatos para os recorridos -, o que se observa são vários elementos que, soltos, de per se, não configurariam em tese improbidade administrativa, mas que, somados, foram um panorama configurador de desconsideração do princípio da legalidade e da moralidade administrativa, atraindo a incidência do art. 11 da Lei n. 8.429/92. 12. O fato de a filha do Prefeito compor uma sociedade contratada com base em licitação inadequada, por vícios na escolha de modalidade, são circunstâncias objetivas (declaradas no acórdão recorrido) que induzem à configuração do elemento subjetivo doloso, bastante para, junto com os outros elementos exigidos pelo art. 11 da LIA, atrair-lhe a incidência. 13. Pontue-se, antes de finalizar, que a prova do móvel do agente pode se tornar impossível se se impuser que o dolo seja demonstrado de forma inafastável, extreme de dúvidas. Pelas limitações de tempo e de procedimento mesmo, inerentes ao Direito Processual, não é factível exigir do Ministério Público e da Magistratura uma demonstração cabal, definitiva, mais-que-contundente de dolo, porque isto seria impor ao Processo Civil algo que ele não pode alcançar: a verdade real.”*

A princípio, parece incoerência da Lei nº 8.429, de 02/06/02, citar ato de improbidade administrativa de natureza culposa, conforme se lê, por exemplo, no *caput* do seu art. 10, uma vez que este tipo de ato está, por definição, associado à ideia de má-fé e dolo. Não obstante, por um lado, é cabível interpretar que tenha o legislador vislumbrado a possibilidade de o juízo civil até poder cogitar de aplicar tão pesada crítica (ato ímprobo) por ato culposamente restritamente para esta instância patrimonial reparadora. Tanto deve ser verdadeira tal interpretação que o legislador expressou, dentro do escopo da Lei nº 8.429, de 02/06/92, mais precisamente em seu art. 5º, o ressarcimento civil por atos causadores de lesão, de ser lido em conjunto com a base legal extraída dos arts. 186 e 927 do CC.

*Lei nº 8.429, de 02/06/02 - Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.*

*CC - Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ao ilícito.*

*Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

*Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.*

*“Por culpa (em sentido estrito), a ação do servidor, ou agente político, que cause prejuízo aos bens e haveres públicos, poderá, quando muito, ensejar a sua responsabilização civil, nos termos do art. 159 do Código Civil e do art. 5º*

*da Lei nº 8.429/92*

*Ressalte-se, por fim, que, carecendo de tais requisitos fundamentais [dolo], o comportamento do agente - ainda que seja enquadrável numa das hipóteses previstas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 - não configura justo título demissório, podendo, na pior das hipóteses, ensejar a sua responsabilização civil, como referido acima, ou a imposição da pena de advertência, nos termos do art. 129 da Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico do Servidor Federal).” José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pgs. 537 e 538, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

*(Nota: A remissão ao art. 159 do antigo CC equivale à leitura conjunta dos arts. 186 e 927 do atual CC.)*

Mas, de outro lado, em instância punitiva, seja penal, seja disciplinar, não se vislumbra a aplicação das severas penas associadas à conduta ímproba (desonesta, desleal e corrupta) se o ato, na verdade, foi cometido por negligência, imperícia ou imprudência. Assim, administrativamente, não cabe enquadrar atitude culposa em improbidade administrativa (destaque-se, por exemplo, a impropriedade do inciso X do citado art. 10, que se refere a agir com negligência na arrecadação de tributos, e também do inciso XX do mesmo comando, que se refere a agir com negligência na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas).

*Parecer AGU nº GQ-200, não vinculante: “Ementa: (...) Improbidade administrativa é ato necessariamente doloso e requer do agente conhecimento real ou presumido da ilegalidade de sua conduta.”*

*“Nesse sentido, por expressa determinação, em sede de reparação cível, é aceitável o reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa por lesão ao erário de forma culposa. No entanto, pelo menos na esfera disciplinar, somente é reconhecível a prática de ato de improbidade administrativa doloso, nunca culposos.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 312 e 311, 2013, disponível em [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual_PAD.pdf), acesso em 07/08/13*

*“Não sendo concebível que uma pessoa enriqueça ilícitamente, que cause prejuízo ao erário ou que transgrida os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e deslealdade às instituições públicas, por ação meramente culposa (negligência, imprudência ou imperícia), forçosamente haveremos de concluir que o elemento subjetivo do delito disciplinar da improbidade é o dolo. (...)”*

*Conquanto o art. 10 da Lei nº 8.429/92 preveja a modalidade culposa para o delito disciplinar de improbidade administrativa que implique lesão aos cofres públicos, entendemos, todavia, que o elo subjetivo da culpa em sentido estrito (negligência, imprudência e imperícia) não chega a integralizar e satisfazer o ‘corpus delicti’ da infração disciplinar em apreço, uma vez que é impossível conceber que um agente público - sem dolo ou voluntariedade - possa comportar-se de modo desonroso, ímprobo ou desonesto, a ponto de produzir dano ao erário. Se o comportamento culposos (em sentido estrito) do agente gerar algum dano contra o patrimônio público, a falta disciplinar cometida poderá ser outra qualquer, mas nunca a de improbidade administrativa.” José Armando da Costa, “Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa”, pgs. 22, 33 e 34, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2000*

*“A improbidade é sempre ato doloso, ou seja, praticado intencionalmente, ou cujo risco é inteiramente assumido. Não existe improbidade culposa, que seria aquela praticada apenas com imprudência, negligência ou imperícia, porque ninguém pode ser ímprobo, desonesto, só por ter sido imprudente, ou imperito, ou mesmo negligente. Improbidade é conduta com efeitos necessariamente assumidos pelo agente, que sabe estar sendo desonesto, desleal, imoral,*

*corrupto.” Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis”, pgs. 229 e 230, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/7.

*Nota Técnica Coger nº 2005/7: Ementa: A existência do elemento subjetivo do dolo é imprescindível à caracterização das infrações relativas a valimento de cargo (inciso IX, art. 117) e improbidade administrativa (inciso IV, art. 132), ambas dispostas na Lei nº 8.112, de 1990, cuja penalidade prevista é a demissão e corresponde a ato vinculado. Não se admite a modalidade culposa de improbidade administrativa nos moldes do art. 10 da Lei nº 8.429, de 1992, tendo em vista não só a incompatibilidade com a definição do termo improbidade, como também a insegurança jurídica que daí poderia advir.”*

#### **4.7.4.4.2 - Rito Administrativo e Sobrestamento**

Tem-se que a Lei nº 8.429, de 02/06/92, não trata de responsabilização administrativa, pois os ilícitos não são funcionais, as penas extrapolam a competência da autoridade administrativa e a Lei cita institutos judiciais. Indubitavelmente, as penas da Lei nº 8.429, de 02/06/92, não incumbem à Administração, mas tão somente ao Poder Judiciário, com promoção do Ministério Público Federal (ou também do órgão público lesado). Neste rumo, destaca-se a previsão de pena de perda da função pública, a qual, a exemplo do que já se mencionou em **4.7.4.1.2**, vincula-se ao trânsito em julgado da ação judicial. Também não se trata de responsabilização penal, pois o art. 37, § 4º da CF ressaltou a ação penal cabível e as sanções não são meramente penais (a única passagem em que a Lei emprega a palavra “crime” é ao se referir à representação por ato de improbidade sabidamente injusta, no art. 19). Aliás, aproveita-se para registrar que o ordenamento pátrio não contempla a expressão “crime de improbidade”; o que ocorre é que tal irregularidade funcional de forte gravidade e de índole dolosa amolda-se a tipos que o CP enumera como crimes contra a Administração Pública, em seus arts. 312 a 326.

*CF - Art. 37.*

*§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14/06/98)*

*TRF da 4ª Região, Agravo de Instrumento nº 0007349-22.2011.404.0000, Decisão: “(...) É corrente o entendimento que consagra a independência de esferas, de modo que as conclusões do juízo criminal não interferem em qualquer outro processo, mesmo no âmbito dos atos de improbidade. Isso porque os bens jurídicos tutelados não são coincidentes e as circunstâncias afetas ao juízo mais especializado devem apontar para indícios muito mais robustos do que em qualquer outra esfera, em especial porque a reprimenda penal do Estado constitui-se em última ratio. O mesmo não se exige no que diz respeito às condutas supostamente ímprobas. Vale notar, nesta esteira, que inclusive o objetivo de uma e de outra ação são diferentes. Enquanto na ação penal visa-se à apuração das condutas tipificadas como crime, na ação civil pública por improbidade administrativa busca-se a aplicação de sanções outras que não aquelas tipificadas no Código Penal. (...) Em síntese, a demanda tem natureza patrimonial e política, de onde se destacam o ressarcimento do dano ao erário e a perda da função pública. (...)”*

*“Penas acessórias. O art. 136 representa o mecanismo legal de aplicação parcial do dispositivo constitucional sobre o assunto (é o § 4º do art. 37 (...)). Ou seja, ao lado da ação penal tradicional, existirá contra o mau administrador, conforme for determinado em lei especial, este elenco de sanções a ser aplicado.*

*Alerte-se que o artigo em análise não se presta para dotar a administração do direito de determinar a indisponibilidade dos bens e do ressarcimento ao erário, mas de tomar as providências para que tal ocorra. Somente o Ministério Público é competente para solicitar esta providência em Juízo, cabendo a decisão unicamente ao Magistrado que preside o feito. Não é a Lei nº 8.112, de 1990, a pretendida lei especial, que deveria tratar da forma e gradação dessas penalidades configuradas constitucionalmente (...).*

*Esta matéria veio a ser disciplinada, no campo da legislação ordinária, pela Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pgs. 304 e 305, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

*(Nota: Ver o prosseguimento deste tema em 4.10.6.6)*

Daí, embora também não trate exclusivamente de responsabilização civil (pois majoritariamente aborda conceitos afetos à Administração Pública, transbordando os limites do Direito privado, e as penas extrapolam a reparação do dano), a Lei nº 8.429, de 02/06/92, prevê um rito civil. A propósito, quanto às penas, percebe-se que o legislador constituinte incluiu a indisponibilidade dos bens no § 4º do art. 37 da CF, embora não sejam uma sanção em si, mas sim apenas uma medida cautelar, preparatória para eventual pena de perda dos bens; e informe-se ainda que a Lei nº 8.429, de 02/06/02, dilatou aquele dispositivo constitucional, incluindo ainda as penas de perda de bens, multa civil, proibição temporária de contratar com o poder público e proibição temporária de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, todas válidas nos termos do art. 5º, XLVI da própria CF.

Portanto, a rigor, caso se adotasse enquadramento puro na Lei nº 8.429, de 02/06/92, o rito administrativo seria apenas investigatório e serviria de peça de instrução da ação judicial civil pública competente para apurar a responsabilização nos termos daquela Lei de Improbidade, em seu art. 17.

*“Em resumo, as sanções não são penais ou administrativas; as matérias reguladas pela Lei Federal n. 8.429/92 são a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e o seu processo, nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal (...).” Wallace Paiva Martins Júnior, “Probidade Administrativa”, pg. 176, Editora Saraiva, 1ª edição, 2001*

Em razão disto, da mesma forma como se defendeu no inciso I do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (dos crimes contra a Administração Pública), não deve a comissão indiciar com base apenas nos arts. 9º, 10 e/ou 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, pois, se assim fizer, por não ser a autoridade administrativa competente para impor as penas previstas na Lei de Improbidade, poderá haver o questionamento a respeito do sobrestamento do processo até a decisão judicial da ação civil de improbidade.

É de se compreender que não há vedação legal para que se cumulem repercussões administrativas (previstas na Lei nº 8.112, de 11/12/90) e judicial (previstas na Lei nº 8.429, de 02/06/92), à vista da consagrada independência das instâncias (art. 125 da primeira Lei), pois estes dois diplomas legais têm diferentes naturezas jurídicas. Não obstante ser possível que graves ilícitos à luz da Lei nº 8.112, de 11/12/90, possam também configurar atos previstos na Lei nº 8.429, de 02/06/92, apontando uma conexão entre os preceitos das duas Leis, não há obrigatória repercussão da decisão judicial sobre a instância disciplinar.

Para o enfoque administrativo, o que importa é que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, antes mesmo da edição da Lei nº 8.429, de 02/06/92, tratou o ato de improbidade, em gênero, como ilícito disciplinar autônomo. Enquadrando no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a autoridade administrativa é competente para processar o servidor, no rito do Estatuto, por fato em si mesmo eivado de má-fé, dolo e desonestidade, punido com pena de demissão. Destaque-se que este grave enquadramento absorve o enquadramento por conduta (culposa) incompatível com a moralidade administrativa, previsto no art. 116, IX do Estatuto.

*“Na seara pública, a desonestidade, não comportando graduação, sempre que enquadrar-se numa das fatispécies previstas na Lei nº 8.429/92, por mais suave*

*que seja o seu gesto ímprobo, deverá necessariamente acarretar pena capital (demissão) do servidor imputado. Sim, porque, repita-se, o 'meio honesto' não pode, com legitimidade, prosseguir exercendo função pública.” José Armando da Costa, “Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa”, pg. 25, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2000*

Defende-se que, para a aplicação da pena de demissão ao servidor que incorre em ato de improbidade administrativa enquadrado no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, embora se encontre definição em algum dos incisos dos arts. 9º, 10 e/ou 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, é bastante a competência estatutária da autoridade administrativa, não sendo, para tal, necessária a intervenção do Ministério Público Federal e do Poder Judiciário. Esta independência é extraída dos arts. 12 e 14 da própria Lei nº 8.429, de 02/06/92:

*Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 15/12/09):*

*Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.*

*§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.*

*“Posteriormente, foi editada a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) com o objetivo de estabelecer os limites jurídicos ao conceito de improbidade administrativa e suas repercussões na esfera cível, independentemente das searas penais e administrativas. Frise-se que este diploma não exauriu as competências das entidades administrativas no que tange às apurações da prática de atos de improbidade administrativa. Ao contrário, delimitou as fronteiras das espécies de atos ímprobos, sancionando tais condutas em esfera diversa da estritamente disciplinar ou mesmo penal, mas preservando-as.*

*Assim, as apurações da prática de atos de improbidade administrativa poderão desenrolar-se administrativamente, por ensejar a conduta indisciplinar prevista no art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90, penalmente, quando implicar a prática de tipo criminal previsto na legislação penal, e, também, civilmente, nos moldes da própria Lei nº 8.429/92.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 311, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Seria absolutamente contraditório que a Lei nº 8.429, de 02/06/92, se importasse em revogar o dispositivo por meio do qual a Lei nº 8.112, de 11/12/90, prevê a apuração administrativa de ato de improbidade administrativa ao mesmo tempo em que seus arts. 12 e 14 não só mencionam como independentes as apurações administrativa e judiciais mas ainda remetem a apuração administrativa ao rito previsto nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Do contrário, investir-se-ia em tese contrária à interpretação sistemática de todo o ordenamento e dissociada do contexto histórico em que se situa o tema. Equivaleria a afirmar que a Lei nº 8.429, de 06/02/92, teria sido editada não para dotar o Estado de mais um instrumento de combate às graves infrações funcionais, facilitando o enquadramento em improbidade administrativa ao clarear as hipóteses de emprego de tal conceito, mas sim para dificultar tais apurações, revogando o dispositivo do art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Neste rumo foi a manifestação da Advocacia-Geral da União, em Despacho do Advogado-Geral da União, de 09/05/06, aprovando o Despacho do Consultor-Geral da União nº 361/2006, após provocação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, acerca do entendimento a ser dado sobre o alcance do art. 9º, VII da Lei nº 8.429, de 02/06/92. Uma vez que a manifestação do órgão máximo de assessoramento jurídico do Poder Executivo se deu em consulta do órgão de Consultoria Jurídica do Ministério da Fazenda, é de se interpretar como vinculante no âmbito desta Pasta e, por conseguinte, na Secretaria da Receita Federal do Brasil:

*Despacho do Advogado-Geral da União, de 09/05/06: “4. (...) Ora, salvo melhor juízo (até porque o art. 132, IV da Lei nº 8.112/90 é anterior à Lei nº 8.429/92), os atos de improbidade funcionais capazes de constituir infração disciplinar enquanto ato de servidor no exercício do cargo ou função podem ser legalmente sancionados como tal, isto é, no nível administrativo disciplinar, a exemplo de qualquer conduta ilícita civil ou penal que também constitua ilícito administrativo disciplinar. Assim, se a conduta do servidor constitui ato de improbidade, constitui também infração disciplinar que sujeita o servidor ao processo administrativo disciplinar, sem prejuízo das demais sanções, ‘independentemente das sanções penais, civis e administrativa’ (v. g. art. 12, L. 8.429/92).”*

*“A própria autoridade administrativa tem competência para definição do ilícito específico de improbidade administrativa, não dependendo de prévia apreciação externa à esfera administrativa. Esta independência de instâncias, especialmente no que concerne à própria definição do ato de improbidade, é extraída de interpretação sistemática de dispositivos da Lei nº 8.429/92, conjugados com a previsão do art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 314, 2013, disponível em [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual_PAD.pdf), acesso em 07/08/13*

*“A tipologia inculpada nos arts. 9º, 10 e 11 referidos constituem delitos disciplinares autônomos que independem, como tal, da existência de sentença judicial (cível ou penal) reconhecendo a sua prática. Nesse sentido é a mansa e pacífica jurisprudência dos nossos tribunais.*

*Nada obstante, a redação um tanto quanto ambígua do art. 20 dessa lei estabelecendo textualmente que ‘a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória’ - tem levado alguns intérpretes e aplicadores do direito a entender que a demissão de servidores públicos, nos casos de improbidade administrativa, deva aguardar o desfecho desses decisórios, o que não passa de ledão engano.*

*As várias hipóteses de improbidade administrativa (que acarretam enriquecimento ilícito, dano ao erário ou afronta aos princípios da administração pública) podem, além de configurar infrações disciplinares, constituir danos civis e crimes, devendo cada um desses gêneros de responsabilidade ser afetados às suas instâncias respectivas: disciplinar, cível ou criminal.*

*Somente as sanções complementares de perda da função pública e da suspensão dos direitos políticos, (...), é que requestam o trânsito em julgado da sentença civil condenatória, como determina o art. 20 da Lei nº 8.112/90 (sic).” José Armando da Costa, “Controle Judicial do Ato Disciplinar”, pgs. 244 e 245, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2002*

*(Nota: Subentende-se que o autor quis se referir ao art. 20 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, e não da Lei nº 8.112, de 11/12/90.)*

*“(...) o ato de improbidade administrativa, quando praticado por servidor público, corresponde também a um ilícito administrativo já previsto na legislação estatutária de cada ente da federação, o que obriga a autoridade*

*administrativa competente a instaurar o procedimento adequado para apuração de responsabilidade. No entanto, as penalidades cabíveis na esfera administrativa são apenas as previstas nos Estatutos dos Servidores. (...)*

*Mesmo que a autoridade administrativa represente ao Ministério Público, na forma dos artigos 7º (para pedir a indisponibilidade dos bens) e 16 (para solicitar o sequestro dos bens), não pode deixar de ser instaurado e ter tramitação normal o processo administrativo, pois ele insere-se como manifestação do poder disciplinar da Administração Pública, com a natureza de poder-dever e, portanto, irrenunciável.” Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Direito Administrativo”, pgs. 773, 774 e 776, Editora Atlas, 19ª edição, 2006*

A mesma linha de entendimento prevalece na jurisprudência. É necessário destacar que o Supremo Tribunal Federal, ao prover o Recurso de Mandado de Segurança nº 24.699, anulando demissão de servidor por improbidade administrativa, em decorrência de não haver nos autos provas de tal ilícito, inseriu na ementa a passagem que induziria ao entendimento de que a Administração não seria competente para tal ato, cabendo apenas representação ao Ministério Público Federal, para ajuizamento de ação de competência que seria exclusiva do Poder Judiciário. Todavia, a controvérsia trazida por este julgado levou à publicação de Embargos de Declaração, por meio dos quais se esclareceu que a anulação do ato demissório decorreria tão somente de a Corte não vislumbrar nos autos elementos que caracterizassem o ato de improbidade. Atualmente, o tema encontra-se pacificado na jurisprudência superior, com inquestionáveis julgados mais recentes, asseverando o poder de a Administração em demitir o servidor, no rito da Lei nº 8.112, de 11/12/90, por ato ímprobo.

*STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.901: “Ementa: (...) Embora o Judiciário não possa substituir-se à Administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal. Este, porém, não é o caso dos autos, em que a autoridade competente, baseada no relatório do processo disciplinar, concluiu pela prática de ato de improbidade e, em consequência, aplicou ao seu autor a pena de demissão, na forma dos artigos 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/90, e 11, inciso VI, da Lei nº 8.429/92.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 12.262: “Ementa: 1. A chamada ‘Lei de Improbidade Administrativa’, Lei 8.429/92, não revogou, de forma tácita ou expressa, dispositivos da Lei 8.112/90, que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. Aquele diploma legal tão somente buscou definir os desvios de conduta que configurariam atos de improbidade administrativa, cominando penas que, segundo seu art. 3º, podem ser aplicadas a agentes públicos ou não. Em consequência, nada impede que a Administração exerça seu poder disciplinar com fundamento em dispositivos do próprio Regime Jurídico dos Servidores, tal como se deu no caso vertente.”*

*STF, Mandado de Segurança nº 22.534: “Ementa: (...) 2. A ausência de decisão judicial com trânsito em julgado não torna nulo o ato demissório aplicado com base em processo administrativo em que foi assegurada ampla defesa, pois a aplicação da pena disciplinar ou administrativa independe da conclusão dos processos civil e penal, eventualmente instaurados em razão dos mesmos fatos. Interpretação dos artigos 125 da Lei nº 8.112/90 e 20 da Lei nº 8.429/92 em face do artigo 41, § 1º, da Constituição.”*

*Idem: STF, Mandados de Segurança nº 21.922 e 21.705*

*STJ, Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 13.483, Voto: “10. Preliminarmente, é de se ter claro que a Lei 8.429/92 não revogou os dispositivos da Lei 8.112/92, que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. O novel diploma legal pretendeu apenas definir as condutas que configurariam atos de improbidade administrativa, cominando suas respectivas sanções.*

*11. Dessa forma, nada impede que a Administração, no exercício de seu Poder Disciplinar, imponha pena administrativa à Servidor Público com fundamento no Regime Jurídico dos Servidores, sendo despcienda à anterior submissão do tema ao Judiciário.”*

*STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.293: “Ementa: (...) Apurada a improbidade administrativa, fica o servidor sujeito à pena de demissão - artigo 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/90.”*

*Idem: STJ, Mandados de Segurança nº 7.861, 7.229, 6.789, 7.081 e 6.939*

Subsidiariamente, necessitando de definição jurídica mais detalhada, recomenda-se à comissão enquadrar no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, acrescentando a definição de ato de improbidade especificamente contida em algum inciso dos arts. 9º, 10 e/ou 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, que seja cabível. Com isto, se obtém uma melhor delimitação da expressão genérica “improbidade administrativa”, definindo o fato em concreto em alguma hipótese legal, tomada como parâmetro.

Seja enquadrando apenas no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, seja acrescentando alguma definição da Lei nº 8.429, de 02/06/92, certo é que, em regra, é possível ainda combinar o enquadramento de improbidade administrativa com outros enquadramentos administrativos, de forma a tornar mais robusta a peça, como, por exemplo, destacadamente o art. 117, IX, de valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública (ou ainda qualquer outro enquadramento demissível porventura cabível). Com isto, previne-se a instância disciplinar, pela falta residual do valimento de cargo, na hipótese de a defesa conseguir sobrestamento judicial em função do conceito de improbidade.

*“A Comissão Processante deverá, na capitulação do ato indisciplinar por improbidade, indicar como aplicável o disposto no art. 132, IV, combinado com o enquadramento especificamente apurado, com base nas definições previstas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, que subsidiam na definição do ato de improbidade administrativa. Além disso, caso a mesma conduta também viole outras disposições passíveis da penalidade de demissão, previstas no art. 132 ou nos incisos IX a XVI do art. 117, indica-se que seja enquadrada também nestas outras hipóteses como forma de evitar o sobrestamento do feito administrativo, em decorrência de eventual discussão judicial sobre a prática de ato de improbidade administrativa e a necessidade de prévia manifestação do Poder Judiciário acerca do ato, de que dependeria o julgamento no âmbito administrativo.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 315 e 316, 2013, disponível em [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual_PAD.pdf), acesso em 07/08/13*

Conforme já exposto em 4.3.2 e em 4.4.12.4, de acordo com o art. 15 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, dentre as providências inaugurais, no caso específico de apuração de improbidade administrativa, a comissão deve comunicar de imediato ao Ministério Público Federal e ao Tribunal de Contas da União (por meio da Secretaria de Controle Externo da Fazenda Nacional - SecexFazenda, daquela Corte) e também à autoridade instauradora, a existência de processo administrativo disciplinar com aquele fim, indicando nome e CPF do acusado, nº do processo e os fatos sob apuração.

*Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 15. A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.*

*Parágrafo único. O Ministério Público ou o Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.*

*Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão*

*representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requiera ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.*

*STJ, Mandado de Segurança nº 15.021, Decisão: “Isso porque, ao que me parece, a regra do artigo 15 da Lei nº 8.429/92 está direcionada para que o Ministério Público e o Tribunal de Contas tomem providências inibidoras e responsabilizadoras do eventual ato de improbidade no âmbito de suas competências constitucionais próprias, de modo que seria descabida e imprópria a sua intervenção em sede de processo administrativo disciplinar, já que, nessa seara, inafastável o princípio da independência das instâncias. À falta de ciência desses órgãos pode acarretar a responsabilidade administrativa daqueles que tinham o dever de cientificar aquelas autoridades e não o fizeram, constituindo, para o processo administrativo disciplinar, mera irregularidade, incapaz de nulificá-lo.”*

Portanto, em síntese, uma vez que o órgão administrativo tenha conhecimento de suposto ato de improbidade, cabe-lhe instaurar o apuratório de sua competência, nos termos dos arts. 143 e 148 da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (cujas repercussões não se confundem com as da Lei nº 8.429, de 02/06/92, de competência exclusiva do Poder Judiciário) e noticiar ao Ministério Público Federal e ao Tribunal de Contas da União, para que promovam as apurações de suas respectivas competências, sobretudo a ação civil pública da Lei de Improbidade.

Ademais, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional recomenda, por meio de seu Parecer PGFN/CJU/COJPN nº 2.865/2009, que se encaminhe à Advocacia-Geral da União cópia de processo disciplinar com decisão condenatória irrecorrível por ato de improbidade administrativa, a fim de que aquele órgão de representação judicial exerça suas funções de defesa de direitos e de interesses da União, dentre as quais se inclui ajuizar ação de ressarcimento ao erário e ação de improbidade administrativa, com ou sem pedido de reposição de dano. Sendo tal remessa ao final do processo, a recomendação recai sobre o respectivo Escor ou a Coger.

#### ***4.7.4.4.3 - Enriquecimento Ilícito Decorrente de Detecção de Variação Patrimonial Desproporcional (ou a Descoberto) ou de Identificação de Depósitos Bancários de Origem Não Comprovada e Suas Evidências a Partir de Sinais Exteriores de Riqueza ou de Movimentação Financeira Incompatível***

Especificamente no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 02/06/92, tem-se que, em princípio, configura ato de improbidade administrativa o fato de o servidor adquirir, ao tempo do exercício do cargo, bens de qualquer natureza incompatíveis com sua renda ou com a variação de seu patrimônio. Destaca-se, por óbvio, que tal enquadramento se justifica tão somente no cotejo com os bens adquiridos ao tempo de ocupação do cargo, não importando os bens obtidos antes do exercício do cargo.

*Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 9º*

*VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;*

Necessário esclarecer que o dispositivo abarca duas possibilidades de aquisição desproporcional de bens: uma, de leitura cristalina, quando a renda auferida pelo servidor não comporta a tal aquisição; e outra, embora com certa imprecisão redacional, amplia a incidência para o caso em que a aquisição de bens não se justifica sequer se considerando o resultado obtido com a alienação de outros bens que já integravam o patrimônio, ou seja, quando nem mesmo a variação patrimonial justifica a aquisição (tendo o legislador optado por

uma redação pouco precisa, ao se reportar à “evolução patrimonial”, em lugar de “variação patrimonial” ou, o que seria ainda mais adequado, de “acréscimo ou ganho patrimonial”, já que a variação pode ser negativa).

São também de se destacar o sentido amplo da expressão “bens de qualquer natureza” (englobando não só bens imóveis e móveis, também dinheiro em espécie e até mesmo itens de consumo e gastos) e a extensão do enquadramento até para beneficiamento de outras pessoas que não o próprio agente público.

Uma vez que própria literalidade do enquadramento em tela emprega conceitos que advêm da esfera fiscal, convém iniciar a presente abordagem apresentando como aquela instância trata e operacionaliza estes institutos.

Para este fim, releva introduzir que, no foco ora em comento, a instância fiscal move-se em busca da omissão de rendimentos, ou seja, da não oferta de rendas à tributação por parte do contribuinte, fato concreto que pode levar à configuração da ilicitude de natureza tributária. O Fisco dispõe de diversos mecanismos para identificar a conduta ilícita de omissão de rendimentos, indo desde o direto e imediato cruzamento de informações declaradas e constantes de seus sistemas informatizados internos, suficiente para o caso de simples não oferta à tributação, por parte do recebedor, de rendimentos que foram declarados pela fonte pagadora, até meios indiretos de aferição presumida da conduta omissiva contaminada por maior grau de elaboração. Neste contexto de condutas mais elaboradas com que o contribuinte busca dissimular a ocorrência do fato gerador e não oferecer rendimentos ao Fisco, a detecção de variação patrimonial desproporcional (ou variação patrimonial a descoberto ou ainda acréscimo patrimonial não justificado) e a identificação de depósitos bancários de origem não comprovada exsurtem como métodos de aferição indireta de omissão de rendimentos.

De imediato, cabe informar que a ilicitude tributária de omissão de rendimentos pode ser detectada, dentre outros meios, pelos dois métodos indiretos acima mencionados, seja isoladamente por um deles, seja por ambos em conjunto. Em outras palavras, pode apenas a detecção de variação patrimonial desproporcional ou apenas a identificação de depósitos bancários de origem não comprovada conduzir à conclusão de não oferta de rendimento à tributação, bem como tal conduta pode restar configurada pela simultânea configuração de ambos fenômenos indicadores.

A identificação de depósitos bancários de origem não comprovada decorre precipuamente do acesso, por parte do Fisco, aos dados do contribuinte protegidos por sigilo bancário (quais sejam, os extratos detalhados de movimentação individualizada de suas contas bancárias). E este acesso pode-se dar mediante concessão espontânea pelo contribuinte ou mediante o exercício da prerrogativa da administração tributária de, nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/01, regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10/01/01, e pela Portaria RFB nº 2.047, de 26/11/14, conforme já mencionado em **4.4.12.5**, intimar as instituições financeiras, por intermédio de Requisição de Informações sobre a Movimentação Financeira (RMF), a repassarem aqueles dados sigilosos, à margem de autorização judicial ou do próprio sujeito passivo. De posse destes dados reveladores das movimentações bancárias, caso o Fisco identifique depósitos nas contas do contribuinte que não tenham sido ofertados à tributação, intima o sujeito passivo para que este apresente a comprovação das respectivas origens e, na ausência de tal comprovação, procede ao lançamento tributário em razão de depósitos bancários de origem não comprovada.

Por sua vez, o método de aferição de omissão de rendimentos decorrente de variação patrimonial desproporcional, diferentemente do método decorrente de identificação de depósitos bancários de origem não comprovada, até pode ser efetivamente empregado em casos sem que necessariamente se tenha acessado dados protegidos por sigilo bancário. Mesmo que não tenha necessariamente havido acesso a dados bancários ou ainda que tenha havido, não se detectando depósito bancário de origem não comprovada ou até mesmo que se

tenha detectado depósitos bancários de origem não comprovada e tendo-se lavrado a correspondente autuação fiscal, ainda pode restar a sobredita variação patrimonial desproporcional.

A variação patrimonial desproporcional resta configurada quando a análise de origens e de aplicações verifica, em determinado mês de apuração (ou em qualquer outro período de aferição), que os dispêndios ou as aplicações de recursos por parte do contribuinte (seus gastos e despesas em geral, tais como com educação, saúde, moradia e lazer referentes a si mesmo, cônjuge - se declaram em conjunto - e dependentes, pagamentos efetuados a terceiros incluindo quitação de dívidas, gastos com cartões de créditos, tributos suportados, doações e empréstimos concedidos, aquisição de bens ou direitos, dinheiro em espécie, depósitos e aplicações financeiras e saldos bancários no final do período) superam os valores de origens de recursos declarados ao Fisco (em que se incluem os rendimentos líquidos recebidos somados aos do cônjuge e dependentes e oriundos de alienação de bens ou direitos, recebimentos de empréstimos ou doações, resgates de aplicações financeiras e saldos bancários no início do período). Uma vez que é impossível que o contribuinte suporte dispêndios ou aplicações além de suas origens, tal hipótese faz pressupor a omissão de rendimentos, a despeito de estes rendimentos já poderem ter, de alguma forma, se materializado, figurando no patrimônio do agente como bens móveis, imóveis, moeda, empréstimos, etc.

Mas há ainda dois outros conceitos fiscais que também interessam ao Fisco na busca da omissão de rendimentos, que são a movimentação financeira incompatível e os sinais exteriores de riqueza. Diferentemente da detecção de variação patrimonial desproporcional e/ou da identificação de depósitos bancários de origem não comprovada, que, por si sós, como métodos indiretos de aferição presumida, já autorizam a presunção legal relativa (*juris tantum*) de omissão de rendimentos, a movimentação financeira incompatível e os sinais exteriores de riqueza não possuem tal condão, figurando apenas indiciariamente como meros critérios de seleção provocadores do aprofundamento das investigações, que, ao final, podem ou não detectar um ou ambos elementos de presunção.

Caso se identifique que transitam pela conta bancária do contribuinte valores incompatíveis com seus rendimentos declarados (por exemplo, na imediata apreciação de dados consolidados de movimentação financeira), surgem indícios de que possa haver omissão de rendimentos. Contudo, diferentemente da detecção de variação patrimonial desproporcional e/ou de depósito bancário de origem não comprovada, que por si sós, já autorizam a presunção relativa de omissão de rendimentos, a movimentação financeira incompatível traduz-se apenas em indícios daquela ocultação ilícita e requer, para fim de comprovação, que se acessem os dados protegidos por sigilo bancário a fim de se verificar se aquela tramitação de valores pela conta bancária decorre de depósitos bancários de origem não comprovada e que façam presumir a omissão de rendimentos (o acesso aos extratos bancários é indispensável, na forma aduzida em **4.4.12.5**, pois pode um mesmo montante circular várias vezes pela conta bancária, apontando movimentação financeira aparentemente incompatível, mas sem efetiva repercussão ilícita de omissão de rendimentos).

Por fim, caso se detecte que o contribuinte ostenta sinais exteriores de riqueza (por exemplo, na imediata apuração de dispêndio com impostos sobre propriedade de imóveis ou de veículos, condomínios residenciais e de dados consolidados de operações com cartões de crédito, alicerçada também na investigação de elevado patamar de consumo e de estilo de vida ou de vultosos gastos necessários para manter e conservar o alto padrão do patrimônio), também surgem indícios de que possa haver omissão de rendimentos. A exemplo da movimentação financeira incompatível, diferentemente da detecção de variação patrimonial descoberto e/ou de depósito bancário de origem não comprovada - que por si sós já autorizam a presunção relativa daquela ocultação ilícita -, os sinais exteriores de riqueza traduzem-se apenas em indícios daquela omissão e requerem, para fim de comprovação, que se ateste(m) a variação patrimonial desproporcional e/ou os depósitos bancários de origem não comprovada

que suporta(m) aquele padrão de vida e de consumo incompatível e que faz presumir a omissão de rendimentos.

Embora, por um lado, se reconheça que aqueles dois métodos indiretos de aferição presumida ou estes dois conceitos de simples levantamento de indícios de omissão de rendimentos são inerentes à atuação fiscal antes mesmo da edição a Lei nº 8.429, de 02/06/92, por outro lado, não se confunde que tais mecanismos seriam de emprego exclusivo da instância fiscal. Se, em percepção histórica, se sabe que, por muito tempo, apenas o Fisco lançou mão destes conceitos lógico-intuitivos, de aferição e de levantamento de indícios de omissão de rendimentos, resgate-se também que, no antigo contexto constitucional, e, sobretudo antes da edição da Lei nº 8.429, de 02/06/92, apenas a vertente fiscal da atuação estatal possuía interesse, base legal e oficialidade a provocarem verificação de possíveis omissões de rendimentos por parte do universo de contribuintes.

Não obstante, na natural evolução do ordenamento e do controle sobre as condutas socialmente reprováveis, refletidos no texto constitucional e na regulamentação infraconstitucional operada pela Lei nº 8.429, de 02/06/92, também a parcela correicional da atuação do Estado-Administração passou a ter interesse, base legal e oficialidade a provocarem verificação de possíveis omissões de rendimentos do conjunto de agentes públicos, pelos métodos indiretos de variação patrimonial a descoberto e/ou de depósito bancário de origem não comprovada e podendo ou não, para tal, empregar os conceitos de movimentação financeira incompatível ou de sinais exteriores de riqueza.

Feita esta apresentação introdutória, sob ótica fiscal, ao se transportarem os mencionados institutos para a seara disciplinar, tem-se que a detecção de variação patrimonial desproporcional e/ou de depósito bancário de origem não comprovada a favor de servidor-contribuinte configura a vantagem patrimonial indevida para este agente público e enseja o enquadramento no art. 9º, VII da Lei nº 8.429, de 02/06/92, como ato de improbidade administrativa causador de enriquecimento ilícito.

Bastando à Administração a comprovação da desproporcionalidade do bem adquirido em relação à renda, em exemplo do mencionado em **4.4.1.1**, exsurge a presunção legal relativa (*juris tantum*) de ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, cabendo ao servidor, no curso do devido processo legal, sob rito contraditório, comprovar que a aquisição do bem a descoberto decorreu de sua renda legítima ou da alienação de outros bens que integravam seu patrimônio ou ainda de qualquer outra origem dissociada do exercício do cargo, a fim de afastar a presunção e, por conseguinte, o enquadramento administrativo.

Da mesma forma, basta a Administração comprovar a existência de depósito bancário de origem não comprovada na conta do servidor, para o qual não se tem origem declarada, e exsurge a presunção legal relativa (*juris tantum*) de ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, cabendo ao agente apresentar justificativa de origem dissociada do cargo, a fim de afastar a presunção, e, por conseguinte, o enquadramento administrativo.

Cabe, enfim, à Administração provar o recebimento, por parte do servidor, de rendimentos por ele omitidos ou para os quais não tenha convencido da origem dissociada do cargo ou ainda comprovar a consequência destes fatos, que é a desproporção entre a variação patrimonial e as rendas conhecidas no mesmo período de aferição. Em outras palavras, em ambas hipóteses, se, por um lado, não se exige da Administração a comprovação de que o patrimônio a descoberto e/ou o depósito bancário de origem não comprovada decorreu(am) de ato associado ao cargo, por outro lado, não se cogita de presunção absoluta (*jure et de jure*) do ato de improbidade, aceitando-se justificativa por parte do servidor, comprovando outra origem para o enriquecimento, dissociada do uso indevido do cargo.

*“No apuratório disciplinar, caberá à Administração comprovar a aquisição de bens desproporcional aos rendimentos e à evolução patrimonial do agente, no exercício da função pública, para que fique caracterizada presunção relativa*

*de veracidade do quanto constatado. Isto é, sendo atestado pela administração que houve aquisição de bens além do suportado pelos rendimentos legalmente declarados, constitui-se presunção juris tantum (relativa) contra o investigado, que poderá produzir elementos de prova em sentido contrário. Patenteado pela administração o fato previsto na norma, presume-se ocorrido, competindo ao agente demonstrar sua não conformação.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 317, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

O processo administrativo disciplinar instaurado com o fim de apurar eventuais indícios do enriquecimento ilícito especificamente definido no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 02/06/92, pode ser um dos exemplos a fortemente indicar a pertinência de se realizar interrogatório prévio, cuja aceitabilidade se defenderá em **4.4.16.1** (tomando o cuidado de registrar na intimação que este ato em nada prejudicará o chamamento posterior para que o acusado se manifeste no fim da instrução, por meio do interrogatório final). Em outras palavras, se já desde o início da instrução tem-se como elemento que pode ser relevante na formação da convicção algum descompasso patrimonial decorrente de recursos sem comprovação de origem, por exemplo, demonstra-se pertinente chamar de imediato o acusado a ser interrogado se possui comprovação da origem lícita dos recursos - sobretudo se não tiver havido este chamamento em fase de investigação. Caso o servidor apresente comprovações, pode ser que o processo se encaminhe para arquivamento; caso contrário, pode enrobustecer a convicção de ato de improbidade.

Se é assim, se a comprovação de prática de ato de improbidade suscitador desta espécie específica de enriquecimento ilícito independe de qualquer comprovação da realização de ato funcional irregular pelo mesmo servidor, por conseguinte, conforme já aduzido em **2.5.3.4** e em **4.2.2.1.2** (a cujas leituras se remete), eventual detecção de ato funcional irregular em meio à apuração de enriquecimento ilícito (ou vice-versa) deve gerar representação à autoridade instauradora, com o fim de instaurar o segundo PAD, independentemente daquele que já segue em curso. Diante da ênfase com que se defende que a espécie de ato de improbidade administrativa em tela não é um ato funcional em si mas sim o resultado de atos funcionais irregulares e que sua comprovação independe da identificação de qual ato funcional decorreu a vantagem patrimonial indevida, soaria até incoerente manter as apurações destas duas materialidades independentes no curso de um mesmo inquérito administrativo

Reitera-se, então que ambos conceitos, de variação patrimonial desproporcional e de depósito bancário de origem não comprovada, embora advenham da esfera fiscal e sejam métodos de aferição indireta de omissão de rendimentos ao Fisco, guardam a similaridade de tanto constituírem ilicitude de natureza tributária ensejadora de lançamento quanto, na esfera disciplinar, constituírem ilicitude estatutária ensejadora deste especial e peculiar enquadramento como improbidade administrativa por enriquecimento ilícito.

O inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 02/06/92, é um enquadramento disciplinar de natureza residual, pois incide exatamente quando não se tem a comprovação do ato funcional ímprobo (ou irregular de qualquer outra espécie), que encontraria definição específica em algum outro inciso do mencionado artigo (ou que mereceria enquadramento específico na Lei nº 8.112, de 11/12/90) e do qual decorreu o enriquecimento ilícito, mas sim se comprova apenas o resultado final da conduta, que é o auferimento de bens desproporcionais à sua renda (ou existência de depósito bancário de origem não comprovada).

Não há que se confundir esta construção da Lei (de fazer nascer a presunção passível de prova em contrário) com inversão do ônus da prova, como poderia induzir uma leitura precipitada ou parcial. Como não haveria de ser diferente na matéria disciplinar, o citado enquadramento decorre de um fato inicial (a aquisição desproporcional de bens e/ou depósito

bancário de origem não comprovada) cuja prévia comprovação cabe à Administração. Uma vez e tão somente se tendo tal comprovação, legitima-se a acusação por parte da Administração, cabendo ao servidor provar a origem do enriquecimento.

Neste rumo foi a manifestação da Advocacia-Geral da União, no já citado Despacho do Advogado-Geral da União, de 09/05/06, aprovando o Despacho do Consultor-Geral da União nº 361/2006, após provocação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, acerca do entendimento a ser dado sobre o alcance do art. 9º, VII da Lei nº 8.429, de 02/06/92, vinculante no âmbito do Ministério da Fazenda:

*Despacho do Advogado-Geral da União, de 09/05/06: “6. Em outros termos, a lei não estabelece aí uma presunção de culpa mas uma presunção de fato, supondo verdadeiro que a aquisição de bens de valor incompatível com a evolução do patrimônio ou da renda do servidor é uma aquisição de bens de valor desproporcional, e essa presunção prevalece até que o servidor demonstre que esse fato não é verdadeiro. Por certo, não há aí nem presunção inconstitucional de culpa nem inversão do ônus da prova, já que a administração (se também valem tais princípios no processo administrativo) fez a prova da desproporção pela demonstração do valor dos bens adquiridos e da evolução do patrimônio ou da renda do servidor. A atribuição definitiva da responsabilidade por ato de improbidade ou a aplicação da penalidade disciplinar, mesmo à base dessa presunção de fato, no entanto, não prescinde da oportunidade de defesa em que o servidor poderá desfazer a presunção de fato com as provas de que dispuser. Mas este é um ônus do servidor, não da administração.”*

Tendo a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional submetido a matéria novamente a exame da Advocacia-Geral da União, por entender que a primeira manifestação continha discrepâncias, este órgão exarou o Despacho do Advogado-Geral da União, de 14/09/06, aprovando o Despacho do Consultor-Geral da União nº 616/2006, ratificando o entendimento supra, nos seguintes termos:

*Despacho do Advogado-Geral da União, de 14/09/06: “3. Em outros termos, se há prova da evolução da renda do patrimônio do servidor e a do valor da aquisição do bem e daí resultar desproporção, há presunção de fato da desproporção, cuja prova então não depende mais de iniciativa da Administração. Quer dizer, a desproporção prova o tipo material da improbidade, podendo no entanto o interessado desfazer a presunção desse fato pela justificação da desproporção. Aliás, não se cuida de inversão do ônus da prova até porque cabe ao servidor, logicamente, demonstrar a compatibilidade de sua renda e patrimônio com a aquisição de bem de valor desproporcional, em face do regime disposto no art. 13 e §§ da Lei nº 8.429/92, que disciplina a apresentação ordinária de declaração de bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, seu e da sua família, e que deve ser atualizada anualmente, constituindo infração grave recusar-se a fazê-lo. Assim, nestas circunstâncias, a desproporção constitui presunção natural produzida pelo próprio servidor, a quem cabe a obrigação funcional de, desde logo, declará-la justificadamente ou, quando instado, demonstrá-la.”*

Refletindo o posicionamento da Advocacia-Geral da União, por fim, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional assim passou a se posicionar, no Parecer PGFN/CDI nº 1.986/2006:

*“22. Conclui-se o seguinte:*

- tratando-se de uma incompatibilidade significativa entre a renda auferida e o patrimônio do servidor, caso este não comprove a aquisição lícita, fica aperfeiçoada a infração disciplinar de ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 132, inciso IV, da Lei nº 8.112, de 1990, combinado com o art. 9º, inciso VII, da Lei Federal nº 8.429, de 1992;*
- tratando-se, diferentemente, de uma incompatibilidade irrelevante, menor,*

*indicativa de mera desorganização fiscal do servidor, ou de outra circunstância que elida a desonestidade própria dos atos de improbidade, resolve-se a questão, para fins disciplinares da Lei nº 8.112, de 1990, na atipicidade material da conduta.”*

*“A lei presume a inidoneidade do agente público que adquire bens ou valores incompatíveis com a normalidade do seu padrão de vencimentos, bastando provar que exercia função pública e que os bens e valores (mobiliários ou imobiliários) adquiridos são incompatíveis ou desproporcionais à evolução de seu patrimônio ou renda. A lei também censura os sinais exteriores de riqueza e a obtenção de bens ou valores para outrem e pune igualmente artifícios empregados para dissimular o enriquecimento ilícito, de modo que atinge a aquisição direta ou indireta (simulação, triangulação, utilização de esquema de lavagem de dinheiro, de testas-de-ferro, membros da família etc.). (...)*

*(...) Se este [enriquecimento ilícito] decorreu de algum ato ou de abstenção do agente público tratar-se-á de outra modalidade do art. 9º que não a do inciso VII, que é residual. Basta apenas a prova de que a variação patrimonial é incompatível com sua disponibilidade financeira e que ele exerce ou exerceu alguma função pública. A lei presume a inidoneidade daquele que percebe seus vencimentos e tem bens ou valores absolutamente incompatíveis e desproporcionais, considerando ilícito esse enriquecimento, porque foi conseguido no exercício de função pública. (...)*

*A grande vantagem do art. 9º, VII, é que ele é norma residual para a punição do enriquecimento ilícito no exercício de função pública. De fato, se não se prova a prática ou a abstenção de qualquer ato de ofício do agente público que enriqueceu ilicitamente, satisfaz o ideário da repressão à moralidade administrativa provar que seu patrimônio tem origem inidônea, incompatível, desproporcional (...).” Wallace Paiva Martins Júnior “Probidade Administrativa”, pgs. 195 e 198, Editora Saraiva, 1ª edição, 2001*

*“O enriquecimento é ilícito a partir de uma inequívoca presunção do legislador. Quem tem uma fonte de renda pública, exclusivamente esta, não pode ostentar evolução patrimonial incompatível, desproporcional, antagônica à realidade de seus rendimentos. Assim, (...), cabe ao promovente da ação civil pública, com base no art. 9º, VII, da Lei 8.429/92, comprovar, apenas, que o aumento patrimonial do réu é incompatível, de modo desproporcional e gritante, com as receitas que auferiu e que o réu é ou foi agente público ao tempo da evolução patrimonial indevida, após esgotados os meios para que o sujeito esclarecer as discrepâncias no campo investigatório (...).” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pg. 510, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

E não há que se cogitar de incongruência desta tese acerca da aplicabilidade do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 02/06/92, com o *caput* do mesmo artigo, uma vez que este, expressamente, menciona que o enriquecimento ilícito é auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo. O *caput* do art. 9º (e também dos arts. 10 e 11) daquela Lei traz uma definição genérica do que seja ato de improbidade causador de enriquecimento ilícito e, ao terminar com a expressão “e notadamente”, faz-se seguir de uma lista exemplificativa e não exaustiva de condutas que, embora, por óbvio, também configurem enriquecimento ilícito, podem ter autonomia em relação àquele enunciado geral. Ou seja, não é correto interpretar que o enquadramento em algum inciso somente estaria correto se o fato, ao mesmo tempo, também se enquadrasse no *caput*. Ratifique-se ainda, conforme já afirmado linhas acima, que, dentre o universo de condutas circunscritas ao art. 9º da Lei nº 8.429, de 02/06/92, tem-se que o seu inciso VII, com o patrimônio a descoberto (ou com depósito bancário de origem não comprovada) é de ser compreendido como uma hipótese muito peculiar e específica de enriquecimento ilícito, marcada pela característica da residualidade.

*“(...) o art. 9º, ‘caput’, da Lei 8.429/92 abrange conceito jurídico indeterminado e é cláusula geral que alcança as hipóteses não contempladas*

*nos incisos do mesmo dispositivo legal, tanto que a redação desses últimos guarda autonomia em relação à base. O art. 9º, em seus múltiplos incisos, cria figuras de improbidade administrativa autônomas, podendo ampliar ou restringir os requisitos de responsabilização, dependendo dos suportes descritivos, que são independentes e, por si sós, autoaplicáveis.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pg. 509, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Menos ainda se sustenta o entendimento da necessidade de se comprovar a vinculação entre o enriquecimento ilícito e o exercício do cargo em função de o texto original do projeto de lei expressar a mencionada presunção legal e de tal dispositivo ter sido eliminado na versão final, como se esta fosse a vontade do legislador, uma vez que o aplicador da norma não se vincula a exposições de motivos, atas de sessões legislativas, anteprojetos e projetos de lei.

*STF, Mandado de Segurança nº 12.536: “Ementa: 5. A pena de demissão não é exclusividade do Judiciário. Na realidade, é dever indeclinável da Administração apurar e, eventualmente, punir os servidores que vierem a cometer ilícitos de natureza disciplinar. 6. A conduta do servidor tida por ímproba não precisa estar, necessária e diretamente, vinculada com o exercício do cargo público. Com efeito, mesmo quando a conduta é perpetrada fora das atividades funcionais, se ela evidenciar incompatibilidade com o exercício das funções do cargo, por malferir princípios basilares da Administração Pública, é sim passível de punição na esfera administrativa, inclusive com a pena máxima de demissão, mormente como no caso em apreço em que o servidor, Auditor Fiscal da Receita Federal, apresenta enriquecimento ilícito, por acumular bens desproporcionais à evolução do patrimônio e da renda - fato esse, aliás, que também está em apuração na esfera penal -, remetendo significativo numerário para conta em banco na Suíça, sem a correspondente declaração de imposto de renda. Inteligência do art. 132, inciso IV, da Lei n.º 8.112/90, c.c. o art. 11 da Lei n.º 8.429/92.”*

*“Discordo, no entanto, de posicionamento tão restritivo e, ‘data venia’, francamente ilegal, que parte da fictícia vontade originária do legislador, algo realmente difícil de constatar. Com efeito, saliento que não seria a fictícia ‘vontade do legislador’ que poderia ensejar um determinado enfoque ao aplicador da lei. A supressão de um enunciado da lei não inibe a possibilidade de que se considere, posteriormente, presente aquele mesmo enunciado na compreensão do sentido da legislação no sistema jurídico como um todo. A eliminação de previsões legais em projetos legislativos pode ter causas múltiplas, indefinidas e impossíveis de conceituação finalística.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pgs. 503 e 504, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Esta convicção, da desnecessidade da comprovação do ato associado ao cargo e da presunção legal de que cabe ao servidor comprovar a origem, recebe relevantíssimo reforço, tornando-a definitivamente incontestável, ao se trazer à tona a interpretação sistemática do ordenamento, em conjunto com o contexto em que se situa a questão. Tal interpretação reflete tendência internacional, conforme se vê nas definições de enriquecimento ilícito adotadas em dois acordos internacionais. Tanto a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29/03/96, quanto a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31/10/03, promulgadas no Brasil pelos respectivos Decretos nº 4.410, de 07/10/02, e 5.687, de 31/01/06 - sendo, portanto, admitidas no ordenamento nacional com força de lei -, estabelecem que os países signatários tipificarão em sua legislação, como delito, o acréscimo patrimonial do servidor em relação à sua renda (o que, em sentido lato, também inclui o depósito bancário de origem não comprovada), que não possa ser razoavelmente justificado por ele.

*Convenção Interamericana contra a Corrupção - Promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 07/10/02 - Art. IX. Enriquecimento ilícito. Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, os*

*Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas necessárias para tipificar como delito em sua legislação o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente.*

*Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - Promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31/01/06 - Art. 20. Enriquecimento ilícito. Com sujeição a sua Constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativo aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.*

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

Por força do art. 9º, VII da Lei nº 8.429, de 02/06/92, comprovando a Administração a aquisição, por parte do servidor, para si ou para terceiros, ao tempo do exercício do cargo, de bens de qualquer natureza incompatíveis com sua remuneração (e/ou a existência de depósito bancário de origem não comprovada), estão satisfeitos os requisitos do enquadramento. Se nada mais exige a Lei de Improbidade, não cabe ao agente administrativo, mero aplicador, exigir requisitos que a norma não previu, sob pena de até torná-la inaplicável, vez que a identificação da origem do bem (e/ou do depósito) a descoberto é praticamente impossível, ou, no mínimo, de se ter de considerá-la dispensável, no sentido de que nada teria inovado, dois anos mais tarde, quanto à tutela da conduta do servidor, já existente por força da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Isto porque esta Lei anterior já previa a hipótese de se comprovar o recebimento de vantagem indevida no exercício do cargo, em outro enquadramento (art. 117, IX ou art. 117, XII, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, diferindo que o primeiro - valer-se do cargo em detrimento da dignidade - se aplica à remuneração auferida para executar ato irregular, enquanto o segundo - receber presente, propina, comissão ou vantagem em razão das atribuições legais - se aplica à remuneração pela prática de ato regular).

*“Assinala-se que se mostra desnecessária a comprovação do nexo causal do enriquecimento ilícito com o exercício da função pública. Caso fosse imprescindível tal prova para a caracterização do ilícito comentado, a comissão apuradora teria uma tarefa hercúlea, quase impossível de ser cumprida. Ademais, o inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429/92 é um tipo disciplinar autônomo e específico, independente do caput do mesmo dispositivo. Com isso, não é necessária a comprovação do recebimento de efetiva vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, prevista no caput do art. 9º, para a capitulação da conduta no inciso VII, posto ser independente.*

*Além disso, exigir a comprovação do liame do enriquecimento ilícito com o cumprimento das funções públicas tornaria sem efeito a própria previsão do inciso VII, esvaziaria seu conteúdo, já que a conduta deixaria de ser nele inserta para configurar os ilícitos previstos no art. 117, IX ou XII, da Lei nº 8.112/90.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 318, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Ainda na mesma linha de valer-se da interpretação sistemática de todo o ordenamento, associada ao contexto histórico (inclusive das Convenções internacionais mencionadas), para demonstrar o quão robusto é o entendimento favorável à presunção legal relativa e à desnecessidade de comprovar o vínculo entre o enriquecimento ilícito e o ato associado ao cargo, traz-se à tona o fato de que a Presidência da República apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.586/2005, propondo a inserção do art. 317-A ao CP, definindo

como crime de enriquecimento ilícito o fato de o servidor “*possuir, manter ou adquirir, para si ou para outrem, bens ou valores de qualquer natureza incompatíveis com sua renda ou com a evolução de seu patrimônio*”. Informa-se ainda que, também na toada de desvincular o enriquecimento ilícito de ato funcional, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.363/2005, apensado ao primeiro, propondo a inserção do art. 312-A ao CP, com definição similar: “*possuir ou adquirir bens ou valores, o funcionário público, incompatível com a renda declarada anual, ou que não possam ser razoavelmente justificados por ele*”.

Novamente se questiona o que se teria buscado inovar no ordenamento com tal tipificação criminal proposta, se fosse necessário comprovar sua associação com atos do exercício do cargo, à vista de crimes contra a Administração Pública já existentes, tais como peculato, corrupção passiva, concussão, advocacia administrativa, dentre outros.

É óbvio que ordenamento evoluiu, migrando da busca da conduta antijurídica em si, de ação ou de omissão, perpetrada na condição de servidor no exercício do cargo - e que nem sempre é operacionalmente viável de se comprovar, sobretudo nas práticas de natureza omissiva -, para o foco sobre o resultado ilícito obtido com esta conduta, reforçando-se a compreensão já exposta de que o enquadramento em tela tem um caráter residual. Não sendo possível comprovar a infração funcional, resta passível, no atual ordenamento, a sanção do fato a ele consequente.

Concluindo e coroadando esta linha de argumentação, eis a manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 8, de 9 de dezembro de 2014, que também veio asseverar a desnecessidade de vinculação do enriquecimento ilícito com ato funcional.

*Enunciado CGU/CCC nº 8, de 2014: “Art. 132, IV, Lei nº 8.112/90 c/c art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92. Ônus da Administração. Demonstração da desproporcionalidade. Nos casos de ato de improbidade que importem em enriquecimento ilícito pelo agente público, cujo valor seja desproporcional à evolução do seu patrimônio ou à sua renda, compete à Administração Pública apenas demonstrá-lo, não sendo necessário provar que os bens foram adquiridos com numerário obtido através de atividade ilícita.”*

Não obstante toda a construção jurídica de presunção *juris tantum* acima exposta, não se afasta que a espécie de ato de improbidade administrativa em comento não se dissocia de um ato ilícito funcional de que decorre e, embora, juridicamente, tenha sido elevada, pelo art. 9º, VII da Lei nº 8.429, de 02/06/92, à condição de infração de configuração autônoma da comprovação da concretização daquele ato antecedente, no mundo concreto, o enriquecimento ilícito em si não é um ato funcional e não se confunde com a conduta antijurídica em si, de ação ou de omissão, perpetrada na condição de servidor no exercício do cargo, mas sim o resultado que decorre do ato funcional infracional. O enriquecimento ilícito, concretamente falando, é a contraprestação que o agente público recebe em função de sua conduta antijurídica e, juridicamente, como uma ficção construída sobre os alicerces de uma presunção legal relativa, se o tem configurado, com todas as gravosas repercussões de um ato ímprobo, independentemente de comprovação da ocorrência daquele ato funcional de que decorre.

Na esteira, pode-se aduzir, conforme já exposto em **2.5.3.4**, que, sendo um resultado tido pelo ordenamento como antijurídico e enquadrável em consequência de uma conduta funcional propriamente dita, como um fato de circunstâncias secundárias ou de consequências acessórias em relação ao fato primário de que sucede, a sua natureza jurídica depende das circunstâncias materiais de cada caso concreto, uma vez que acompanha a natureza jurídica do ato funcional que lhe precede. Em outras palavras, se um ato ilícito único e instantâneo (de consumação completada e de conduta antijurídica exaurida em um só momento) acarretar enriquecimento ilícito recebido de uma só vez, esta infração subsequente também pode ser

tida como instantânea (não obstante seus efeitos, da incorporação patrimonial, subsistirem no tempo). Por outro lado, se qualquer uma das práticas ilícitas continuadas exemplificadas acima acarretar reiterados episódios de enriquecimento ilícito, estas infrações subsequentes poderão assumir a natureza de continuadas.

Ressalve-se que a consideração supra, de que a natureza jurídica do enriquecimento ilícito acompanha a natureza jurídica do ato funcional que o precede ampara-se tão somente em uma análise de viés prático, decorrente da percepção que se tem dos fatos ocorridos no mundo concreto, fatos estes que guardam uma relação de sucessividade, mas em nada se confunde que haja, como repercussão processual, uma condição ou dependência ou subordinação jurídica para que somente se reconheça configurado aquele após a comprovação da ocorrência deste. A análise da natureza jurídica do enriquecimento ilícito em nada afasta a construção já pacificada de que, processualmente, o art. 9º, VII da Lei nº 8.429, de 02/06/92, confere à espécie de enriquecimento ilícito ali enquadrada uma autonomia jurídica em relação ao fato de que decorre, independentemente tal responsabilização da comprovação da ocorrência do ilícito precedente e não comprometendo, portanto, a autonomia das respectivas apurações.

Sendo assim, o enriquecimento ilícito porventura verificado em consecutivos exercícios ou anos-calendário (ou quaisquer que sejam os períodos de aferição - mensal, por exemplo) não deve ser confundido com natureza jurídica de ato ilícito permanente: a uma porque, neste caso, em que são vários atos de enriquecimento ilícito, não se amolda à definição de ilícito permanente, que é um ato infracional único com a peculiaridade de a conduta antijurídica se prolongar no tempo; e a duas porque, se a natureza jurídica desta infração consequente acompanha a natureza jurídica do ato funcional de que decorre e se, conforme já exposto acima, se vislumbram como raros exemplos de ilícitos disciplinares de natureza permanente a omissão em representar, a manutenção de cônjuge ou parente sob subordinação em confiança, a recusa em atualizar seus dados cadastrais quando solicitado e a acumulação ilícita, é fácil perceber ser pouco provável que tais condutas acarretem enriquecimento ilícito. Portanto, em função da natureza jurídica do ato funcional de que decorre, o enriquecimento ilícito pode ser uma infração instantânea ou continuada.

Ademais, a infração disciplinar em comento, por sua própria natureza de ato ímprobo (o que faz não se perder de vista então se tratar de conduta considerada como espécie qualificada de ato imoral), desde o nascedouro de seu *iter*, já engloba de forma implícita e faz subentender a prática eivada de dolo por parte do autor. Isto porque, se a configuração desta espécie de improbidade administrativa acarretadora de enriquecimento ilícito se aperfeiçoa e se sedimenta tão somente com a demonstração da incompatibilidade da evolução patrimonial do agente, sendo para tal dispensável a comprovação de qualquer conduta, seja funcional, seja de qualquer outra natureza fática, menos ainda há de se cogitar de se ter de comprovar nos autos o ânimo subjetivo com que se deu a prática ilícita. Em outras palavras, diferentemente da regra geral das imputações disciplinares expulsivas, não há que se perquirir em busca da configuração de dolo em ato da vida funcional, nem genérico e muito menos específico, como suposto pré-requisito procedimental para a configuração desta espécie ímproba de enriquecimento ilícito.

Melhor detalhando a assertiva acima: não se tem dúvida que a instância pública punitiva somente se move diante de conduta infracional caracterizada por ânimo subjetivo do autor. Como é cediço já neste ponto avançado do debate, o ordenamento pátrio somente contempla possibilidade de ação estatal punitiva diante do que se chama responsabilidade subjetiva, ou seja, quando a conduta infracional é cometida com dolo ou no mínimo com culpa. E, de forma mais restritiva, é igualmente sabido pelo aplicador desta seara de Direito que as penas expulsivas, como regra, requerem em especial a convicção da existência do dolo na conduta infracional.

Ora, não se harmoniza com o bom senso, com a percepção razoável do mundo experimentada pelo homem mediano se cogitar de alguém “enriquecer”, sobretudo de forma

antijurídica, sem saber, sem ter consciência, sem que aquele resultado patrimonial indevido não tenha sido decorrência de uma intenção, de uma busca, de um objetivo traçado. Obviamente, quando um servidor ostenta a previamente comprovada desproporção patrimonial em relação aos seus proventos, sabe-se que está-se aqui mencionando o resultado de condutas irregulares cometidas no pleno exercício do seu cargo ou cometidas sob o pálio privilegiador que as atribuições deste cargo lhe propicia. O enriquecimento ilícito demarcado pela desproporcionalidade patrimonial é apenas o resultado visível de condutas concretas, estas sim sempre cometidas com a intenção, consciência e vontade de amealhar vantagens, em geral financeiras, indevidas, recebidas como contraprestação da vilipendiação que o servidor faz de sua função e de seu múnus públicos em favor do particular a quem deseja e se compromete beneficiar.

Mas não há que se confundir o dolo com que se presume que são realizados atos funcionais irregulares (dolo este que seria de comprovação indispensável caso se processasse o servidor or tais infrações associadas ao cargo) com necessidade de se configurar dolo para se enquadrar e se propor pena expulsiva ao agente que ostenta desproporção patrimonial devidamente comprovada. O enquadramento no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 02/06/92, como vem sendo exposto desde linhas anteriores, é caracterizado por peculiaridades, dentre as quais se destacam a já aduzida desnecessidade de comprovação de ato funcional irregular do qual teria decorrido o enriquecimento e a inequívoca e coerente dispensa de comprovação de dolo genérico e muito menos do dolo específico na prática de amealhar patrimônio sem origem identificadamente dissociada do cargo. Para este enquadramento, de forma muito especial e apartada de todos os demais, basta que a Administração objetivamente comprove o descompasso patrimonial, passando a operar a partir daí a presunção legal - relativa e afastável - de que o agente maneja de forma ímproba seu cargo, e repassando a ele o ônus de comprovar a origem dissociada de seu múnus público daquela variação patrimonial a descoberto.

Não se duvida que toda a construção por trás do conceito jurídico de improbidade administrativa permeia-se, desde sempre, pela noção de intenção, consciência, vontade e até ma fé e mácula grave de caráter por parte do agente em assim agir. E esta percepção concreta da conduta humana está refletida nos *caputs* dos três artigos definidores dos três gêneros de improbidade administrativa (a saber, dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92) e na imensa maioria dos incisos que lhes seguem como exemplificações não vinculadas. Apenas o inciso VII do mencionado art. 9º foi concebido pelo legislador e, conseqüentemente, recebe do aplicador do Direito um tratamento diferenciado, fortemente marcado pela residualidade como reflexo da sua relação de efeito, de resultado, de consequência da conduta concreta ilícita e por não ser a conduta ilícita em si. Basta que a Administração comprove que a situação patrimonial do servidor objetivamente se amolda à fatispécie do inciso VII do art. 9º para que o enquadramento se perfaça, dispensando-se apurações acerca de ânimo subjetivo doloso.

A jurisprudência reconhece essa peculiaridade demarcadora do enquadramento em comento. Quando as Cortes superiores se manifestam sobre improbidade administrativa *lato sensu*, como um grande gênero, sem se dedicar a esmiuçar uma conduta determinada, o fazem sempre lançando a correta advertência da imprescindível necessidade de elemento subjetivo doloso. Esta construção é muito cristalina quando os julgados remetem, de forma genérica, apenas aos *caputs* daqueles três artigos da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

*STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 535.720: “Ementa: 1. A tipologia dos atos de improbidade se subdivide em: (a) atos que implicam enriquecimento ilícito (art. 9º da LIA); (b) atos que ensejam dano ao erário (art. 10 da LIA); e (c) atos que vulneram princípios da administração (art. 11 da LIA), com seus respectivos elementos subjetivos (necessários à imputação da conduta ao tipo) divididos da seguinte maneira: exige-se dolo para que se configurem as hipóteses típicas dos arts. 9º e 11, ou pelo*

*menos culpa, nas situações do art. 10.”*

*STJ, Recurso Especial nº 1.298.417: “Ementa: 2. O posicionamento firmado pela Primeira Seção é que se exige dolo, ainda que genérico, nas imputações fundadas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992 (enriquecimento ilícito e violação a princípio), e ao menos culpa, nas hipóteses do art. 10 da mesma norma (lesão ao erário).”*

De outro lado, especificamente quando as Cortes superiores são provocadas a se manifestarem sobre a possibilidade de ação estatal em decorrência da espécie de improbidade administrativa causadora de enriquecimento ilícito em razão de desproporção patrimonial, os julgados reforçam que basta que a Administração comprove a subsunção ao elemento objetivo descrito no inciso VII do mencionado art. 9º, em inequívoco reconhecimento de que, neste caso em peculiar, o dolo é implícito e desde sempre subentendido e, portanto, de dispensável busca.

*STJ, Mandado de Segurança nº 19.782: “Ementa: 3. Em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito. 4. No caso, restou comprovado no âmbito do PAD a existência de variação patrimonial a descoberto (e desproporcional à remuneração do cargo público); e que o indiciado não demonstrou que os recursos questionados tinham origem lícita. Por outro lado, não há falar em atipicidade da conduta atribuída pela Administração porque as variações patrimoniais apontadas não podem ser consideradas irrisórias, a exemplos das que decorrem de mera desorganização fiscal do servidor.”*

*STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 187.235: “Ementa: 1. Para fins de caracterização do ato de improbidade administrativa previsto no art. 9º, VII, da Lei 8.429/92, cabe ao autor da ação o ônus de provar a desproporcionalidade entre a evolução patrimonial e a renda auferida pelo agente no exercício de cargo público.”*

O enquadramento em tela, de caráter residual, após a comprovação de ofício da desproporção patrimonial por parte da comissão, se aperfeiçoa tão somente com a incapacidade de o agente comprovar, agora sob sua incumbência, a licitude da origem daquele patrimônio a descoberto (ou, no mínimo, a sua total desvinculação com o cargo e com o múnus público). Não logrando esta comprovação - e, para tal, reforça-se: necessário que comprove, não bastando meramente alegar a licitude das origens de forma vazia e dissociada de provas, como se repassasse à comissão o ônus de ter de provar alegações da defesa -, aquela presunção legal relativa em seu desfavor se fortalece e o enquadramento se assenta com perfeição aos fatos.

Obviamente, nada impede de, em determinado caso concreto, a comissão dispor não só da prova objetiva da desproporção patrimonial mas também até mesmo das provas indiciárias do dolo de determinadas condutas concretas perpetradas pelo servidor para tentar fazer parecer lícitos seus aportes patrimoniais. Nesta hipótese peculiar e pouco comum, pode a comissão enrubostecer ainda mais a sua convicção e o consequente termo de indicição. Mas é necessário reiterar a desnecessidade apriorística deste aprofundamento e também advertir para o risco que a comissão pode agregar ao processo se trazer aos autos elementos não tão incontroversos (até porque são subjetivos) e que permitam espaço para que a defesa tente fragilizar a convicção até então robusta apenas com os elementos objetivos do enquadramento. É aceitável que a comissão, uma vez convencida de possuir provas do dolo em condutas concretas, as autue no processo, desde que esteja absolutamente segura de que estes novos elementos apenas servirão como reforço e fortalecimento da convicção pré-existente e deles independente. Em outras palavras, pode-se autuar este tipo de prova de

ânimo subjetivo em processo em que se apura a improbidade administrativa por enriquecimento ilícito enquadrada no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 02/06/92, mas nunca para que sirvam como a base em si da convicção (pois isto indicaria outro enquadramento, associado a ato funcional, a exemplo do valimento de cargo), mas sim tão somente como reforço do modo ímprobo de agir do servidor.

Mas, por outro lado, não menos importante é a ressalva acerca da necessária relevância da desproporção. A configuração do presente ilícito, de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, clama pela aplicação de princípios caros à instância disciplinar, como razoabilidade e proporcionalidade. Percebe-se que, à falta de uma delimitação legal para a desproporção, a análise deve ser individualizada, caso a caso, à vista das respectivas peculiaridades. Não devem ser confundidas como atos de enriquecimento ilícito pequenas incoerências entre renda e bens, oriundas de meras incorreções em declarações de natureza fiscal, limitadas à relação Fisco-contribuinte, conforme asseverou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no já mencionado Parecer PGFN/CDI nº 1.986/2006. Às desproporções menores (em termos tanto de variação patrimonial quanto de depósitos bancários de origem não comprovada), ainda que formalmente enquadráveis mas que não possuem lesividade suficiente para afrontar o bem jurídico tutelado (que é da preservação da probidade administrativa), pode ser aplicado o conceito de ausência de ilicitude material, já exposto em **4.6.3.3**.

Enfatiza-se que, nem em normas e tampouco no mencionado Parecer PGFN/CGI, não há o estabelecimento de um limite, de um valor de corte, de um *quantum* acima do qual se configuraria o enriquecimento ilícito ou abaixo do qual não se teria a materialidade. É preciso destacar que enriquecimento ilícito é, como diversos outros exemplos encontráveis no ordenamento, um conceito jurídico indeterminado, no que diz respeito tanto a montante de depósito bancário de origem não comprovada quanto a montante de variação patrimonial desproporcional. Assim sendo, cabe ao aplicador da Lei, a cada caso *in concreto*, determinar seus próprios parâmetros e critérios de existência daquele conceito (qual, seja do enriquecimento ilícito). Diante das inúmeras individualidades no universo de agentes públicos, não seria possível se determinar parâmetros e critérios absolutos e inflexíveis e à margem das peculiaridades de cada caso concreto. A naturalidade com que o Direito público sancionador emprega conceitos jurídicos indeterminados, com inquestionável proximidade com normas incriminadoras em branco (conforme já se expôs em **3.2.1** e em **4.6.3**), em nada se confunde com a adoção de conceitos jurídicos indetermináveis. Por exemplo, para a análise em tela, em primeiro lugar, o próprio art. 9º da Lei nº 8.429, de 02/06/82, impede o arbítrio por parte do aplicador, estabelecendo mínimos condicionantes para o enquadramento sob análise; ademais, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade impõem balizamentos concretizadores do conceito jurídico indeterminado de enriquecimento ilícito e, por fim, a aplicação desta conceituação sempre se submete ao controle da legalidade exercido pelo Poder Judiciário.

*TRF da 4ª Região, Apelação Cível nº 2002.70.02.005184-0: “Ementa: Com efeito, a denominada Lei da Improbidade Administrativa não cuida de delitos. As descrições dos artigos 9º, 10º e 11º não se configuram em tipos penais, tratando de emitir conceitos jurídicos indeterminados.”*

*TRF da 5ª Região, Apelação/Reexame Necessário nº 26.084, Voto: “(...) Em primeiro lugar, não reputo inconstitucional o artigo 11, da Lei nº 8.429/92. inexistente impedimento à utilização de conceitos jurídicos indeterminados na tipificação de condutas ilícitas e, em particular, ímprobos, desde que o legislador estabeleça os parâmetros a serem observados para o enquadramento do agente, como, efetivamente, ocorre com os dispositivos da citada Lei, que elencam as diversas espécies de atos de improbidade, mas sem a pretensão de serem exaustivos.”*

*“Nesse passo, a legalidade das infrações e das sanções é composta, no mais*

*das vezes, por conceitos ou termos jurídicos altamente indeterminados, cláusulas gerais, princípios e descrição de valores superiores que outorgam amplos espaços à autoridade julgadora, seja ela administrativa ou judicial. (...) Não há dúvidas de que conceitos ou termos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e elementos normativos semanticamente vagos ou ambíguos podem ser utilizados na tipificação de condutas proibidas, seja no Direito Penal, seja no Direito Administrativo Sancionador, neste com maior frequência. Trata-se, inclusive, de um problema de linguagem, de inevitável abertura da linguagem normativa, com todas suas potencialidades. (...)*

*A vagueza semântica, traço comum a inúmeras normas jurídicas, e especialmente pertinente às cláusulas gerais, traduz a existência de ‘zonas de penumbra’, indicando um preciso fenômeno semântico e pragmático, qual seja, a imprecisão do significado. Um termo ou enunciado é vago quando o seu uso apresenta, além de hipóteses centrais e não controversas, alguns casos-limite. A ordem jurídica, em certa medida, necessita da vagueza semântica, pois esta é que possibilita o ‘amoldamento da fattispecie normativa às situações novas, sequer possíveis de serem previstas, quando posto o texto pelo legislador’.”*  
*Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pgs. 260, 269 e 271, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Na hipótese de não se afastar a já mencionada presunção legal - em decorrência de variação patrimonial desproporcional (ou seja, do crescimento incompatível do patrimônio, medido em momentos diferentes, em relação à sua renda) ou de depósito bancário de origem não comprovada -, o enriquecimento ilícito pode ser entendido como uma espécie do gênero ato de improbidade, enquadrável no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

Necessário dizer que a apuração do enriquecimento ilícito pode ser iniciada por meio de algum daqueles conceitos indiciários ou métodos de aferição indireta de omissão de rendimentos e se concluir com o emprego de outro. Por exemplo, movimentações financeiras a princípio incompatíveis podem ser justificadas pelo servidor sob alegação de aportes financeiros que afastem a presunção daquela incompatibilidade mas que podem, por outro lado, expor uma desproporção entre aplicações de recursos e origens declaradas, fazendo com que a apuração migre do conceito indiciário da movimentação financeira incompatível para o método da variação patrimonial desproporcional.

Prosseguindo neste rumo, afora hipóteses casuais lícitas (prática de outras atividades compatíveis, recebimento de empréstimos, acumulação lícita de cargos, recebimento de herança, sorteios, etc), parte-se do pressuposto de que a remuneração auferida pelo exercício do cargo é a única origem regular de recursos do servidor. Havendo aquisição de qualquer outro bem (no sentido mais amplo do termo, incluindo depósito bancário de origem não comprovada), em princípio, presume-se inidônea. Assim, o crescimento do patrimônio e/ou os depósitos bancários de origem não comprovada são tidos como hipóteses residuais que podem acarretar a configuração do enriquecimento ilícito; mesmo não havendo prova da conexão do bem auferido com a execução de ato lícito ou ilícito associado ao cargo, resta o enriquecimento desproporcional e presumivelmente ilegítimo. Ademais, todos os outros incisos do art. 9º da Lei nº 8.429, de 02/06/92, descrevem prática de ato ou abstenção, enquanto o inciso VII se concretiza com a simples aquisição desproporcional de bens, não requerendo prova de qualquer atitude. Daí, para a configuração da materialidade deste inciso, basta(m) a variação patrimonial desproporcional e/ou os depósitos bancários de origem não comprovada.

Independente da forma como se configura, repise-se que a Lei não exige que a Administração comprove a correlação daqueles bens (*lato sensu*, em que se englobam depósitos bancários) incompatíveis com o exercício do cargo. Em outras palavras, não tendo a Administração notícia de qualquer outra origem de renda, cabe ao servidor afastar a presunção relativa de que o fato já comprovado e incontestável na instância fiscal de ter adquirido bem desproporcional à sua remuneração oficial e/ou de ter depósito bancário de

origem não comprovada não configura(m) a infração disciplinar do enriquecimento ilícito (embora seja(m) fato-tipo da Lei), demonstrando origem não relacionada ao cargo. Por outro lado, prevalece a máxima de que atos da vida privada, em regra, não repercutem em instância disciplinar, conforme **3.2.3.1** e **3.3.1.6**, de forma que até pode ocorrer de, em função de auferir o bem mediante crime comum (totalmente dissociado do cargo), o servidor sofrer repercussão apenas criminal, afastando a presunção de improbidade administrativa.

Não raro, ao se avaliar a situação patrimonial de determinado servidor, verifica-se a aquisição de determinado imóvel com valor declarado significativamente abaixo do valor de mercado tanto em escritura de compra e venda quanto em declarações fiscais da pessoa física. E, prosseguindo na análise, verifica-se ainda que o emprego daquele valor a menor ajusta-se aos rendimentos declarados pelo servidor, não acarretando variação patrimonial desproporcional, e que a aplicação do valor de mercado configuraria ausência de recursos declarados necessários à aquisição do bem. É de se destacar que, em tais situações, a Administração (seja por meio de uma comissão disciplinar, seja por meio de uma equipe de investigação), tão somente, necessita e deve apreciar um fato (qual seja, se a aquisição daquele imóvel, substancialmente considerada, consiste ou não em enriquecimento ilícito) e, para tal, perfeitamente dentro de seus limites de competência de agir, basta-lhe trazer aos autos a mera valoração fática do imóvel.

A existência daquela escritura não deve ser entendida como uma questão prejudicial externa que configuraria óbice ao prosseguimento do rito administrativo e que mereceria prévia apreciação do Poder Judiciário, para que somente após pronunciamento judicial, a Administração pudesse retomar a questão de mérito da apreciação da evolução patrimonial do servidor. Havendo provas indiciárias suficientes de que o imóvel possui valor de mercado significativamente superior àquele declarado (tais como bases de cálculo adotadas por Fiscos municipal ou estadual, por exemplo), não é de se compreender que se deva provocar o Poder Judiciário para, em ação anulatória, se ter decretada a nulidade da escritura de compra e venda (já que não há o interesse da União no desfazimento do negócio, uma vez que a compra e venda do imóvel em si em nada afetou seu interesse jurídico) e muito menos para, em ação declaratória, se terem declarados insuficientes os recursos do servidor (uma vez que esta declaração pode e deve ser feita motivadamente no bojo do rito administrativo e é justamente o múnus da comissão ou da equipe processante, de forma que tal declaração significaria uma superposição de competências e uma mitigação da independência das instâncias).

Neste rumo, uma medida que pode ser tomada para se contestar o valor declarado em escritura pública de determinado imóvel, à vista das avaliações de mercado, é provocar a projeção de programação e logística da respectiva Superintendência Regional para esta contrate empresas especializadas em avaliação imobiliária, licenciadas pela Caixa Econômica Federal no município onde se situa o imóvel, a fim de que emitam laudos técnicos com base em ferramentas empregadas para financiamentos bancários bem como apontem o valor mínimo para eventual liquidação forçada do bem.

Havendo elementos fáticos de convencimento de que o valor declarado para o negócio na escritura de compra e venda não condiz com a realidade do mercado imobiliário, compete à comissão ou à equipe demonstrar a inadequação do documento como formador de convicção nos autos administrativos e, à vista do princípio da livre valoração de prova, motivadamente, valorar aqueles outros elementos que informam diferente valor, sendo desnecessário qualquer provimento judicial. Mais do que competência, é dever da comissão ou da equipe, em atenção aos princípios da finalidade, da oficialidade e da indisponibilidade do interesse público, instruir exaustivamente o procedimento administrativo como meio de viabilizar o melhor cumprimento dos fins da Administração e exaurir as investigações e apurações. E resta claro que isto não se confunde com a comissão ou equipe se arvorar a declarar a validade ou não do negócio jurídico ou a nulidade da certidão de compra e venda; tão somente não utilizar aquele documento como elemento formador de sua própria e livre convicção não significa que a comissão ou a equipe o tenha tido como falso ou como

inexistente o negócio.

O entendimento acima segue amparado em manifestação jurisprudencial em caso em que se cogitou da incompetência da comissão em prosseguir na análise de mérito e chegou-se a arquivar o rito administrativo, para que a Advocacia-Geral da União promovesse ação anulatória da escritura de compra e venda. Após a discordância desta tese por parte da Advocacia-Geral da União e também do Ministério Público Federal, a Corte Superior se manifestou pela competência da Administração em reabrir o apuratório e de a comissão adentrar no mérito da valoração fática do imóvel.

*TRF da 2ª Região, Apelação Cível nº 2009.51.01.024588-2: “Ementa: 1. É perfeitamente possível a reabertura de processo administrativo disciplinar anteriormente arquivado sem conclusão das investigações. A comissão de inquérito disciplinar, na ocasião, considerou-se incompetente para discutir a validade do negócio jurídico de compra e venda de imóvel, supostamente incompatível com patrimônio do servidor. O ponto é que a comissão não fora chamada a apreciar se o negócio era ou não válido, mas se havia aquisição, pelo servidor, de patrimônio incompatível (art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92), declarando-se valor depreciado. 2. Ademais, o parecer pelo arquivamento, baseado na absurda tese de incompetência para decidir questão tida por prejudicial, não importou reconhecer a inocência do servidor, nem lhe imputou qualquer sanção. Não se aplica à hipótese o disposto no art. 65 da Lei nº 9.784/99. Nada impede a retomada das investigações.”*

Conforme já se introduziu no início deste tópico, em função de o presente tema guardar forte correlação com a matéria fiscal, torna-se relevante destacar que, como é comum na Administração Pública federal, o Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil divide as competências de acordo com as diversas áreas de atuação administrativa interna - a que a nomenclatura atual se refere como macroprocessos de trabalhos, em atualização do termo historicamente empregado, de divisão em “sistemas” especializados (citam-se, como exemplos, além da atuação correcional, as áreas de controle aduaneiro, de fiscalização, de atendimento, de arrecadação, de gestão do crédito tributário, de pesquisa e investigação, de gestão de pessoas, de materiais e logística, de tecnologia da informação, etc). Com isto, enquanto a instância fiscal é tratada por algumas unidades centrais e por suas projeções, a instância disciplinar é de competência exclusiva da Coger e dos Escor. Ou seja, mesmo nos limites internos da via administrativa, reflete-se a máxima da independência das instâncias, preservando-se a autonomia das competências e das áreas de atuação.

Não obstante, a princípio, até pareceria mais razoável que também restasse afastada a instância disciplinar se o processo de trabalho especializado, mais experiente e capacitado em matéria fiscal, usando as ferramentas legais de que dispõe, não lançasse crédito tributário em decorrência de procedimento fiscal instaurado com o fim de apurar omissão de rendimento nas espécies variação patrimonial desproporcional e/ou depósito bancário de origem não comprovada, contra o servidor, quando este se investe na condição de contribuinte perante o Fisco, ou até nem mesmo instaurasse em virtude de decadência. Todavia, à vista da máxima da independência das instâncias ora defendida, na hipótese acima, o fato de o servidor não ter contra si o lançamento do crédito tributário não necessariamente afasta eventual instauração do apuratório disciplinar, se for o caso, em alguma situação específica e peculiar, uma vez que tal fato não pode ser interpretado como se a Administração tivesse referendado o possível ato infracional de enriquecimento ilícito.

Analogamente, o fato de a instância fiscal ter procedido ao devido lançamento para o mesmo contorno fático acima não supre a suposta ilicitude disciplinar e não interfere em nada no ato de a autoridade competente, após o devido processo legal, punir o servidor também com pena estatutária, independentemente de ter havido ou não o pagamento do tributo lançado, não se configurando *bis in idem*. Não obstante, neste caso, para instruir a instância disciplinar, aproveitam-se todas as provas já coletadas no rito fiscal, como provas

emprestadas e válidas (com exceção de dados bancários, cujo uso depende de autorização expressa do próprio ou de autorização judicial, conforme já se expôs em 4.4.12.5), desde que se notifique o acusado da juntada aos autos, a fim de que ele possa contraditá-las. Da mesma forma, o lançamento fiscal não necessariamente impõe repercussão disciplinar se esta não é cabível à luz da legislação correcional.

*Parecer PGFN/CDI nº 813/2005*

*“15. Outra questão que vem sendo objeto de muita discussão diz respeito ao conceito de infração funcional, tal como se extrai do art. 148 da Lei 8.112, de 1990. Pela simples leitura, parece mais fácil interpretar literalmente o referido dispositivo legal. De qualquer sorte, é razoável inferir que o tipo funcional deva, necessariamente, possuir alguma relação fática com o exercício do cargo público, o que não se confunde com a responsabilidade do acusado em razão da mera titularidade ou nomenclatura do cargo público. Logo, quanto às obrigações fiscais, estão em pé de igualdade o Auditor Fiscal da Receita Federal, o Técnico em Educação ou o trabalhador da iniciativa privada. O que deve ser comprovado é que a norma tida como violada pelo servidor (arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112, de 1990) refere-se ao cometimento de atos irregulares praticados no estrito cumprimento da função pública, ou seja, aqueles exigidos pela Administração Fazendária para serem regularmente desempenhados, em princípio, no âmbito do respectivo órgão de exercício (IRF/SP). É nesse contexto que afirmamos ser necessária a existência do nexo causal mínimo. Aliás, outros dispositivos da mencionada Lei de regência corroboram esse entendimento. A título de exemplo, podemos citar o art. 121 (o servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições) e o art. 122 (a responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo).”*

Por outro lado, a aplicação da punição disciplinar vinculada ao ato infracional de enriquecimento ilícito não supre o devido lançamento em instância fiscal, de crédito tributário decorrente de procedimento em que se apurou omissão de rendimento decorrente de variação patrimonial desproporcional e/ou de depósito bancário de origem não comprovada. Da mesma forma, a repercussão disciplinar não necessariamente impõe lançamento fiscal se este não é cabível à luz da legislação tributária. Também, como última manifestação da máxima da independência das instâncias, tem-se que eventual comprovação de que o bem (em sentido lato, incluindo depósito bancário) tem origem dissociada do uso indevido do cargo afasta apenas a responsabilização disciplinar, não tendo o condão de afastar eventual repercussão fiscal.

Tanto é verdadeira a independência do resultado da apuração em instância fiscal da apuração disciplinar por ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito (seja decorrente de variação patrimonial desproporcional, seja decorrente de depósito bancário de origem não comprovada) que o ordenamento a estabelece de forma expressa. O Decreto nº 5.483, de 30/06/05, que regulamenta o art. 13 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, prevê, para todos os órgãos do Poder Executivo federal, que os indícios daquela espécie de ilícito sejam inicialmente apurados por meio de sindicância patrimonial e, se for o caso, posteriormente, por meio do processo administrativo disciplinar; e, ademais, determina que, ao final do rito investigativo, a apuração seja informada não só à Secretaria da Receita Federal do Brasil, para que esta exerça sua exclusiva competência na matéria fiscal, como também a outros órgãos, para que estes exerçam as respectivas competências de suas esferas de atuação (como é o caso do Ministério Público Federal, do Tribunal de Contas da União, do Conselho de Controle de Atividades Financeiras e do próprio Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), caso a sindicância patrimonial não tenha sido processada em seu âmbito). Ou seja, verifica-se que o Decreto, voltado à regulamentação da situação genérica de servidor de qualquer órgão, determina que a Secretaria da Receita Federal do Brasil somente venha a ser provocada acerca do resultado final da investigação para, em acréscimo às possíveis e independentes repercussões disciplinares, verifique, à luz de

sua específica e exclusiva competência fiscal, a existência ou não de crédito tributário a ser lançado, em decorrência de omissão de rendimento.

*Decreto nº 5.483, de 30/06/05 - Art. 8º Ao tomar conhecimento de fundada notícia ou de indícios de enriquecimento ilícito, inclusive evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do agente público, nos termos do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, a autoridade competente determinará a instauração de sindicância patrimonial, destinada à apuração dos fatos.*

*Parágrafo único. A sindicância patrimonial de que trata este artigo será instaurada, mediante portaria, pela autoridade competente ou pela Controladoria-Geral da União.*

*Art. 9º A sindicância patrimonial constituir-se-á em procedimento sigiloso e meramente investigatório, não tendo caráter punitivo.*

*§ 3º Concluídos os trabalhos da sindicância patrimonial, a comissão responsável por sua condução fará relatório sobre os fatos apurados, opinando pelo seu arquivamento ou, se for o caso, por sua conversão em processo administrativo disciplinar.*

*Art. 10. Concluído o procedimento de sindicância nos termos deste Decreto, dar-se-á imediato conhecimento do fato ao Ministério Público Federal, ao Tribunal de Contas da União, à Controladoria-Geral da União, à Secretaria da Receita Federal e ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras.*

Em síntese, as duas instâncias administrativas em tela, disciplinar e fiscal, cuidam de diferentes tutelas: enquanto a instância fiscal se satisfaz precipuamente com a submissão, à tributação, da renda com a qual se presume a aquisição do bem, a instância disciplinar avança, requerendo ainda a comprovação de que este bem (no sentido mais amplo, seja de bem adquirido com a renda, seja a posse de moeda corrente) é compatível com os rendimentos auferidos e declarados pelo servidor. Reitera-se que não há que se confundir as distintas - embora simultâneas - linhas de atuação estatal, a fiscal e a correccional. O mesmo Estado, por meio da Administração, tanto cumpre seus múnus públicos associados à arrecadação tributária, exercidos em âmbito federal pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, quanto deve controlar a regularidade interna de seus servidores, por meio dos órgãos integrantes do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal. Embora, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, as duas competências institucionais se exercitem e se manifestem simultaneamente, pelas respectivas atuações dos processos de trabalho de fiscalização e de correição, não se confundem. Quando a Administração investiga a evolução patrimonial de seu servidor, torna-se irrelevante a simultânea condição mais genérica de este agente também ser contribuinte.

*STJ, Mandado de Segurança nº 20.556: “Ementa: 3. As instâncias penal e administrativa são independentes, sendo que a única vinculação admitida ocorre quando, na seara criminal, restar provada a inexistência do fato ou a negativa de autoria. Hipótese em que o impetrante foi absolvido por falta de dolo de lesar o Sistema Financeiro Nacional (art. 22, parágrafo único, da Lei 7492/86) ao remeter divisas ao exterior, o que não é incompatível com sua condenação pela infração disciplinar consistente em amealhar patrimônio a descoberto quando do exercício das funções de Auditor da Receita Federal (art. 132, IV da Lei n. 8.112/90, combinado com art. art. 9º, VII da Lei 8429/92). Precedentes. 4. Decisão administrativa acerca da inexigibilidade de tributo em virtude de remessa de divisas para o exterior que não vincula a decisão administrativo-disciplinar acerca da falta funcional. Instâncias independentes.”*

O entendimento acima se sedimenta ao se trazer à tona, figurativamente, três situações exemplificativas em que se pode cogitar do que mais especificamente se cuida no presente tópico, ou seja, de enriquecimento ilícito configurado na instância disciplinar como espécie de ato de improbidade administrativa, decorrente de lançamento de créditos tributários em procedimentos em que se apurou omissão de rendimento por variação patrimonial

desproporcional e/ou por depósito bancário de origem não comprovada.

Em uma primeira hipótese, o servidor-contribuinte auferir e declara determinada renda, ofertando-a à tributação (aqui pouco importando a origem desta renda, segundo o brocardo tributário do *pecunia non olet* - dinheiro não tem cheiro -, consagrado no art. 118 do CTN, segundo o qual a definição legal do fato gerador independe da validade jurídica e dos efeitos do ato praticado pelo contribuinte e até mesmo de ser ou não lícita ou moral a fonte de rendimentos) e paga o devido imposto. Nas duas demais hipóteses, o servidor-contribuinte omite da tributação a renda auferida e, uma vez sujeito à ação fiscal, consegue ou não demonstrar a origem desta renda não declarada.

Reflete-se a consagrada independência das instâncias ao se perceber que, embora nas três hipóteses acima haja diferentes repercussões fiscais (enquanto na primeira hipótese sequer se configura ilícito fiscal, nas duas outras hipóteses em que a renda não é declarada não só haverá repercussões fiscais como elas poderão até ser diferentes entre si), sob ótica correccional, em princípio, as três situações pouco diferem, uma vez que, caso se cogite de apuração disciplinar, deverá o servidor afastar a presunção legal, demonstrando que a obtenção do bem não decorreu do uso indevido do cargo.

Melhor descrevendo e reforçando o que se expôs, resta inquestionável a independência das instâncias fiscal e disciplinar, uma vez que, nas duas hipóteses acima em que a renda não é declarada, enquanto o senso comum apontaria para uma inequívoca e vinculada repercussão disciplinar mais grave na hipótese de o servidor não demonstrar a origem do bem, não necessariamente o mesmo ocorreria na instância fiscal, em que são possíveis diferentes entendimentos, por parte da autoridade fiscal, inclusive de que a existência de dolo, fraude ou simulação pode ensejar a aplicação de multa qualificada de 150% sobre o imposto e de representação fiscal para fins penais, por crime (em tese) contra a ordem tributária, previsto na Lei nº 8.137, de 27/12/90, diferentemente de uma eventual omissão de rendimentos de origem não comprovada, em que a instância fiscal pode entender apenas pela aplicação da multa de ofício de 75% sobre o imposto, nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27/12/96.

Reforça-se a tese da independência das instâncias com a argumentação de que, enquanto, de um lado, o art. 42, § 3º da Lei nº 9.430, de 27/12/96 (com os valores alterados pelo art. 4º da Lei nº 9.841, de 31/08/97), permite que não se considerem, para fim de omissão de rendimentos, os créditos inferiores a R\$ 12.000,00 cujo somatório dentro de um ano-calendário não ultrapasse o montante de R\$ 80.000,00, de outro lado, para a instância disciplinar, a ocorrência de depósitos daquela monta em conta bancária de um servidor e sem origem declarada deve ser objeto de apuração. Não cabe aplicar à instância disciplinar - aqui interessada justamente na origem de rendimentos - aquele preceito estritamente voltado às tutelas fiscais e que apenas pondera a relevância da renda a ser submetida à tributação, permitindo uma postura de seletividade antes de fazer mover a instância fiscal por créditos tributários que poderiam ser de pequena monta para os interesses do Fisco mas que poderiam ser valores relevantes para a instância disciplinar em virtude de não terem origem definida. É certo que, em instância disciplinar, pode-se dispensar a comprovação de origem de determinados depósitos em conta bancária do servidor que possam ser tomados como irrelevantes. Mas isto em nada se confunde com aplicação irrestrita dos preceitos fiscais contidos no art. 42, § 3º da Lei nº 9.430, de 27/12/96, ao se fazer uma análise em ótica disciplinar de evolução patrimonial do servidor.

*STJ, Mandado de Segurança nº 18.090: “Ementa: 7. Na esfera administrativa, o proveito econômico auferido pelo servidor é irrelevante para a aplicação da penalidade, pois o ato de demissão é vinculado, nos termos do art. 117, c/c o art. 132 da Lei nº 8.112/90, razão por que é despiciendo falar em razoabilidade ou proporcionalidade da pena.”*

Uma vez que a Lei nº 9.430, de 27/12/96, “Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta” e a

topografia do seu art. 42 insere-se no Título “*Depósito Bancário*”, inserido na Seção IV “*Omissões de Receita*” do Capítulo IV “*Procedimentos de Fiscalização*”, tem-se inequívoco que o dispositivo legal em comento destina-se a orientar a fiscalização tributária, não cabendo extrapolar seu comando vinculante para a instância correcional.

Em outras palavras, os parâmetros que a Lei nº 9.430, de 27/12/96, estabeleceu para que a instância fiscal não considere depósito bancário de origem não comprovada como omissão de rendimento relevante a ponto de justificar a atuação fiscal não necessariamente também vinculam a instância correcional. Os critérios da administração tributária, balizadores do interesse de ação do Fisco, não se impõem em outras linhas de atuação estatal. Até porque é de se reiterar o que já se aduziu acima, quando se discorreu sobre o fato de o art. 9º da Lei nº 8.429, de 02/06/92, ao positivizar o enriquecimento ilícito, embutir um conceito jurídico indeterminado: diante da tutela da instância disciplinar (qual seja, a licitude da origem dos rendimentos), não é viável se adotar um limite quantitativo genérico, inflexível e impessoal, já que os agentes públicos que poderiam - apenas *ad argumentandum* - ser atingidos pela Lei nº 9.430, de 27/12/96, desdobram-se em inúmeros cargos, com os mais diversos padrões de remuneração, e devendo-se ainda serem sopesados de acordo com as peculiaridades e individualidades de cada caso em concreto.

Ainda nesta senda, tampouco cabe interpretar que o já mencionado Parecer PGFN/CDI nº 1.986/2006 autorizaria se tomar individualmente cada um dos depósitos em conta bancária do servidor inferiores a R\$ 12.000,00 para considerá-los de pequena monta em confronto com o conceito de enriquecimento ilícito. De um lado, é certo que o Parecer aduziu a necessidade de se ter um valor relevante de enriquecimento ilícito, independentemente do método de aferição. Mas, de outro lado, a conclusão da significância do valor em face do conceito de enriquecimento ilícito somente deve ser feita ao final, após a totalização dos indicativos individualizados (sejam depósitos em conta bancária, sejam origens ou aplicações de recursos).

Assim, na linha de raciocínio aqui iniciada, com base em depósitos em conta bancária, somente se deve concluir pela relevância ou não do enriquecimento após se totalizar o montante relativo ao somatório dos depósitos sem origem identificada. Ou seja, não é valor isolado de determinado(s) depósito(s) - como, por exemplo, depósito(s) inferior(es) a R\$ 12.000,00 - que deve ser confrontado com o conceito jurídico indeterminado de enriquecimento ilícito, mas sim o valor correspondente ao total de depósitos sem origem comprovada, bem como sua representatividade e sua frequência ou ainda outros fatores que se possam demonstrar relevantes.

E o mesmo tipo de entendimento também indica que não se pode desconsiderar determinada origem ou aplicação de recursos com base no Parecer PGFN/CDI nº 1.986/2006. Deve-se, sim, empregar tal metodologia para aferir o montante referente à diferença entre o somatório das origens e o somatório das aplicações de recursos, acrescidas da evolução patrimonial (total de bens no ano corrente subtraído do total de bens no ano anterior). Com base no valor resultante é que se aplica o Parecer em comento, no sentido de caracterizar ou não tal montante como incluso no conceito jurídico indeterminado de enriquecimento ilícito.

A diferenciação entre as instâncias fiscal e disciplinar ainda mais se evidencia ao se lembrar que, para a primeira, é indiferente a origem da renda a ser tributada, enquanto, na segunda, é justamente a origem da renda que importa para configurar ou não ato de improbidade administrativa. Omitir rendimento à fiscalização tem efeito diferente de ter um rendimento decorrente de atitude ímproba no exercício do cargo. Se o servidor-contribuinte consegue comprovar uma origem dissociada do cargo para a renda intencionalmente omitida, por um lado, não haverá imputação disciplinar, mas, por outro lado, esta justificativa da origem será inócua para fim fiscal, uma vez que, para esta instância, a origem é indiferente, pelo já aduzido brocardo do *pecunia non olet*, estampado no art. 118 do CTN.

Na esteira da inequívoca conclusão a favor da independência das instâncias fiscal e

disciplinar, o fato de o servidor, na condição de contribuinte, já ter entregue sua declaração de ajuste anual de pessoa física há mais de cinco anos em nada se confunde com prescrição da punibilidade disciplinar decorrente de enriquecimento ilícito configurado ou comprovável por meio daquela declaração. Em outras palavras, a simples entrega da declaração de ajuste anual de pessoa física, como cumprimento de obrigação tributária, em nada autoriza a se cogitar de que a Administração tenha tomado conhecimento de irregularidade configurada naquela declaração.

*STJ, Mandado de Segurança nº 19.533: “Ementa: (...) 4. A entrega da declaração de rendimentos tem natureza jurídica de obrigação tributária acessória, com finalidade eminentemente fiscal, não gerando presunção de conhecimento, pela Administração, de irregularidade perpetrada pelo servidor que a presta.”*

*Parecer PGFN Coged nº 406/2013: “17. (...) Verifica-se que a autoridade competente somente teve ciência dos fatos em 04 de julho de 2006, após a conclusão do trabalho rotineiro de auditoria, ocasião em que foi averiguada a existência de indícios de irregularidades em relação ao acusado. Assim, o termo inicial da prescrição é a data do relatório de auditoria patrimonial (...), momento em que foram concretizados perante a Administração indícios de irregularidades.*

*18. Quanto à tese de que a pretensão da Administração estaria prescrita porque já se passaram mais de 5 anos da entrega das declarações de imposto de renda, confunde a defesa o prazo prescricional aplicável à homologação de lançamento de crédito tributário (art. 150, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional) com aquele definido no art. 142, parágrafo 1º, da Lei nº 8.112, de 1990, referente à apuração disciplinar. Como já dito, a autoridade competente somente teve ciência dos fatos com a conclusão da auditoria patrimonial, a qual foi comunicada em 04 de julho de 2006, momento em que se verificou indícios de evolução patrimonial a descoberto.”*

Ainda no mesmo rumo, tampouco o fato de a declaração de ajuste anual do servidor-contribuinte ser retida em controles de malha fiscal de pessoa física não é de ser confundido com início de qualquer investigação de natureza correcional que pudesse fomentar a alegação de configuração de termo inicial de prazo prescricional de eventual punibilidade estatutária. Enquanto a retenção em malha fiscal trata-se de mera medida de controle processada de forma precipuamente automatizada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, na sua atuação exclusiva como órgão fiscal, passível de atingir toda a gama de contribuintes em geral, mediante parâmetros previamente definidos sob estrita ótica de interesse tributário, as auditorias e investigações patrimoniais de índole disciplinar, de foco muito mais específico, reduzem-se a procedimentos operados pelo sistema correcional para o único fim de avaliar eventuais indícios de enriquecimento ilícito por parte do restrito corpo funcional.

A retenção em malha fiscal objetiva separar, dentre todo o universo de contribuintes, para análise mais detalhada e revisão, declarações de ajuste anual que porventura apresentem incongruências de natureza fiscal, à vista de determinados parâmetros de interesse tributário previamente programados (que, em geral, como meros indicadores de qualquer tipo de não submissão de rendimentos à tributação, podem ter origens completamente dissociadas do uso irregular do cargo) e pode, por seu turno, redundar em lançamento de crédito tributário, sob limites temporais para homologação e de decadência, estabelecidos no Código Tributário Nacional. Por sua vez, para o tipo de caso em análise, a prescrição da punibilidade estatutária se vincula à notícia ofertada à Administração de existência de indícios de enriquecimento ilícito, veiculada, por exemplo - dentre diversas outras formas possíveis - ao final dos trabalhos de investigação patrimonial de índole disciplinar sobre uma determinada declaração de ajuste anual do servidor-contribuinte, sendo tais trabalhos específicos inconfundíveis com aquela mera retenção de uma declaração em malha fiscal para análises prévias à sua homologação pelo Fisco.

Há ainda um relevante tema a ser abordado no conceito de ato de improbidade administrativa que acarreta enriquecimento ilícito. Sabe-se que, por princípio, o regime disciplinar reporta-se à época do fato ilícito. Com isto, não obstante se reconheça que o mais comum de ocorrer em termos de aplicação do regime disciplinar é de servidores da ativa, no pleno exercício de seus cargos, cometerem ilicitudes previstas na Lei nº 8.112, de 11/12/90, e, ainda na ativa, serem processados (nesta hipótese, em caso de infração grave, *a priori*, a pena expulsiva cabível é a demissão), não se discute também o alcance do regime disciplinar se o servidor cometer a ilicitude na ativa e o processo somente vir a ocorrer quando ele já se encontra na inatividade (aposentado, por exemplo), hipótese em que, se for o caso de ilícito grave, a Lei prevê a pena expulsiva a aposentado de cassação de aposentadoria. É certo que tal hipótese, como regra quase absoluta, não atinge atos cometidos por inativo após a aposentadoria, quando, se for o caso, este indivíduo, em sua vida civil, já sem vinculação aos ditames estatutários, apenas responde em instâncias penal ou civil por seus atos infracionais.

Não obstante, embora se reconheça ainda menos comum, em grau residual e excepcional mesmo, pode-se defender a aplicação do PAD e, se for o caso, da pena de cassação de aposentadoria a inativo por atos que se prolonguem mesmo após a inatividade. Sem se confundir com arbítrio ou ilegalidade, destaque-se que não se defende a aplicação do regime disciplinar a inativo por ato cometido na inatividade e totalmente dissociado do cargo público que ocupava. Não por acaso se empregou o verbo “prolongar”, que indubitavelmente deixa claro que aqui não se trata de um fato novo e iniciado após a inatividade, mas sim de um fato que já se estendia desde os tempos finais da atividade e que ainda estendeu seus efeitos pós-inatividade. O que aqui se defende é a possibilidade de serem agregados ao apuratório contra um aposentado elementos fáticos e probatórios ocorridos nos primeiros momentos após a inatividade porque mantêm um liame com os atos infracionais cometidos ainda na atividade.

Este tema aqui se justifica porque, mesmo sem aprofundar demais a modelação, de imediato, se vislumbra como um dos poucos exemplos viáveis desta construção hipotética a situação do servidor que, nos últimos anos de sua atividade, amealha, irregularmente, enriquecimento ilícito e persevera na demonstração de tal conduta ilícita nos anos imediatamente subsequentes à aposentadoria em suas declarações de ajuste anuais de pessoa física, por exemplo.

Ora, sem se confundir com defender a ilegal aplicação do regime disciplinar a aposentado por ato pós-aposentadoria, nesta situação hipotética, não se poderia quedar inocentemente inerte a Administração, como se houvesse uma intransponível barreira temporal a dividir, legitimar ou mesmo imacular o indivíduo e também sua conduta, de um dia para o outro, de forma estanque. O que aqui se defende é a possibilidade sim de a Administração investigar ou apurar enriquecimento ilícito de aposentado coletando aos autos tanto as provas referentes a seus últimos anos de atividade quanto as provas referentes aos anos imediatamente posteriores à inatividade, não para afirmar que nestes anos posteriores o inativo infringiu a Lei nº 8.112, de 11/12/90 (até porque, nestes anos, ele nem mais se vincula ao Estatuto), mas tão somente para ter estas provas como outros elementos formadores de convicção acerca dos anos em que o servidor se sujeitava ao regime disciplinar, de forma que, tendo uma visão e uma convicção mais qualificada e robusta daquilo que poderia se aproximar de uma conduta infracional continuada, poder afirmar com maior grau de certeza a infração cometida ao tempo de submissão ao Estatuto.

Nos dias atuais, com o pleno conhecimento de um homem mediano das possibilidades viáveis de qualquer um meliante, seja agente público ou não, “lavar” ou “esquentar” (embora bastante simplórios, estes jargões soam elucidativos e simbólicos) recursos obtidos ilegalmente, seria uma postura de afronta a princípios da oficialidade e da indisponibilidade do interesse público se a Administração se mantivesse inerte à vista de um caso hipotético em que um servidor ostentasse variações patrimoniais de certa monta até se aposentar e de valores muito superiores imediatamente após a inatividade e sem comprovar em suas

declarações de ajuste anuais de pessoa física nenhuma atividade laboral, comercial ou empresarial lucrativa nestes anos subsequentes à aposentadoria.

Não seria nada absurdo cogitar da possibilidade de um agente público de previsível capacitação e conhecimento - em que soa como pertinente exemplo um integrante da Carreira tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, bom conhecedor, por ofício, das técnicas contábeis e das estratégias de planejamento fiscal - amealhar irregularmente vultoso acréscimo patrimonial nos últimos anos de sua atividade, em atos relacionados ao seu múnus público, e omiti-lo em suas últimas declarações de ajuste anuais de pessoa física para apenas apresentá-lo “a conta-gotas” nos anos posteriores à inatividade, inclusive ofertando à tributação, com a intenção de se considerar imune ao regime disciplinar.

Diante das sabidas artimanhas de que dispõe a parcela tortuosa da sociedade, seria quase angelical - para não dizer imoral - que a Administração impusesse a si própria uma muralha intransponível em seu poder-dever de persecução em busca da verdade material apenas em função de um evento temporal imediato. Assim, nas condições extremamente peculiares acima descritas, não é ilegal e nem sequer despropositado que o sistema correcional intime o aposentado a apresentar documentação comprobatória da origem de rendimentos declarados como recebidos após a inatividade, inclusive como forma de comprovação de suas informações prestadas ao Fisco já como aposentado ou ainda, até mesmo, de acordo com as peculiaridades do caso, operando uma “retroação benigna”, como forma de sustentar alegações porventura apresentadas de forma vaga para justificar rendimentos declarados ainda à época da atividade.

Por óbvio, nada desta modelação conceitual aqui apresentada se sustentaria em casos em que o aporte patrimonial ocorre alguns anos após a aposentadoria, em que se configura um relevante hiato temporal entre a atividade pública e a atividade privada pós-aposentadoria.

Ademais, é de se agregar ao presente arrazoado a explanação, também extensiva de enfoque e de abrangência, já exposta em **4.4.12.3**, a cuja leitura se remete, em que se defendeu a possibilidade de acesso, por parte do sistema correcional, a dados de natureza fiscal de terceiros que guardem relação de proximidade com o servidor, à vista da possibilidade de este diluir seu patrimônio irregularmente amealhado em favor de cônjuge, companheiro, filhos ou demais parentes, independentemente de existência ou não de relação de dependência econômica.

#### ***4.7.4.4.4 - Declaração de Bens, Sindicância Patrimonial e Investigação Patrimonial***

Em reforço ao já defendido linhas acima, acerca da relevância com que se dotou no atual ordenamento a questão da transparência da evolução dos bens, relembre-se que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabelece a entrega, por parte do servidor, de declaração de bens que integram seu patrimônio, como pré-requisito para a posse.

*Lei nº 8.112, de 12/11/90 - Art. 13.*

*§ 5º No ato da posse, o servidor apresentará declaração de bens e valores que constituem seu patrimônio e declaração quanto ao exercício ou não de outro cargo, emprego ou função pública.*

Na mesma linha, tem-se que o art. 13 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, impôs que, para tomar posse em cargo público, deve o futuro agente público (sentido *lato* da expressão) entregar declaração de bens; e, uma vez investido, o agente público deve atualizá-la anualmente e na data em que deixar o mandato, cargo, emprego ou função, podendo tais exigências serem supridas com cópia da declaração anual de bens entregue à Secretaria da Receita Federal do Brasil. O dispositivo legal estende ainda a obrigação ao agente público de informar a situação patrimonial do cônjuge ou companheiro, de seus filhos e ainda de demais pessoas que vivam sob relação de dependência econômica do servidor.

*Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no Serviço de Pessoal competente.*

*§ 1º A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizados no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.*

*§ 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.*

*§ 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa.*

*§ 4º O declarante, a seu critério, poderá entregar cópia da declaração anual de bens apresentada à Delegacia da Receita Federal na conformidade da legislação do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, com as necessárias atualizações, para suprir a exigência contida no “caput” e no § 2º deste artigo.*

Ainda segundo a norma, a recusa em prestar a declaração de bens ou fazê-la falsa pode implicar pena de demissão. Sendo cristalina a aplicação de demissão na hipótese comissiva de apresentação de declaração intencionalmente falsa, diante da grave repercussão, requer que se interprete este dispositivo para a hipótese de ausência de apresentação. Não condiz com a gravidade da sanção a sua aplicação à simples conduta omissiva culposa, devendo-se interpretar cabível a demissão na reincidência dolosa, quando, instado a apresentar a declaração, o agente público se recusa a fazê-lo.

*“Caso o agente se omita em apresentar sua declaração, ou não a atualize, após regular notificação e resposta (devido processo legal), o ato poderá ensejar sua demissão, salvo no caso da primeira investidura, hipótese de regra específica já analisada (impedimento de posse e exercício).*

*Podemos ainda cogitar de hipótese onde o agente apresenta declaração incompleta. Poderá, antes do ato de demissão, complementá-la ou atualizá-la.*

*O dispositivo anotado pune com demissão o agente que se recusa a prestar declaração de bens injustificadamente ou presta informações falsas. É certo que o regime jurídico estatutário a que está submetido garante-lhe o procedimento adequado. No caso dos servidores federais, vide a Lei nº 8.112/90.” Marcelo Figueiredo, “Probidade Administrativa - Comentários à Lei nº 8.429/92 e Legislação Complementar”, pg. 81, Malheiros Editores, 3ª edição, 1998*

À vista da Lei nº 8.429, de 02/06/92, é de se destacar as diferentes naturezas deste enquadramento, em seu art. 13, e do enquadramento em seu art. 9º, VII, por enriquecimento ilícito decorrente da aquisição de bens de valor desproporcional à evolução do patrimônio ou da renda do servidor, analisado linhas acima. Aquele primeiro ato, por si só, tão somente configura um grave descumprimento de mandamento legal para o qual a própria Lei nº 8.429, de 02/06/92, prevê a pena de demissão, com capitulação apenas em seu art. 13, § 3º. Trata-se do único caso em que a autoridade administrativa é competente para demitir o servidor enquadrando apenas na Lei de Improbidade, sem se socorrer no art. 132, IV do Estatuto. Já o segundo enquadramento mencionado configura ato de improbidade, para o qual, além da mesma pena de demissão aplicada pela autoridade administrativa (esta sim, obrigatoriamente capitulada no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e com vedação de retorno, conforme art. 137, parágrafo único da mesma Lei), a Lei de Improbidade prevê ainda outras sanções de índole judicial, sem prejuízo da ação penal, conforme art. 37, § 4º da CF. Ou seja, na Lei nº 8.429, de 02/06/92, o enquadramento no seu art. 13, § 3º é o único em que se prevê demissão, independente de rito judicial e sem configurar, em si, ato de improbidade administrativamente

enquadrado no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Não obstante, não haveria prejuízo nenhum (e até se recomenda assim proceder, por cautela, para evitar questionamentos) em se utilizar o enquadramento no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, combinado com a definição dada pelo art. 13, § 3º da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

Fechado este parêntese sobre a natureza do ilícito capitulado no art. 13, § 3º da Lei nº 8.429, de 02/06/92, retorna-se à questão da declaração de bens em si. Em seguida a este dispositivo do art. 13, § 3º da Lei nº 8.429, de 02/06/92, a Lei nº 8.730, de 10/11/93, em seu art. 1º, ratificou para agentes políticos detentores de cargos eletivos, membros da magistratura e do Ministério Público Federal e, no que aqui mais interessa, para os titulares de cargos efetivos em geral, empregos públicos ou funções de confiança a obrigação de entregar declaração de bens, na investidura, anualmente e na saída, não só a seu próprio órgão, mas também ao Tribunal de Contas da União.

*Lei nº 8.730, de 10/11/93 - Art. 1º É obrigatória a apresentação de declaração de bens, com indicação das fontes de renda, no momento da posse ou, inexistindo esta, na entrada em exercício de cargo, emprego ou função, bem como no final de cada exercício financeiro, no término da gestão ou mandato e nas hipóteses de exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, por parte das autoridades e servidores públicos adiante indicados:*

*VII - todos quantos exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União.*

*§ 2º O declarante remeterá, incontinenti, uma cópia da declaração ao Tribunal de Contas da União, (...)*

*Art. 3º A não apresentação da declaração a que se refere o art. 1º, por ocasião da posse, implicará a não realização daquele ato, ou sua nulidade, se celebrado sem esse requisito essencial.*

*Parágrafo único. Nas demais hipóteses, a não apresentação da declaração, a falta e atraso de remessa de sua cópia ao Tribunal de Contas da União ou a declaração dolosamente inexata implicarão, conforme o caso:*

*b) infração político-administrativa, crime funcional ou falta grave disciplinar, passível de perda do mandato, demissão do cargo, exoneração do emprego ou destituição da função, além da inabilitação, até cinco anos, para o exercício de novo mandato e de qualquer cargo, emprego ou função pública, observada a legislação específica.*

*Art. 4º Os administradores ou responsáveis por bens e valores públicos da administração direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, assim como toda a pessoa que por força da lei, estiver sujeita à prestação de contas do Tribunal de Contas da União, são obrigados a juntar, à documentação correspondente, cópia da declaração de rendimentos e de bens, relativa ao período-base da gestão, entregue à repartição competente, de conformidade com a legislação do Imposto sobre a Renda.*

*§ 1º O Tribunal de Contas da União considerará como não recebida a documentação que lhe for entregue em desacordo com o previsto neste artigo.*

Na prática interna da Secretaria da Receita Federal do Brasil, a apresentação anual da declaração de bens tem sido exigida apenas para os detentores de cargo em comissão ou funções de confiança (integrantes do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS - e ocupantes de Funções Gratificadas - FG, por exemplo), não se exigindo tal formalidade por parte dos detentores apenas de cargos efetivos, embora assim também determinasse o art. 1º da Lei nº 8.730, de 10/11/93.

Visando a regulamentar a obrigação disposta no citado art. 13 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, associada a controle de evolução patrimonial, a Administração editou o Decreto nº 5.483, de 30/06/05, que prevê, entre seus arts. 1º a 5º, que o servidor - efetivo ou comissionado - ou empregado público autorize a Secretaria da Receita Federal do Brasil a repassar para o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União

(CGU) sua declaração de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física, mediante convênio a ser estabelecido entre as duas instituições, sem prejuízo da possibilidade de o próprio apresentar e anualmente atualizar, junto a seu órgão de lotação, sua declaração de bens e valores patrimoniais, em até quinze dias após o prazo do término de entrega da mencionada obrigação tributária. De acordo com o texto legal, o mencionado dever funcional, além da atualização anual, também se aplica aos momentos de posse e exercício e desinvestidura do cargo, emprego, função ou mandato e se estende ainda à situação patrimonial do cônjuge ou companheiro, de seus filhos e ainda de demais pessoas que vivam sob relação de dependência econômica do servidor.

*Decreto nº 5.483, de 30/06/05 - Art. 1º A declaração dos bens e valores que integram o patrimônio privado de agente público, no âmbito do Poder Executivo Federal, bem como sua atualização, conforme previsto na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, observarão as normas deste Decreto.*

*Art. 2º A posse e o exercício de agente público em cargo, emprego ou função da administração pública direta ou indireta ficam condicionados à apresentação, pelo interessado, de declaração dos bens e valores que integram o seu patrimônio, bem como os do cônjuge, companheiro, filhos ou outras pessoas que vivam sob a sua dependência econômica, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.*

*Art. 3º Os agentes públicos de que trata este Decreto atualizarão, em formulário próprio, anualmente e no momento em que deixarem o cargo, emprego ou função, a declaração dos bens e valores, com a indicação da respectiva variação patrimonial ocorrida.*

*§ 1º A atualização anual de que trata o “caput” será realizada no prazo de até quinze dias após a data limite fixada pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda para a apresentação da Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física.*

*§ 2º O cumprimento do disposto no § 4º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, poderá, a critério do agente público, realizar-se mediante autorização de acesso à declaração anual apresentada à Secretaria da Receita Federal, com as respectivas retificações.*

*Art. 5º Será instaurado processo administrativo disciplinar contra o agente público que se recusar a apresentar declaração dos bens e valores na data própria, ou que a prestar falsa, ficando sujeito à penalidade prevista no § 3º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992.*

*Art. 11. Nos termos e condições a serem definidos em convênio, a Secretaria da Receita Federal poderá fornecer à Controladoria-Geral da União, em meio eletrônico, cópia da declaração anual do agente público que houver optado pelo cumprimento da obrigação, na forma prevista no § 2º do art. 3º deste Decreto.*

Atendendo a este Decreto, foi editada a Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 298, de 05/09/07, regulando as formas pelas quais qualquer servidor (efetivo ou comissionado) ou empregado público, anualmente, deve suprir à Administração a informação acerca de seus bens, seja permitindo acesso à sua declaração de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física, seja apresentando declaração anual específica para este fim.

*Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 298, de 05/09/07 - Art. 1º Todo agente público, no âmbito do Poder Executivo Federal, como forma de atender aos requisitos constantes no art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e no art. 1º da Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993, deverá:*

*I - autorizar o acesso, por meio eletrônico, às cópias de suas Declarações de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física, com as respectivas retificações, apresentadas à Secretaria da Receita Federal do Brasil, do Ministério da Fazenda; ou*

*II - apresentar anualmente, em papel, Declaração de Bens e Valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no Serviço de Pessoal competente.*

*§ 1º Consideram-se agentes públicos, para os efeitos desta Portaria, os servidores públicos ocupantes de cargos de provimento efetivo ou em comissão, de qualquer nível ou natureza, os empregados públicos, os diretores e empregados de empresas estatais, os agentes que exercem mandato em órgãos e conselhos de caráter deliberativo e aqueles contratados por tempo determinado, nos termos da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993.*

*§ 2º O agente público deverá autorizar o acesso ou entregar a Declaração de Bens e Valores no prazo de até quinze dias após a data limite fixada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil para a apresentação da Declaração de Ajuste Anual do Imposto de renda da Pessoa Física.*

*§ 3º Uma vez autorizado o acesso à Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física, na forma de inciso I deste artigo, não haverá necessidade de renovação anual da autorização.*

*§ 4º O agente público poderá cancelar a autorização prevista no inciso I deste artigo, passando a entregar a Declaração de Bens e Valores anualmente em papel, na forma do inciso II.*

*§ 5º A atualização anual da Declaração de Bens e Valores deverá conter as informações relativas ao ano anterior.*

Informe-se que a exigência de disponibilização de dados fiscais ao Tribunal de Contas da União, por parte de autoridades e de detentores de cargos eletivos e de titulares de cargos efetivos, empregos públicos ou funções de confiança, mencionados no art. 1º da Lei nº 8.730, de 10/11/93, também restou possível de ser satisfeita não só com apresentação de declaração anual específica para este fim mas também por meio de permissão de acesso à declaração de ajuste anual de Imposto sobre a Renda, conforme estabeleceu a Instrução Normativa TCU nº 67, de 06/07/11.

*Instrução Normativa TCU nº 67, de 06/07/11 - Art. 1º A apresentação das Declarações de Bens e Rendas pelas autoridades e por todos quantos exerçam cargo eletivo e cargo, emprego ou função de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União, a que se refere o art. 1º da Lei 8.730, de 1993, obedecerá ao disposto nesta Instrução Normativa.*

*Art. 2º As referidas autoridades, servidores e empregados entregarão anualmente, à unidade de pessoal do órgão ou entidade a que se vinculem, Declaração de Bens e Rendas detalhadamente descritos na forma exigida no art. 13, caput e § 1º, da Lei 8429/1992, e 2º, caput e §§ 1º a 6º, da Lei 8.730/1993 e das respectivas retificações apresentadas à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).*

*§ 1º A entrega da declaração se dará, também, por ocasião da posse ou, inexistindo esta, na entrada em exercício, no momento em que deixarem de ser ocupados os cargos, empregos ou funções, ou ainda quando solicitada, a critério da unidade de pessoal do órgão de controle interno respectivo ou do Tribunal de Contas da União.*

*§ 2º A declaração a que alude o caput deste artigo deverá ser preenchida em formulário em papel, reproduzido a partir do modelo que constitui o anexo I desta instrução, devidamente assinada e entregue na unidade de pessoal do órgão a que se vincule o servidor.*

*Art. 3º Em alternativa ao formulário a que se refere o artigo anterior, as autoridades, os empregados e os servidores mencionados no art. 1º desta Instrução Normativa poderão apresentar, à unidade de pessoal do órgão ou entidade a que se vinculem, autorização de acesso exclusivamente aos dados de Bens e Rendas exigidos nos arts. 13, caput e § 1º, da Lei 8.429/1992, e 2º, caput e §§ 1º a 6º, da Lei 8.730/1993, das suas Declarações de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física e das respectivas retificações apresentadas à RFB, nos termos do anexo II a esta Instrução Normativa.*

Ressalve-se que os dispositivos legal e regulamentares acima tão somente disciplinam um dever funcional a cargo dos servidores, em nada vedando, condicionando ou limitando a

atuação de ofício do sistema correccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil e sua competência para acessar diretamente ou para solicitar ao titular de unidade fiscal os dados de natureza fiscal de quem quer que seja (inclusive de terceiros que guardem relação de proximidade com o agente público e independentemente de haver ou não relação de dependência econômica), conforme já aduzido em **4.4.12.3**, a cuja leitura se remete.

É de se informar ainda para o detalhe de que as obrigações funcionais acima descritas não se confundem com o dever funcional estabelecido de forma mais específica pela Lei nº 12.813, de 16/05/13. Conforme já se abordou em **3.2.5** e em **4.7.3.18.6**, esta Lei, que visa a tutelar um outro bem jurídico - qual seja, da prevenção e da sanção para a prática de atividade privada configurada de conflito de interesses -, em seu art. 9º, determina que os agentes públicos sob sua incidência, em que se incluem todos os servidores em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil (independentemente do cargo ocupado), mesmo em gozo de licença ou em afastamento de qualquer espécie, forneçam à CGU, anualmente, declaração sobre sua situação patrimonial, participações societárias, atividades econômicas ou profissionais e indicação de possível atividade em conflito de interesses por parte de cônjuge, companheiro ou parentes até o terceiro grau e informem à projeção de gestão de pessoas desde o mero recebimento de propostas de trabalho, de contrato ou de negócio com possibilidade de aceitação até o efetivo exercício de atividade privada. Ademais, o mesmo comando legal determina que a projeção de gestão de pessoas informe ao servidor e à CGU a possibilidade de aquela atividade praticada ou objeto de proposta configurar conflito de interesses.

Feito este registro informativo, retorna-se ao tema em questão, afirmando-se que, com isto, a Administração (que, aqui, pode ser representada tanto, inicialmente, pela CGU, na especial condição de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, quanto pelos órgãos e unidades seccionais de correição deste Sistema, como é o caso da Coger) passou a dispor de instrumentos para analisar a compatibilidade da evolução dos bens do servidor com sua remuneração. Além desta via automática de controle, o suposto ato de improbidade administrativa pode chegar ao conhecimento da Administração por diversas outras formas, tais como: por denúncia ou representação noticiando indício de existência de enriquecimento ilícito, nos termos do art. 9º da Lei nº 8.429, de 02/06/92; por exame das declarações de bens, conforme art. 13 da citada Lei; por comunicações de operações financeiras suspeitas, a cargo do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), conforme determina o art. 15 da Lei nº 9.613, de 03/03/98 - Lei da Lavagem de Dinheiro; e até por notícia divulgada na mídia. Nesta análise prévia de compatibilidade, além de se checar o teor da denúncia, representação, notícia ou comunicado, pode a Administração apreciar as declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda, em conjunto com a situação patrimonial (imóveis, veículos, etc) e com a movimentação financeira do servidor, podendo se fazer necessária ação conjunta com outros órgãos, como Ministério Público Federal e Departamento de Polícia Federal.

Ainda de acordo com o já mencionado Decreto nº 5.483, de 30/06/05, em seus arts. 7º a 9º, se esta análise prévia detectar incompatibilidade, deve a CGU, ou outra autoridade competente no órgão de origem, instaurar sindicância patrimonial, sigilosa (sem publicidade) e meramente investigativa, sem fim punitivo, conduzida por dois ou mais servidores ou empregados públicos, com o objetivo de aprofundar as investigações, em prazo de trinta dias e prorrogável por igual período, cujo fim pode ser o arquivamento ou a instauração de PAD, caso se confirmem os indícios de ato de improbidade administrativa propiciador de enriquecimento ilícito.

*Decreto nº 5.483, de 30/06/05 - Art. 7º A Controladoria-Geral da União, no âmbito do Poder Executivo Federal, poderá analisar, sempre que julgar necessário, a evolução patrimonial do agente público, a fim de verificar a compatibilidade desta com os recursos e disponibilidades que compõem o seu patrimônio, na forma prevista na Lei nº 8.429, de 1992, observadas as*

*disposições especiais da Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993.*

*Parágrafo único. Verificada a incompatibilidade patrimonial, na forma estabelecida no “caput”, a Controladoria-Geral da União instaurará procedimento de sindicância patrimonial ou requisitará sua instauração ao órgão ou entidade competente.*

*Art. 8º Ao tomar conhecimento de fundada notícia ou de indícios de enriquecimento ilícito, inclusive evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do agente público, nos termos do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, a autoridade competente determinará a instauração de sindicância patrimonial, destinada à apuração dos fatos.*

*Parágrafo único. A sindicância patrimonial de que trata este artigo será instaurada, mediante portaria, pela autoridade competente ou pela Controladoria-Geral da União.*

*Art. 9º A sindicância patrimonial constituir-se-á em procedimento sigiloso e meramente investigatório, não tendo caráter punitivo.*

*§ 1º O procedimento de sindicância patrimonial será conduzido por comissão composta por dois ou mais servidores ou empregados efetivos de órgãos ou entidades da administração federal.*

*§ 2º O prazo para conclusão do procedimento de sindicância patrimonial será de trinta dias, contados da data da publicação do ato que constituir a comissão, podendo ser prorrogado, por igual período ou por período inferior, pela autoridade competente pela instauração, desde que justificada a necessidade.*

*§ 3º Concluídos os trabalhos da sindicância patrimonial, a comissão responsável por sua condução fará relatório sobre os fatos apurados, opinando pelo seu arquivamento ou, se for o caso, por sua conversão em processo administrativo disciplinar.*

No patamar normativo imediatamente inferior ao Decreto nº 5.483, de 30/06/05, ainda em norma voltada para toda a Administração Pública federal, o rito da sindicância patrimonial tornou a ser objeto de atenção, por parte da CGU, mais especificamente nos arts. 16 a 19 da Portaria CGU nº 335, de 30/05/06, depois de tê-la definido em seu art. 4º, V. Por óbvio, embora estes dispositivos tenham mencionado apenas a competência da CGU, isto não significa que somente aquele órgão central possuía poderes para instaurar a instância investigativa, uma vez que a própria norma, desde sempre, preservou a normatização interna porventura existente nas unidades seccionais de correição, no parágrafo único de seu art. 5º. E se esta assertiva é inequívoca para aquela época de implantação de toda esta normatização, menos ainda se cogita de dúvida acerca da descentralização de competência no estágio evolutivo atual do ordenamento de regência.

*Portaria CGU nº 335, de 2006 - Art. 4º Para os fins desta Portaria, ficam estabelecidas as seguintes definições:*

*V - sindicância patrimonial: procedimento investigativo, de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agente público federal, à vista da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades;*

*Art. 5º*

*Parágrafo único. Nas unidades seccionais, a apuração de irregularidades observará as normas internas acerca da matéria.*

*Art. 16. A sindicância patrimonial constitui procedimento investigativo, de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agente público federal, a partir da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades, e será iniciada mediante determinação do Ministro de Estado do Controle e da Transparência, do Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União, do Corregedor-Geral ou dos Corregedores-Gerais Adjuntos;*

*Art. 18. Para a instrução do procedimento, a comissão efetuará as diligências necessárias à elucidação do fato, ouvirá o sindicado e as eventuais testemunhas, carreará para os autos a prova documental existente e solicitará,*

*se necessário, o afastamento de sigilos e a realização de perícias.*

*§ 1º As consultas, requisições de informações e documentos necessários à instrução da sindicância, quando dirigidas à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, deverão ser feitas por intermédio dos Corregedores-Gerais Adjuntos, observado o dever da comissão de, após a transferência, assegurar a preservação do sigilo fiscal.*

*§ 2º A solicitação de afastamento de sigilo bancário deve ser encaminhada à Advocacia-Geral da União, com as informações e documentos necessários para o exame de seu cabimento.*

*§ 3º A comissão deverá solicitar do sindicato, sempre que possível, a renúncia expressa aos sigilos fiscal e bancário, com a apresentação das informações e documentos necessários para a instrução do procedimento.*

Não obstante estes mandamentos do Decreto nº 5.483, de 30/06/05, e da Portaria CGU nº 335, de 30/05/06, tendo em vista que indícios de variação patrimonial desproporcional ou de depósitos bancários de origem não comprovada configurariam infração grave, passível, em princípio, de pena capital, pode a autoridade com competência correccional dispensar a sindicância patrimonial e de imediato instaurar o PAD, por não ser aquele rito investigativo pré-requisito para este rito contraditório.

*STJ, Mandado de Segurança nº 19.348: “Ementa: 4. A Sindicância Patrimonial, regulamentada pelo Decreto 5.483, de 30 de junho de 2005, constitui procedimento de cunho meramente investigativo, de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar suspeitas e indícios de enriquecimento ilícito por parte de agente público, a partir da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades.*

*4.1. A despeito da importância de que se reveste para a elucidação das eventuais irregularidades, a Administração Pública não está obrigada a adotá-la antes de instaurar o processo disciplinar propriamente dito, de modo que a sua instauração trata-se de faculdade da autoridade administrativamente, ocorrendo apenas naquelas hipóteses em que inexistem elementos suficientes à conclusão da ocorrência de enriquecimento ilícito por parte do agente público, ocasião em que deverá proceder à análise da evolução patrimonial do agente, com vistas a confirmar ou não o teor denunciativo e fundamentar a decisão pelo arquivamento ou pela instauração do contraditório, sendo certo que, havendo fortes indícios de materialidade e autoria, dispensa-se a instauração da Sindicância Patrimonial, podendo a autoridade administrativa determinar a imediata instauração do procedimento administrativo disciplinar.”*

O tema do acompanhamento da evolução patrimonial do quadro de servidores obteve forte recepção e emprego na Secretaria da Receita Federal do Brasil que, além da sindicância patrimonial prevista em norma presidencial, inicialmente, estabeleceu em seu âmbito interno a chamada auditoria patrimonial. Tendo sido revogada a normatização interna deste segundo instituto, atualmente a instituição conta com duas ferramentas específicas de persecução inquisitorial de natureza patrimonial, que são a investigação patrimonial e a sindicância patrimonial, sendo que este último rito tanto pode ser empregado de forma independente e estanque para determinado servidor representado ou denunciado e que não tenha sido detectado pelo procedimento impessoal de acompanhamento global quanto podem os dois procedimentos serem empregados sucessivamente, naquela sequência acima, para um mesmo investigado, conforme a seguir se discorre.

Iniciando o relato pela sindicância patrimonial, embora este rito se reporte à situação específica de um determinado servidor alvo de uma representação ou denúncia ou notícia de qualquer natureza acerca da existência de indícios de enriquecimento ilícito, no âmbito específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil, pode ser mencionada como um exemplo típico de atividade da alçada da Divid, conforme já aduzido em **2.2.2.2.2**.

Internamente, a sindicância patrimonial teve sua primeira regulamentação detalhada na Portaria Coger nº 11, de 21/02/08, que a definia, ao lado da investigação patrimonial, como os

dois procedimentos formais então à disposição do sistema correcional para analisar a evolução patrimonial do quadro de servidores. Esta Portaria Coger, como de outra forma não poderia ser, refletia aquelas duas normas já mencionadas e de *status* superior (o Decreto nº 5.483, de 30/06/05, e a Portaria CGU nº 335, de 30/05/06).

Posteriormente, com a criação da Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda, mencionada em **2.1.5**, veio à tona todo um novo ordenamento específico acerca da sindicância patrimonial no âmbito não só da Pasta como também da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Mencione-se, de imediato, a previsão em norma já mais próxima ao foco de interesse do presente texto, a saber, nos arts. 3º, V e 6º da Portaria MF nº 492, de 23/09/13.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 3º Para os fins desta Portaria, ficam estabelecidos os seguintes procedimentos correcionais no âmbito do Ministério da Fazenda:*

*V - sindicância patrimonial: procedimento investigativo, de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agente público federal, à vista da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades.*

*Art. 6º A sindicância patrimonial será iniciada mediante determinação do Ministro de Estado da Fazenda, do Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda, do Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil ou das demais autoridades instauradoras de processos administrativos disciplinares, conforme previsto nos respectivos regimentos internos.*

E, uma vez que a sindicância patrimonial tem detalhada e pormenorizada previsão normativa no Decreto nº 5.483, de 30/06/05, cabendo pouca possibilidade de portarias internas alterarem seu disciplinamento, é certo que o rito que aquela já mencionada e revogada Portaria Coger nº 11, de 21/02/08, estabelecia foi quase integralmente repetido na nova normatização específica, primeiramente operada pela Portaria Coger-MF nº 25, de 29/10/13, no âmbito do Ministério da Fazenda e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, podendo aqui se ater à reprodução e análise apenas da procedimentalização atual, com o que simultaneamente também se estará atendendo à necessidade de se registrar aquele rito original.

A Portaria Coger-MF nº 25, de 29/10/13, reitera que a sindicância patrimonial é um procedimento formal à disposição das duas respectivas unidades seccionais de correição, meramente investigativo, de caráter sigiloso e não punitivo, e que pode ser instaurado, nas correspondentes jurisdições, pelo Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda ou pelo Corregedor ou ainda pelo Chefe de Escor, para apurar casos específicos de evolução patrimonial supostamente incompatível de determinado servidor, seja por deflagração mediante representação, denúncia ou qualquer outra espécie de notícia, seja deflagrado por iniciativa de ofício daquelas autoridades.

*Portaria Coger-MF nº 25, de 2013 - Art. 1º Constitui procedimento formal à disposição da Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda e da Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil, para a análise da evolução patrimonial dos servidores em exercício no Ministério da Fazenda e na Secretaria da Receita Federal do Brasil, a sindicância patrimonial instituída pelo Decreto nº 5.483, de 2005.*

*Art. 2º A sindicância patrimonial é procedimento investigativo, de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito, que será iniciado mediante determinação do Ministro de Estado da Fazenda ou do Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda, de ofício ou a partir de denúncia, notícia ou representação de irregularidades envolvendo servidores em exercício no Ministério da Fazenda.*

*Parágrafo único. O procedimento de sindicância patrimonial envolvendo servidores em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil será iniciado mediante determinação do Corregedor ou dos Chefes dos Escritórios*

*de Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

*Art. 3º Para a instrução do procedimento, a comissão de sindicância patrimonial poderá:*

*I - efetuar diligências para a elucidação do caso;*

*II - solicitar manifestação oral ou escrita do sindicato e de terceiros;*

*III - carrear para os autos as provas documentais obtidas;*

*IV - solicitar o afastamento de sigilos e a realização de perícias.*

*Parágrafo único. A solicitação de afastamento judicial de sigilos deverá ser dirigida ao órgão competente da Advocacia-Geral da União por intermédio do Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda ou Corregedor ou dos Chefes dos Escritórios de Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme o caso, com as informações e documentos necessários ao exame de seu cabimento.*

*Art. 4º O prazo para conclusão do procedimento de sindicância patrimonial será de trinta dias, contados da data da publicação do ato que constituir a comissão, podendo ser prorrogado, por igual período ou por período inferior, pela autoridade competente pela instauração, desde que justificada a necessidade.*

*Art. 5º Concluídos os trabalhos de sindicância patrimonial, a comissão responsável por sua condução produzirá relatório sobre os fatos apurados, opinando pelo seu arquivamento ou pela instauração de processo administrativo disciplinar.*

*Parágrafo único. Após o recebimento do relatório, a autoridade competente proferirá decisão nos termos do que estabelece a Portaria COGER/MF nº 024/2013 e, se for o caso de instauração de processo administrativo disciplinar para apurar indícios de improbidade administrativa, dará ciência ao Ministério Público Federal para adoção das providências cabíveis, conforme o disposto no art. 15 da Lei nº 8.429, de 1992.*

Deixe-se cristalino que a competência para o Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda ou para o Corregedor da RFB ou para o Chefe de Escor instaurarem de ofício sindicância patrimonial, seja à vista de provocação externa à sua própria cognição (como em virtude do recebimento de qualquer espécie de notícia de enriquecimento ilícito de determinado servidor), seja por iniciativa própria decorrente de percepção ou construção cognitivo-intelectual sua (obviamente, desde que motivada, para que se afastem as hipóteses de pessoalidade ou perseguição), independe e se preserva da eventual evolução com que o ordenamento infralegal passou, passa e passará a dispor sobre o acompanhamento global da evolução patrimonial do quadro, já que esta sindicância específica se rege antes e acima por norma de maior envergadura, qual seja, decreto presidencial.

A sindicância patrimonial é rito válido exclusivamente para investigação de suposto enriquecimento ilícito, não podendo estender seus alcances para investigação de ilícitos de outras naturezas funcionais ou comportamentais (eventual levantamento de indícios de supostas infrações diversas devem ser objeto de representação por parte da comissão de sindicância patrimonial para a autoridade instauradora). Na esteira, a detecção de infrações de natureza meramente fiscal devem ser objeto de representação à autoridade fiscal competente, devendo-se atentar para o fato de que a legislação tributária não tem aplicação soberana no tema em apreço, podendo ser aplicada apenas de forma subsidiária.

Também extrai-se de sua definição normativa que a sindicância patrimonial se justifica para investigar indícios de suposto enriquecimento ilícito individualizado de determinado servidor, cabendo multiplicidade de agentes incluídos no polo passivo apenas nas hipóteses de união conjugal ou de união estável entre dois servidores.

A comissão de sindicância patrimonial pode, dentre outros meios formadores de convicção, efetuar diligências, ouvir o investigado e testemunhas, juntar provas documentais, solicitar perícias. Ademais, conforme já aduzido em **2.1.4**, **4.4.12.2** e **4.4.12.5**, pode acessar e utilizar dados protegidos por sigilo fiscal e diligenciar para obter o afastamento do sigilo

bancário (neste caso, desde que obtido no moldes da legislação de regência, sendo conveniente, primeiramente, solicitar a renúncia do sigilo ao próprio investigado).

Tratando-se de rito investigativo não assegurador do contraditório e a transcorrer preferencialmente sob manto de sigilo, deve a dupla sindicante, por óbvio, reservar a possibilidade de chamamento do investigado a hipóteses residuais e imprescindíveis, bem como deve a autuação de documentos se limitar àquelas peças que de fato se demonstram relevantes para a formação de convicção e se dar apenas ao final do procedimento (ou antes apenas quando a ciência por parte do investigado não possa comprometer a eficácia das investigações).

Embora a normatização até aqui citada mencione que a comissão de sindicância patrimonial dispõe apenas do prazo originário de trinta dias, prorrogável por igual período, é inequívoca a possibilidade, à vista dos princípios da oficialidade, da busca da verdade material, da indisponibilidade do interesse público e do formalismo moderado, de se designarem novas comissões e de se prorrogar seu prazo, analogamente ao que se aduziu em **4.2.8.3** para o processo administrativo disciplinar.

A comissão sindicante deve, ao fim dos trabalhos, apresentar relatório conclusivo e impessoal, para a autoridade instauradora, propondo arquivamento sumário (em caso de inequívoca não confirmação dos indícios iniciais de enriquecimento ilícito) ou, ao contrário, entendendo terem estes indícios se confirmado em instância investigativa, propor a instauração de PAD.

É recomendável que a comissão de sindicância patrimonial, em seu relatório, além de destacar todas as provas documentais que tenham sido valoradas para comprovação das origens dos recursos e em que se baseia sua convicção, também apresente memórias de cálculo ou notas quando houver ajustes dos valores coletados de sistemas informatizados ou obtidos de documentos autuados; elabore demonstrativo de variação patrimonial discriminando origens e aplicações de recursos e a variação patrimonial resultante, após todos ajustes e justificativas aceitas, demonstrando os critérios porventura adotados para cortes de valores e a proporção destes valores em relação ao valor total (não basta laconicamente apenas invocar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para justificar cortes promovidos nos valores); apresente a relação de bens ou direitos e de dívidas detalhada, evidenciando as alterações ocorridas no período sob apreciação. A comissão de sindicância patrimonial pode lançar mão de recursos que facilitam a percepção fática, tais como demonstrativos, gráficos, tabelas, quadros, fluxogramas, grafos de relacionamentos, fotos e outros elementos gráficos, seguindo as regras vigentes de citação e de reprodução (numeração, título, fontes e data de consulta, conforme padrões da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT).

Por óbvio, tratando-se de relatório propositivo, não só a própria literalidade da norma como também a visão sistemática do ordenamento permitem que ambas as propostas da comissão possam ser submetidas a parecer de admissibilidade, a fim de amparar a decisão da autoridade com competência para decidir instaurar ou não o PAD, em que, se for o caso de relevante desproporção patrimonial, possam ser aprofundadas as apurações e que se garantam ampla defesa e contraditório ao investigado.

Por fim, uma vez que a Portaria Coger-MF nº 25, de 29/10/13, concedeu à Coger competência para editar seus próprios atos regulamentadores do rito e das situações de transição ainda em curso, foi editada a Portaria Coger nº 13, de 30/01/14, que revogou expressamente a já mencionada Portaria Coger nº 11, de 21/02/08, e, dedicando-se exclusivamente à sindicância patrimonial (a Portaria Coger revogada, conforme já mencionado, também mencionava o rito da investigação patrimonial), basicamente repetiu os comandos da Portaria Coger-MF nº 25, de 29/10/13. Na verdade, é de se reconhecer que a edição da Portaria Coger nº 13, de 30/01/04, revogando a Portaria Coger nº 11, de 21/02/08, da qual pouco difere, se deu tão somente para adequar a normatização interna ao contexto

jurídico posterior à criação da Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda. Em outras palavras, o conteúdo da Portaria Coger nº 13, de 30/01/14, é praticamente o mesmo do conteúdo da revogada Portaria Coger nº 11, de 21/02/08, no que esta dizia respeito à sindicância patrimonial, de forma que se pode afirmar que a sua procedimentalização não sofreu relevantes alterações com a edição da Portaria Coger-MF nº 25, de 29/10/13, e da Portaria Coger nº 13, de 30/01/14.

*Portaria Coger nº 13, de 2014 - Art. 1º Constitui procedimento formal à disposição da Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil, para a análise da evolução patrimonial dos servidores em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil, a sindicância patrimonial instituída pelo Decreto nº 5.483, de 2005.*

*Art. 2º A sindicância patrimonial é procedimento investigativo, de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito, que será iniciado mediante determinação do Corregedor ou dos Chefes dos Escritórios de Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil, de ofício ou a partir de denúncia, notícia ou representação de irregularidades envolvendo servidores em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

*Art. 3º Para a instrução do procedimento, a comissão de sindicância patrimonial poderá:*

*I - efetuar diligências para a elucidação do caso;*

*II - solicitar manifestação oral ou escrita do sindicado e de terceiros;*

*III - carrear para os autos as provas documentais obtidas;*

*IV - solicitar o afastamento de sigilos e a realização de perícias.*

*Parágrafo único. A solicitação de afastamento judicial de sigilos deverá ser dirigida ao órgão competente da Advocacia-Geral da União por intermédio do Corregedor ou dos Chefes dos Escritórios da Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme o caso, com as informações e documentos necessários ao exame de seu cabimento.*

*Art. 4º O prazo para conclusão do procedimento de sindicância patrimonial será de trinta dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, podendo ser prorrogado, por igual período, pela autoridade instauradora, desde que justificada a necessidade.*

*Art. 5º Concluídos os trabalhos de sindicância patrimonial, a comissão responsável por sua condução produzirá relatório sobre os fatos apurados, opinando pelo seu arquivamento ou pela instauração de processo administrativo disciplinar.*

*Parágrafo único. Após o recebimento do relatório, a autoridade competente proferirá decisão nos termos do que estabelece a Portaria Coger/MF nº 24, de 29 outubro de 2013, e, se for o caso de instauração de processo administrativo disciplinar para apurar indícios de improbidade administrativa, dará ciência ao Ministério Público Federal e ao Tribunal de Contas da União para adoção das providências cabíveis, conforme o disposto no art. 15 da Lei nº 8.429, de 1992.*

Fechada a descrição normativa da sindicância patrimonial, passe-se a discorrer sobre a segunda ferramenta a dispor da Administração para avaliar a evolução patrimonial de seus agentes. Mas esta primeira apresentação não significa que o instituto da sindicância patrimonial é de ser visto de forma estanque, isolada e incomunicável do instrumento de acompanhamento global de evolução patrimonial. Ao contrário, antecipa-se que, ao final desta próxima abordagem, se fará necessário retornar ao instituto da sindicância patrimonial, conforme se verá adiante.

Avançando então na normatização interna acerca do controle da evolução patrimonial dos servidores, tendo em vista as peculiaridades de acesso à base de dados fiscais e de ferramentas de trabalho disponíveis para o sistema correcional na Secretaria da Receita Federal do Brasil, convém apresentar um breve histórico de como este tema evoluiu no órgão, indo além dos ditames do Decreto nº 5.483, de 30/06/05 (estabelecedor da sindicância

patrimonial), em postura proativa, partindo da primeira iniciativa, por meio do que se intitulou auditoria patrimonial, até o atual instrumento, a que se dá o nome de investigação patrimonial.

Antes da apresentação deste relato histórico, que se firme que o fato de o Decreto nº 5.483, de 30/06/05 - como uma norma inaugural e inovadora naquele contexto da época ainda incipiente nas iniciativas oficiais de promover o acompanhamento da evolução patrimonial de servidores -, apenas mencionar, em seus arts. 7º e 8º, que a CGU pode analisar a evolução patrimonial de agente público e que, em caso de indícios de incompatibilidade, deve instaurar sindicância patrimonial ou determinar sua instauração no órgão de origem não é de ser tomado sob leitura restritiva. Nem mesmo naquele momento e muito menos nos dias atuais jamais se cogitou de os citados comandos do Decreto significarem que a única ferramenta à disposição da Administração para proceder à análise patrimonial de seus agentes era ou é a sindicância patrimonial decorrente da atuação direta ou da provocação da CGU.

O mencionado Decreto jamais impôs o entendimento de que a sindicância patrimonial seria, de forma excludente e exclusiva, o único rito juridicamente válido no ordenamento pátrio para o acompanhamento investigativo da evolução patrimonial dos agentes públicos e muito menos jamais condicionou que sua instauração sempre deveria ocorrer no âmbito da CGU ou deveria ser por ela demandada aos demais órgãos.

Em conformidade com os comandos legais trazidos ao ordenamento jurídico desde a edição da Lei nº 8.429, de 02/06/92, em seu art. 13, e da Lei nº 8.730, de 10/11/93, em seu art. 1º, e com a rica base principiológica informadora da instância administrativa disciplinar, prevalece o entendimento de que o Decreto nº 5.483, de 30/06/05, ao prever a sindicância patrimonial a cargo direta ou indiretamente da CGU, tão somente especificou uma forma possível, como se aqui se pudesse cogitar de um dispositivo exemplificativo e não exaustivo, de a Administração atuar em atenção à probidade administrativa em face dos agentes públicos atuantes nos inúmeros e inespecíficos órgãos federais.

Diante da expressa relevância dada no atual texto constitucional ao princípio da moralidade administrativa, que deve se refletir na conduta proba dos agentes públicos - inclusive em seus desdobramentos patrimoniais -, consagrada em seguida, no patamar legislativo ordinário, nas duas mencionadas Leis de nítida intenção controladora das incompatibilidades patrimoniais, divorcia-se do bom senso pragmático e da razoabilidade como princípio jurídico cogitar de que unidades seccionais de correição, como, por exemplo, a Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda e o sistema correcional integrante da Secretaria da Receita Federal do Brasil ou mesmo unidades seccionais de correição em quaisquer outros órgãos federais não teriam competência, por suposta ausência de específica previsão legal, para adotar suas próprias instrumentalizações a favor daqueles pilares do ordenamento pátrio e para fazê-lo em atenção às suas peculiaridades e prerrogativas internas.

Ora, sendo expresso no texto dos arts. 13 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, e no art. 1º da Lei nº 8.730, de 10/11/93, que a evolução patrimonial dos agentes públicos deve ser objeto de inequívoco acompanhamento oficial e, no foco aqui de específico interesse, dispondo a Secretaria da Receita Federal do Brasil, em razão de seu múnus, da base de dados fiscais propiciadora de tal monitoramento e, ainda, sendo o sistema correcional parte integrante do próprio órgão (conforme já exposto em **4.4.12.3**), não haveria que se exigir a formalidade de o órgão detentor da especialização técnica sobre o assunto e das informações necessárias as repassasse para a CGU, a fim de que esta procedesse às investigações acerca dos integrantes do próprio quadro do Fisco ou que esta determinasse a realização dos trabalhos, seja sob rito de sindicância patrimonial, seja sob qualquer outra instrumentalização.

Assim, sempre coube e continua cabendo ao sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (bem como também passou a caber à Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda), de forma autônoma em relação à CGU, não só proceder às sindicâncias patrimoniais que entenda pertinentes em relação a determinados servidores como também introduzir, adotar e regulamentar em seu ordenamento interno outras ferramentas de

atenção ao que se impõe no art. 13 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, no art. 1º da Lei nº 8.730, de 10/11/93, e ainda em termos mais genéricos, no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, podendo, em seu caso específico, à vista da moralidade administrativa, da eficiência, da razoabilidade e da oficialidade que devem nortear a atuação pública (e não somente a estrita literalidade legal), utilizar de todo o ferramental e capacitação técnica de que já dispõe em razão de seu múnus.

Não se pode confundir a evolução trazida ao ordenamento pelos arts. 7º e 8º do Decreto nº 5.483, de 30/06/05 - qual seja, de propiciar uma forma de agentes lotados em órgão público qualquer, não detentor da base de dados acobertada pela garantia constitucional do sigilo fiscal, poderem ser objeto da ação estatal iluminada pelo princípio constitucional da moralidade administrativa, capitaneada pela atuação do órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal - com um suposto engessamento da atividade de controle de evolução patrimonial, que seria totalmente contrário à base principiológica e até mesmo às normas positivadas de caráter mais geral, caso se quisesse cogitar de que toda atuação neste rumo dependesse sempre da atuação da CGU.

Da mesma forma como não se discute que é legal e lícito que a Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda e a Secretaria da Receita Federal do Brasil e seu sistema correcional normatizem e regulamentem internamente, à vista das peculiaridades institucionais, diversos outros comandos gerais encartados nos enquadramentos disciplinares generalistas da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (como é o caso do acesso imotivado, do trato do sigilo fiscal, da definição de conflito de interesses e das atividades incompatíveis, apenas para citar alguns exemplos), também não se vislumbra nenhuma ilegalidade no fato de os órgãos, em atenção aos princípios basilares e norteadores do tema e em acréscimo aos dispositivos de maior hierarquia normativa, tenham operado, operem e ainda venham a operar um disciplinamento interno para a questão relevante e de extremado interesse público-social, como é o acompanhamento dos sinais de suposta incompatibilidade patrimonial de seu corpo funcional.

Enfim, à vista do mandamento constitucional privilegiador da tutela moral, do dispositivo genérico encartado no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e dos dispositivos específicos estabelecidos no art. 13 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, e do art. 1º da Lei 8.730, de 10/11/93, não cabe aduzir suposta ausência de base legal para que o sistema correcional detentor da especialização e do conhecimento técnico e da própria base de dados indispensável às investigações de natureza patrimonial regulamente suas instrumentalizações internas e as realize diretamente, de forma autônoma em relação às inequívocas competências da CGU. Neste rumo, não há que se cogitar de que a normatização interna e específica da Secretaria da Receita Federal do Brasil e de seu sistema correcional teria transbordado limites supostamente impostos pelo Decreto nº 5.483, de 30/06/06. Melhor sorte não mereceria a alegação de suposta quebra da impessoalidade (ou, em seu sentido mais estrito, da isonomia) a desfavor dos servidores do Fisco em comparação ao quadro funcional dos demais órgãos federais, visto que este princípio - também de esfera constitucional - tanto se revela no tratamento igual àqueles sob idênticas condições quanto no tratamento diferenciado àqueles que se encontram em condições desiguais. Daí, resta absolutamente consentâneo não só com o ordenamento positivado mas também com a base principiológica que os servidores lotados no órgão detentor da base de dados fiscais possam ter o acompanhamento de sua evolução patrimonial normatizada internamente e realizada no âmbito deste próprio órgão especializado no tema técnico - destacadamente quando se o faz de forma generalizada para todo o corpo de servidores, mediante parâmetros técnicos, objetivos e impessoais, como foi o caso da auditoria patrimonial e como é o caso da atual investigação patrimonial, conforme as normas internas que a seguir se descreverão.

Pacificando de vez qualquer alegação que porventura pudesse pairar a respeito de tal competência sistêmica, mencione a norma - mais que autorizadora, impositivas mesmo - de lavra ministerial, a saber, a Portaria MF nº 492, de 23/09/13, que estabelece, em seu art. 8º, que tanto a Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda quanto a Coger, em suas respectivas

alçadas, devem proceder ao periódico sistemático acompanhamento da evolução patrimonial de seus servidores jurisdicionados.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 8º A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda e a Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil efetuarão periódico e sistemático acompanhamento e investigação da evolução patrimonial dos servidores em exercício no âmbito deste Ministério, na forma do art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.*

Fechado este parêntese afirmativo da competência e da legalidade para a instrumentalização em tela, voltando-se ao relato histórico, pode-se dizer que o tema ganhou definitiva relevância interna com a edição da Portaria SRF nº 73, de 10/01/06, que foi regulamentada pela Portaria Coger/Cofis nº 1, de 10/03/06, estabelecendo o procedimento à época intitulado auditoria patrimonial. Estas duas normas definiam a auditoria patrimonial como um rito de natureza meramente investigativa, realizado sistemática e periodicamente nas declarações de rendimentos e demais informações fiscais disponíveis do quadro funcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil, de acordo com critérios gerais e objetivos e com parâmetros técnicos e impessoais, que eram internamente definidos pela Coger e pela Cofis. A seleção dos servidores a serem investigados, com base naqueles parâmetros, concentrava-se na Coger e a designação de equipe para realizar a auditoria patrimonial incumbia à autoridade competente para instauração do eventual PAD (conforme já aduzido em **4.2.1**, dependendo do investigado, a competência para decisão do juízo de admissibilidade recaía, como regra, sobre o Chefe do Escor da respectiva jurisdição da unidade de lotação - ou de exercício, se diferente - do servidor ou, excepcionalmente, sobre o Corregedor).

Quando o resultado da análise da equipe de auditoria patrimonial instaurada contra determinado servidor (em razão de os critérios e os parâmetros terem indicado indícios de enriquecimento ilícito) apontava apenas infrações fiscais, devia se representar o investigado, por intermédio da autoridade instauradora, à unidade de sua jurisdição fiscal, identificando o servidor e descrevendo a suposta materialidade e os elementos que a indicam. Por outro lado, se o resultado da análise da equipe de auditoria patrimonial apontava indícios de incompatibilidade patrimonial, cabia ao Corregedor (seja por ter recebido relatório encaminhado pelo Chefe de Escor, seja por iniciativa própria, dependendo da competência instauradora descrita no parágrafo acima) requisitar, respectivamente, à SRRF do domicílio fiscal do servidor ou à Cofis, a instauração de procedimento fiscal, a fim de que a unidade fiscal confirmasse ou não a desproporção do patrimônio com a renda ou a existência de sinais exteriores de riqueza ou a movimentação financeira incompatível.

Se a unidade fiscal competente decidisse por não instaurar o procedimento fiscal, tal fato devia ser comunicado em noventa dias à Coger ou ao Escor - mas isto não prejudicava a competência para instauração da sindicância patrimonial de que trata o Decreto nº 5.483, de 30/06/05, podendo, por este segundo caminho, o aspecto correcional merecer definitivo arquivamento ou redundar em instauração de processo disciplinar.

Por outro lado, uma vez instaurado o procedimento fiscal, ambos os resultados possíveis (auto de infração ou relatório propondo encerramento sem resultado) deviam ser comunicados à Coger. Por fim, se o procedimento fiscal confirmasse os indícios de infração disciplinar, o Corregedor determinava a realização de juízo de admissibilidade (em geral, a cargo do Escor ou, excepcionalmente, na própria Coger), como elemento cognitivo da decisão de instaurar ou não o PAD, para análise da relevância da desproporção patrimonial, podendo, no conceito de fase de admissibilidade, se incluir, como uma das ferramentas possíveis, a realização de sindicância patrimonial

Quase dois anos depois, a normatização interna sobre o tema sofreu alteração com a edição da Portaria RFB nº 11.311, de 27/11/07, que expressamente revogou a Portaria SRF nº 73, de 10/01/06, extinguindo a auditoria patrimonial e estabelecendo em seu lugar a procedimentalização que passou a ser chamada de investigação patrimonial. Este novo

procedimento, embora de natureza similar à extinta auditoria patrimonial, apresentou algumas diferenças de rito, promovendo ajustes e evolução na metodologia (de mais relevante, destaque-se que, melhor atendendo ao princípio da autonomia das instâncias disciplinar e fiscal, deixou de prever o trabalho conjunto com a Cofis na definição dos parâmetros e o envio do resultado dos primeiros trabalhos investigativos à SRRF ou à Cofis).

A investigação patrimonial, até este ponto de forma totalmente similar não só à sindicância patrimonial mas também à auditoria patrimonial, igualmente é um rito de natureza meramente investigativa e é mais um exemplo de atividade típica da Divid, conforme já aduzido em **2.2.2.2.2**. Ademais, a investigação patrimonial era definida, pela revogada e já mencionada Portaria Coger nº 11, de 21/02/08, ao lado da sindicância patrimonial, como os dois procedimentos formais então à disposição do sistema correccional para analisar a evolução patrimonial do quadro de servidores.

O rito investigativo foi originalmente traçado em linhas gerais na Portaria RFB nº 11.311, de 27/11/07, e inicialmente regulamentado pela Portaria Coger nº 124, de 29/11/07, revogada pela Portaria Coger nº 52, de 19/08/10, que implantou algumas mudanças procedimentais. Informalmente, estes dois contextos jurídicos diferentes da investigação patrimonial passaram a ser conhecidos como “1º ciclo” e “2º ciclo”. Em conjunto, estas normas definiram a investigação patrimonial como um procedimento não contraditório a ser aplicado de forma periódica e sistemática, indistintamente, em todos os servidores da Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base em critérios gerais e objetivos e em parâmetros técnicos e impessoais definidos pelo Corregedor e empregados primeiramente com o fim de identificar indícios de enriquecimento ilícito à vista da evolução patrimonial de todo o quadro funcional e, posteriormente, nos casos em que se justificasse, para a investigação propriamente dita individualizada sobre os servidores selecionados.

Importante destacar que a investigação patrimonial, nestes seus dois primeiros ciclos, abarcava em um único procedimento e, por conseguinte, sob aquela única denominação, tanto o trabalho geral e impessoal de submeter todo o quadro funcional de servidores aos critérios e parâmetros reveladores de suposto enriquecimento ilícito quanto o trabalho posterior de individualmente aprofundar a investigação especificamente sobre os servidores selecionados.

Da mesma forma que na auditoria patrimonial, enquanto a seleção dos servidores a serem investigados, com base naqueles critérios e parâmetros, concentrou-se na Coger, a designação de equipe de servidores para realizar a investigação patrimonial sobre os servidores selecionados inicialmente (à época da implantação deste instituto e nos termos da revogada Portaria Coger nº 124, de 29/11/07, no 1º ciclo) incumbia à autoridade que era competente para instauração do possível PAD (ou seja, como já mencionado acima, o respectivo Chefe de Escor ou o Corregedor, dependendo do investigado). Posteriormente, com a edição da Portaria Coger nº 52, de 19/08/10, no 2º ciclo, passou a ser incumbência do Corregedor designar Equipe Nacional de Investigação Patrimonial, formada por servidores indicados pelos Chefes de Escor, para auxiliar na seleção e para executar, em duplas e sob coordenação da Divid, as investigações individualizadas sobre os servidores selecionados. Pode-se dizer que este segundo molde de regramento da investigação patrimonial, com a Equipe Nacional de Investigação Patrimonial, em comparação com a normatização original em sua implantação, centralizou as decisões iniciais e operou a evolução de buscar padronização dos trabalhos, diminuindo as diferenciações regionais, já que deixaram de importar as Regiões Fiscais de lotação tanto da dupla de integrantes quanto do investigado

E também de forma similar à sindicância patrimonial, conforme já aduzido em **2.1.4**, **4.4.12.2** e **4.4.12.5**, no curso das diferentes instrumentalidades para o acompanhamento da evolução patrimonial do quadro funcional, sempre foi e é possível, dentre outros meios formadores de convicção, efetuar diligências, ouvir o investigado e testemunhas, juntar provas documentais, solicitar perícias, acessar e utilizar dados protegidos por sigilo fiscal e diligenciar para obter o afastamento do sigilo bancário (neste caso, desde que obtido no

moldes da legislação de regência, sendo conveniente, primeiramente, solicitar a renúncia do sigilo ao próprio investigado).

Tratando-se de rito investigativo não assegurador do contraditório e a transcorrer preferencialmente sob manto de sigilo, as antigas equipes regionais e os integrantes daquela Equipe Nacional, por óbvio, deviam reservar a possibilidade de chamamento do investigado a hipóteses residuais e imprescindíveis, bem como devia a autuação de documentos se limitar àquelas peças que de fato se demonstravam relevantes para a formação de convicção e se dar apenas ao final do procedimento (ou antes apenas quando a ciência por parte do investigado não pudesse comprometer a eficácia das investigações).

Tanto as antigas equipes de investigação patrimonial quanto os integrantes da Equipe Nacional de Investigação Patrimonial designados para a investigação patrimonial de determinado servidor dispunham do prazo originário de sessenta dias, prorrogável por igual período, com possibilidade, à vista dos princípios da oficialidade, da busca da verdade material, da indisponibilidade do interesse público e do formalismo moderado, de se designarem novas equipes e de se prorrogar seu prazo, analogamente ao que se aduziu em **4.2.8.3**.

Também aplicou-se para ambos os ciclos da investigação patrimonial a recomendação de que os procedimentos fossem individualizados para determinado servidor, cogitando-se da possibilidade de mais de um investigado apenas nas hipóteses de união conjugal ou de união estável por dois servidores.

À época da normatização original da investigação patrimonial, no 1º ciclo, ao final do trabalho investigativo individualizado sobre determinado servidor, a equipe deveria encaminhar o resultado da investigação à autoridade instauradora (ou seja, o respectivo Chefe de Escor ou o Corregedor, dependendo do investigado) por meio de informação disciplinar. Esta peça, *a priori*, deveria conter elementos suficientes para subsidiar o juízo de admissibilidade, com os dois desdobramentos óbvios em que poderia propor o arquivamento sumário do feito, em caso de inequívoca não confirmação dos indícios iniciais de enriquecimento ilícito, a instauração de PAD, diante de configuração de relevante desproporção patrimonial, a fim de que se pudessem ser aprofundadas as apurações e que se garantissem ampla defesa e contraditório ao investigado. Mas poderia haver ainda uma terceira hipótese intermediária, caso o resultado da investigação patrimonial não apresentasse elementos suficientes para concluir nem pela comprovação e nem tampouco pela inexistência dos indícios de enriquecimento ilícito, na qual a peça proporia a extensão da subfase investigativa, empregando-se as ferramentas próprias da fase de admissibilidade (em que se incluía a possibilidade de realização de sindicância patrimonial), manejadas pelos próprios condutores do procedimento original ou por outros, para, enfim, levantar elementos formadores da convicção a favor do arquivamento ou da instauração do rito disciplinar.

No ordenamento vigente a partir do 2º ciclo, a sistemática praticamente se manteve, apenas se harmonizando com a centralização então operada, que fazia com que os integrantes da Equipe Nacional de Investigação Patrimonial encaminhassem o resultado da investigação individualizada sobre determinado servidor ao Corregedor, que repassava, em geral, ao respectivo Chefe de Escor da jurisdição ou, excepcionalmente, para a Diaco, caso a decisão do juízo de admissibilidade recaísse nas suas hipóteses residuais de competência.

Sempre se mantiveram perfeitamente válidas aqui, para o conteúdo da informação disciplinar exarada ao final dos trabalhos da investigação patrimonial, as mesmas recomendações acerca de conteúdo do relatório da comissão de sindicância patrimonial, expostas linhas acima.

Em qualquer dos ciclos da investigação patrimonial, se os trabalhos apontassem apenas infrações fiscais, tal fato deveria ser comunicado ao Chefe do Escor (ou ao Corregedor), identificando o servidor e descrevendo a suposta materialidade e os elementos

que a indicam, cabendo à autoridade correcional encaminhar o material ao titular da unidade de jurisdição fiscal do investigado, por intermédio do respectivo Superintendente da Receita Federal do Brasil.

Como se percebe da descrição até então formulada, a investigação patrimonial, em seus 1º e 2º ciclos, ainda ao tempo em que era um instrumento específico e exclusivo do sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil, guardava pontos comuns com a sindicância patrimonial definida para toda Administração Pública federal pelo Decreto nº 5.483, de 30/06/05, sobretudo em termos de natureza investigativa e sigilosa do rito e em termos de poderes de instrução processual para investigação exclusivamente de indícios de suposto enriquecimento ilícito. Mas, além dos diferentes prazos, estes dois procedimentos diferiam diametralmente na forma de origem: enquanto a investigação patrimonial decorria de atuação sistemática e periódica sobre todo o quadro funcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil, mediante critérios gerais e objetivos e parâmetros técnicos e impessoais, e em sequência englobava o trabalho investigativo individualizado sobre os servidores selecionados a sindicância patrimonial decorria de representação, denúncia ou notícia especificamente acerca de suposta evolução patrimonial incompatível de determinado servidor. Assim, até o modelo empregado no 2º ciclo da investigação patrimonial, se poderia compreender que a investigação patrimonial e a sindicância patrimonial eram dois instrumentos estanques de que dispunha o sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil, apenas de forma mutuamente complementar, sem relação de consecução, para apreciação de evolução patrimonial de seus servidores.

Posteriormente, com a criação da Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda, mencionada em **2.1.5**, e com a edição da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, cujo art. 23 determinou a revogação de normas internas da Secretaria da Receita Federal do Brasil que versavam sobre matéria correcional, com a consequente supressão da competência normativa do Secretário da Receita Federal do Brasil sobre o tema, conforme exposto em **2.2.2.1**, veio à tona todo um novo ordenamento acerca do controle da evolução patrimonial dos servidores não só da Pasta como do órgão específico, sendo que, no âmbito da Coger, ainda tramitavam procedimentos do 2º ciclo da investigação patrimonial, regulamentados à época pela Portaria Coger nº 52, de 19/08/10.

Primeiramente, à luz do já mencionado art. 8º da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, que prevê a competência para que a Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda e a Coger promovam periódico e sistemático acompanhamento e investigação da evolução patrimonial dos respectivos quadros, com o fim de regulamentá-lo, foi emitida Portaria Coger-MF nº 26, de 30/10/13. A mencionada Portaria Coger-MF basicamente reproduziu comandos de normas infralegais anteriores, ratificando o caráter investigativo e sigiloso do rito e sua condução baseada em critérios gerais, objetivos, técnicos e impessoais. De relevante para o presente, a norma infralegal acima concedeu à Coger competência para editar seus próprios atos regulamentadores do rito e das situações de transição ainda em curso.

*Portaria Coger-MF nº 26, de 2013 - Art. 1º A Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda e a Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil efetuarão periódico e sistemático acompanhamento da evolução patrimonial dos servidores do Ministério da Fazenda e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, a fim de verificar indícios de enriquecimento ilícito.*

*Parágrafo único. A análise da evolução patrimonial, de caráter investigativo e sigiloso, será realizada com base em critérios gerais e objetivos e em parâmetros técnicos e impessoais definidos pelo Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda e pelo Corregedor da Secretaria da Receita Federal do Brasil, a serem aplicados aos servidores do Ministério da Fazenda e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, respectivamente.*

*Art. 2º Constatados indícios de enriquecimento ilícito de servidores do Ministério da Fazenda e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, a partir do procedimento referido no art. 1º, o Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda*

*ou o Corregedor ou o Chefe de Escritório da Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil, no âmbito de suas respectivas competências, proferirá decisão nos termos do que estabelece a Portaria COGER/MF nº 024/2013.*

*Art. 3º A Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil no âmbito de sua competência, poderá editar atos normativos necessários ao cumprimento do disposto nesta Portaria, bem como dispor sobre as situações de transição decorrentes da revogação de atos normativos que tratam da matéria.*

Na sequência, com a revogação tácita da Portaria RFB nº 11.311, de 27/11/07 (que instituiu a investigação patrimonial), após a edição da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, à vista da competência normativa interna acima mencionada, a Coger editou a Portaria Coger nº 3, de 16/01/14, que passou a disciplinar a forma de conclusão dos procedimentos de investigação patrimonial que se encontravam em andamento na Secretaria da Receita Federal do Brasil à data da publicação desta Portaria Coger. Na prática, a Portaria Coger nº 3, de 16/01/14, não operou grande inovação em relação à procedimentalização anterior, reportando que a equipe Nacional de Investigação Patrimonial tinha seus trabalhos coordenados pela Divid e tem seus integrantes designados pelo Chefe desta Divisão. Em termos de rito destas situações transientes do 2º ciclo, a Portaria Coger nº 3, de 16/01/14, manteve a mesma procedimentalização que vinha vigendo desde a edição da Portaria Coger nº 52, de 19/08/10, já reproduzida acima.

As Portarias Coger nº 52, de 19/08/10, e nº 3, de 16/01/14, foram revogadas pela Portaria Coger nº 62, de 10/10/14. Na prática, novamente, tratou-se de mais uma norma de regra transiente, disciplinando andamento do 2º ciclo das investigações patrimoniais ainda não concluídas à data de edição desta Portaria Coger. Esta norma dissolveu a Equipe Nacional de Investigação Patrimonial, descentralizando as análises, ao remetê-las para o Escor competente para a sede admissibilidade.

Ao fim dos trabalhos investigativos encartados no 2º ciclo da investigação patrimonial, foi editada a Portaria Coger nº 32, de 26/04/16, estabelecendo uma nova instrumentalidade do procedimento de periódico e sistemático acompanhamento da evolução patrimonial do quadro de servidores com o fim de verificar indícios de enriquecimento ilícito. Regulamentando a previsão disposta no art. 1º da Portaria Coger-MF nº 26, de 30/10/13, de que cabe ao sistema correcional proceder ao mencionado acompanhamento da evolução patrimonial, a Portaria Coger nº 32, de 26/04/16, inovou na instrumentalidade ao dispor que, após a submissão de todo o quadro funcional ao conjunto de critérios gerais e objetivos e de parâmetros técnicos e impessoais fixados pelo Corregedor, cabe à Divid selecionar os servidores com indícios de enriquecimento ilícito e que serão submetidos à individual sindicância patrimonial, instaurada por aquela autoridade máxima do sistema. Informalmente, esta nova procedimentalização passou a ser chamada de 3º ciclo da investigação patrimonial.

*Portaria Coger nº 32, de 2016 - Art. 1º A Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil efetuará periódico e sistemático acompanhamento da evolução patrimonial dos servidores em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), a fim de verificar indícios de enriquecimento ilícito.*

*Art. 2º O acompanhamento da evolução patrimonial, de caráter investigativo e sigiloso, será realizado com base em critérios gerais e objetivos e em parâmetros técnicos e impessoais, fixados pelo Corregedor da RFB, a serem aplicados aos servidores da RFB.*

*Parágrafo único. A Divisão de Investigação Disciplinar será responsável pela seleção e indicará, em termo individualizado, os servidores que apresentarem indícios de enriquecimento ilícito.*

*Art. 3º Os servidores referidos no parágrafo único do artigo anterior serão objeto da sindicância patrimonial prevista na Portaria Coger nº 013, de 30 de janeiro de 2014, a ser instaurada pelo Corregedor da RFB.*

Compreenda-se, portanto, que o ordenamento atual limita o conceito de investigação

patrimonial ao procedimento de aplicação dos critérios e parâmetros sobre o quadro de servidores, à primeira e imediata triagem a cargo da Divid para afastar da incidência investigativa aqueles servidores flagrados com meras inconsistências de natureza fiscal e à consequente seleção dos servidores com indícios de enriquecimento ilícito, objeto de informação disciplinar individualizada para o Corregedor, propondo exclusivamente para estes agentes o prosseguimento dos trabalhos. O procedimento individualizado e, por conseguinte, mais detalhado e aprofundado sobre as condições patrimoniais de cada servidor será encartado em rito de sindicância patrimonial subsequente, um para cada agente selecionado. Desta feita, no escopo jurídico e procedimental estabelecido pela Portaria Coger nº 32, de 26/04/16, é correto afirmar que a investigação patrimonial, voltada de forma genérica e impessoal a todo quadro, redundando na instauração de algumas sindicâncias patrimoniais consecutivas, apenas para os servidores selecionados com indícios de enriquecimento ilícito.

Pode-se dizer, então, que, a partir do 3º ciclo, a investigação patrimonial promoveu a sindicância patrimonial a uma dupla possibilidade de emprego. Enquanto antes eram dois instrumentos que poderiam ser utilizados de forma simultânea e estanque para diferentes investigados, passaram a também poderem ser empregados em consecução, sendo a sindicância patrimonial o aprofundamento individualizado da investigação após o procedimento genérico e impessoal voltado a todo quadro de servidores.

São perfeitamente válidas na instrumentalidade operada no curso do 3º ciclo da investigação patrimonial todas as assertivas já apresentadas para os dois ciclos anteriores do procedimento de acompanhamento da evolução patrimonial de todo quadro de servidores, quais sejam: é possível se realizar extensa gama de atos de instrução probatória, deve-se reservar o eventual chamamento do investigado aos autos para hipóteses residuais e imprescindíveis, bem como deve-se reservar a decisão acerca de que elementos justificam ser juntados aos autos para o final do procedimento e, por fim a possibilidade de existência de mais de um investigado se restringe às hipóteses de união conjugal ou união estável e o tratamento a ser dado caso os trabalhos apontem meras infrações fiscais..

Ressalte-se também que a normatização introduzida pela Portaria Coger nº 32, de 26/04/16, no sentido de que, na circunscrição da decorrência do procedimento geral e impessoal da investigação patrimonial, incumbe ao Corregedor instaurar as sindicâncias patrimoniais propostas pela Divid em face dos servidores selecionados com indícios de enriquecimento ilícito, não tem o condão de suprimir a competência desde sempre concorrente dos Chefes de Escor para também instaurarem sindicâncias patrimoniais outras, em relação a outros servidores que porventura venham ser objeto de denúncia, representação ou qualquer notícia pontual e individualizada de suposto enriquecimento ilícito ou ainda por iniciativa de ofício. E de outra forma não poderia ser, pois o parágrafo único do art. 2º da Portaria Coger-MF nº 25, de 2013, e o art. 2º da Portaria Coger nº 13, de 2014, estabelecem a competência concorrente, no âmbito de suas alçadas na RFB, para o Corregedor e para os Chefes de Escor instaurarem sindicância patrimonial de ofício ou diante de espécie de notícia de suposto enriquecimento ilícito.

Acrescente-se ainda que, na procedimentalização consecutiva do 3º ciclo da investigação patrimonial, após o procedimento genérico e impessoal, as comissões de sindicância patrimonial designadas pelo Corregedor apresentarão relatório propositivo do arquivamento, caso não se tenham confirmados os indícios de enriquecimento ilícito, ou relatório propositivo de instauração de PAD, caso aqueles indícios tenham sido confirmados. Não se perca de vista a regra geral de que o juízo de admissibilidade, como ato cognitivo da autoridade competente para instaurar a instância disciplinar ou para arquivar o feito, recai, em regra sobre o Chefe do Escor da jurisdição do servidor a figurar como acusado. Assim, na fragmentação e na especialização das tarefas propostas, pode este Chefe de Escor se valer de parecer emitido no âmbito de sua unidade e pode até - embora pouco comum - discordar da proposta oriunda do trabalho investigativo promovido no âmbito da Divid e encaminhado

pelo Corregedor, para, no exercício da sua autonomia e da sua livre convicção, à vista da sua exclusiva visão gerencial e dos seus parâmetros de ação, discordar da proposta e decidir pelo arquivamento.

Por fim, antecipe-se que não cabe eventual alegação de servidor investigado em sua evolução patrimonial em anos-calendários anteriores à edição do respectivo ordenamento infralegal ou interno de regência da procedimentalização - por exemplo, por servidor que tem sua evolução patrimonial de ano anterior a 2005 investigada sob molde de sindicância patrimonial, definida pelo Decreto nº 5.483, de 30/06/05, ou de ano anterior a 2016, investigada sob molde de investigação patrimonial, definida pela Portaria Coger nº 32, de 26/04/16.

Não há de se ter dúvida que, sob ótica do Direito material, já vige no ordenamento pátrio a imposição para que a Administração acompanhe a evolução patrimonial de seus servidores desde, no mínimo, a edição da Lei nº 8.429, de 02/06/92. A rigor, no mínimo, desde esta época, compete à Administração verificar e processar eventuais desproporções patrimoniais. Aqueles normativos mencionados, bem como quaisquer outras normas infralegais que já tenham vigido ou que ainda venham a vigor, tão somente traçam o rito instrumental de como o dispositivo da Lei material deve ser procedimentalizado. Por óbvio, a procedimentalização somente pode ser feita, de acordo com o rito estabelecido, a partir da vigência da edição da norma que a instituiu; mas isto em nada se confunde com o espectro material sobre o qual pode se projetar, preteritamente no tempo, aquela forma de se procedimentalizar as investigações.

Em outras palavras, há inequívoco amparo legal (materialmente, no art. 13 da Lei nº 8.429, de 02/06/92) para que, após o ano de 2005, por meio de uma sindicância patrimonial, se avalie a evolução patrimonial de um servidor em anos anteriores ou posteriores àquele de edição do Decreto nº 5.483, de 30/06/05; analogamente, o mesmo se aplica para que, após o ano de 2016, por meio de uma investigação patrimonial, se avalie a evolução patrimonial de servidor em anos anteriores ou posteriores àquele da edição da Portaria Coger nº 32, de 26/04/16.

#### ***4.7.4.4.5 - Atividades de Consultoria ou de Assessoria Privada***

A exemplo da espécie de improbidade administrativa que gera enriquecimento ilícito em decorrência de evolução patrimonial desproporcional à renda, um outro tema que também se faz relevante, porque se insere no conceito em gênero de ato ímprobo, e que justifica exposição detalhada é a atividade de consultoria ou de assessoria privada, realizada em razão das específicas atribuições legais do cargo ou da mera condição de servidor.

É necessário, de antemão, se demarcar que a atividade de consultoria ou de assessoria em si não é ilícita; ao contrário, trata-se de atividade econômica regular, quando desempenhada nos limites da livre iniciativa privada. Esta atividade assume contornos infracionais - e será apenas esta sua específica configuração que aqui se abordará - quando é exercida por agente público em área de conhecimento ou de atuação pelo menos indiretamente relacionada com as atribuições legais do cargo que ocupa ou com sua condição de servidor, conferindo a tal prática a mácula de incompatibilidade com o interesse público. Em outras palavras, a prática da consultoria ou da assessoria privada pode ser compreendida como uma espécie qualificada das atividades incompatíveis com a função pública e que, diante do elevado grau de deslealdade institucional, mereceu do legislador o tratamento diferenciado e mais gravoso como espécie de improbidade administrativa.

A síntese da atividade infracional em comento reside no caráter fortemente desleal da prática em relação à Administração, já que, em sentido oposto, a conduta funcional pautada em não afrontar os interesses do órgão a que serve e ao qual é vinculado o servidor harmoniza-se com a boa-fé que se espera reger toda espécie de relação jurídica

Assim, neste escopo específico, a atividade de consultoria ou de assessoria privada pode ser compreendida como toda conduta por meio da qual o servidor presta, ao particular, serviços com qualquer grau de associação (ainda que indireta) com as tutelas e com os controles de ordem pública exercidos pelo órgão a que serve ou por qualquer outro órgão da Administração ou ainda simplesmente estimula que o particular adote posicionamentos ou pratique atos que conflituam com o entendimento jurídico institucionalmente adotado. E em qualquer caso, a arregimentação do servidor se dá seja por intermédio da capacitação e dos conhecimentos técnicos que se presumem ou que efetivamente se detectam auferidos à custa do cargo que ocupa ou da mera condição de agente público (por vezes ainda aprimorados com suas pessoais formações acadêmicas), seja pela simples habitualidade com as rotinas administrativas em geral.

Em outras palavras, à vista de um acerto compactuado entre as partes (de maneira formal ou informal e de comprovação desnecessária para a configuração do ilícito funcional), o servidor labora em favor do particular, com seus supostos ou efetivos saberes profissionais e acadêmicos, a fim de que este contratante tenha suprida (ou possa mais facilmente vir a tê-lo) uma demanda qualquer diante da Administração ou até mesmo em face da iniciativa privada.

A consultoria ou a assessoria privada de que aqui se trata, qual seja, aquela marcada pela grave incompatibilidade (como espécie do gênero conflito de interesses) com a atividade pública por ser realizada em virtude do cargo ou da condição de servidor, diante de sua inerente natureza infracional, comporta as mais variadas formas de se exercer e de se concretizar - por vezes, ostensivas; mas, como regra geral, dissimuladas, o que dificulta a iniciativa de conceituá-lo e de descrever seus objetos, meios empregados e resultados pretendidos.

De imediato, neste esforço de conceituação, se diferencie que, embora aqui se cogite de que a conduta de consultoria ou de assessoria privada mitiga a dedicação laboral e a capacidade produtiva do servidor - que se presumiria focada apenas no interesse público -, não se vincula o aperfeiçoamento de tal infração apenas à hipótese de a prática privada chegar ao ponto de prejudicar a produtividade e/ou a jornada de trabalho. A ilicitude em tela não requer tamanhas repercussões, podendo se perfazer mesmo que o servidor jamais descuide de suas obrigações de desempenho e de presença ao trabalho; apenas, estes efeitos, caso presentes, reforçam e agravam a crítica à conduta infracional.

Quanto ao objeto, a atividade ilícita pode atingir diferentes graus de aprofundamento em variados instrumentos de manifestação, assumindo formas não só definitivas mas também incipientes do trabalho contratado, tais como a elaboração propriamente dita e acabada ou o simples auxílio na redação de petições, requerimentos, defesas, impugnações, recursos e quaisquer outras provocações à Administração ou ainda de estudos, análises, previsões, prognósticos ou planejamentos, bem como de recomendação, estímulo ou de encorajamento de condutas ou práticas de atuação que conflituam com os entendimentos jurídicos adotados pelo órgão ou ainda qualquer forma de prestação de informações ou conhecimentos técnicos por parte do servidor. Quanto aos meios empregados, o atendimento dos serviços contratados pode se consubstanciar de forma escrita, em meios concretos ou digitais, como documentos em papel ou formatos e mídias eletrônicos, ou ainda meramente de forma oral, valendo-se tanto de contatos presenciais, como reuniões ou outros agendamentos de trabalho, quanto telefônicos ou virtuais. E o resultado desta atividade pode se voltar para diversos fins e destinações, tais como ser empregado no próprio órgão em que o servidor é lotado ou em outro órgão da Administração ou visar a qualquer outra forma de emprego ainda que fora da seara pública, em qualquer mercado competitivo da livre iniciativa.

Embora aqui se demarque enfaticamente o caráter de inafastável incompatibilidade de tal prática particular com a função pública, a consultoria ou a assessoria privada atinge o patamar ímprobo de configurar conflito de interesses, não se resumindo a uma simples atividade particular incompatível com o cargo, nos termos vedados pelo art. 117, XVIII da Lei

nº 8.112, de 11/12/90. Neste ponto, convém lembrar que até é certo, por um lado, que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, em sua leitura sistemática, não tem intenção, *a priori* e como regra, de se imiscuir na vida privada dos servidores e de lhe inibir direitos fundamentais de livre iniciativa e de propriedade. Mas, também, por outro lado, se tem como inequívoco que, no limite, é possível se estar diante de situações jurídicas em que direitos privados e interesses públicos se delimitam e até mesmo se conflitam, devendo se eleger, em tais situações, como prioritários e prevalentes estes últimos, à vista de que nenhuma garantia fundamental individual é inquebrável diante do maior interesse público.

Assim, conforme já exposto em **4.7.3.18.7**, há condutas que, somente de serem praticadas, ainda que com absoluta boa-fé por parte do servidor, se demonstram desde sempre incompatíveis com o múnus público, a ponto de, além de serem estatutariamente vedadas, de imediato, configurarem infração no mínimo de mediana gravidade.

Mas, diante da relevante gravidade das condutas que se logrou definir, delimitar e identificar acima, tais práticas, por parte do servidor, de burla consciente e intencional às tutelas e aos controles exercidos pela Administração, propiciadas justamente pela relação de vínculo estatutário que os une, ultrapassam a simples incompatibilidade de matérias ou de dedicação e se consubstanciam em ato de qualificada afronta à moralidade e, de forma bastante destacada e cristalina, à lealdade institucionais. Decerto, o cerne da crítica contida à conduta tida como consultoria ou assessoria privada reside na intolerância que o ordenamento expõe à prática demarcada com elevado grau de deslealdade ao órgão a que o mesmo agente serve, em contundente choque e conflito de interesses, que transcende a mera incompatibilidade material prevista no art. 117, XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Além disto, a atividade de consultoria ou de assessoria privada não se confunde com a intermediação de interesses particulares na repartição, a exemplo de quando o servidor encaminha e/ou acompanha petições e processos de um terceiro dentro do órgão, que possui enquadramento específico (no art. 117, XI da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que pune com demissão a atuação do servidor como intermediário ou procurador). A atividade em comento não é a simples diligência concreta, instrumental e operacional, a favor do interesse privado dentro da Administração, fazendo com que este se encaminhe de forma mais ágil ou que se processe de forma favorável ao pleito. E, embora se possa ter a consultoria e a assessoria privada em conjunto com a disponibilização externa de informações e conhecimentos auferidos com a função pública, tampouco o ilícito em tela se confunde com o ilegal repasse de informações sigilosas a que o servidor tem acesso em função de seu cargo, ilicitude esta que também conta com enquadramento específico (no art. 132, IX da Lei nº 8.112, de 11/12/90)

Mais que isto, a atividade de consultoria e de assessoria privada caracteriza-se não pela imediata incompatibilidade material e pelo eventual emprego da dedicação, da força de trabalho, do conhecimento técnico e das informações de acesso restrito ao cargo. O que a caracteriza de forma inequívoca é o desvio, em termos de destinação e de finalidade, da capacitação e da construção abstrata intelectual do servidor - a qualquer momento e local em que se dê, ainda que fora do ambiente do horário de trabalho -, para servir não ao órgão e ao interesse público de sua função aos quais deve lealdade, mas sim, de forma imoral e de sobremaneira desleal, ao particular que o contrata para uma demanda pessoal, seja ela lícita ou ilícita. A grave antijuridicidade embutida em tal conduta funcional se revela tão somente pelo aduzido desvio para quem e para quê se destina a lealdade do servidor, aqui compreendida irrigada e exemplificada por sua capacidade produtiva e por sua inteligência laborativa do servidor, ainda que este empregue seus supostos ou efetivos conhecimentos e saberes para fornecer ao seu contratante informações acerca de lícitas postulações. Em outras palavras, a gravidade da conduta funcional se demonstra ainda que o servidor não forneça, em sua prestação, instrumentos ilícitos de maior favorecimento ao particular - sendo óbvio que tal peculiaridade, quando existente, configura um agravante da conduta.

Daí porque, à vista das graves peculiaridades das condicionantes de tal prática, cometida intencional e conscientemente pelo servidor para burlar seus liames de lealdade à instituição e de moralidade administrativa, a consultoria ou a assessoria privada atinge o patamar de gravidade e, conseqüentemente, de repulsa social de superar aqueles enquadramentos acima mencionados e de configurar um ato qualificado de imoralidade - sobretudo aqui ampliado pela atuação desleal -, juridicamente traduzido como ato de improbidade administrativa.

Também, embora se reconheça que, na realidade, as fronteiras materiais possam ser tênues e pouco precisas, a prática de consultoria ou de assessoria privada não se confunde com a conduta de valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, prevista no art. 117, IX da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e tampouco não necessariamente a esta se agrega e sucede - embora se reconheça que, na realidade, muitas vezes, é isto que ocorre, na dinâmica e na complexidade do ânimo infracional do agente, fazendo com que o uso indevido de seu cargo venha na sequência do acerto da transação ilícita. O simples atuar a favor do contratante particular, nos termos acima elencados, com mácula de deslealdade que desfoca seu comprometimento que deveria se concentrar unicamente ao lado do interesse público (e que, em casos extremos pode até chegar ao ponto de desviar a capacidade intelectual e a dedicação laborativa do agente), já perfaz a conduta ímproba sob exame. Neste rumo, o valimento de cargo se agrega, em uma conduta de multiplicidade infracional, como um concurso material de infrações, se, por exemplo, em lista aqui não exaustiva de ilustrações, o agente propagandear sua condição de servidor ou, mesmo que ele próprio não utilize esta sua condição como elemento de barganha ou de valorização de sua capacidade laboral e intelectual para o serviço contratado, mas se permitir contratar sabendo que, de forma relevante, o particular valoriza e associa prestígio à sua condição de servidor, ou utilizar como elemento de negociação o fato de, sendo servidor, possuir conhecimentos e acessos diferenciados e propiciadores de melhor qualidade em sua empreitada privada ou ainda se se comprovar que somente teve acesso ao contratante em função de atividade funcional por ele desenvolvida em face daquele contribuinte (uma fiscalização, por exemplo). Em tais situações hipotéticas, se poderia construir uma consecução de duas ilicitudes em concurso material: o valimento de cargo e por fim a consultoria ou a assessoria privada, cabendo, em exceção, o duplo enquadramento. Fora esta hipótese, o simples fato de o agente praticar a conduta de consultoria ou de assessoria privada não configura o ilícito de valimento do cargo mas sim tão somente a espécie em comento de improbidade administrativa, a merecer enquadramento único.

Melhor figurando, se um servidor apenas se propõe a laborar uma peça a favor do interesse de um particular, quebrando desde aí a ligação que se presumia de lealdade institucional, já resta caracterizada a consultoria ou a assessoria privada; e se, além disto, para a confecção de tal peça, utiliza de dados ou informações ou se acessa sistemas informatizados internos a que tem acesso em razão do cargo, agrega o valimento do cargo, em concurso material. Da mesma forma, se um servidor apenas estimula um particular a adotar determinado entendimento jurídico discrepante do posicionamento oficial que o órgão adota para o caso, já fraturou de modo indelével a relação que se presumiria de lealdade institucional e incorreu na ilicitude de consultoria ou assessoria privada; e, se, além disto, em razão do prestígio que o cargo ocupado agrega à sua atuação, ele se oferece ou simplesmente se permite ser contratado para por em prática aquele entendimento conflituoso com o posicionamento institucional, incorre também, em concurso material, em valimento do cargo.

Esta conduta anfíbia, que, moralmente, é uma traição e um desvirtuamento do comprometimento público, pode ser engendrada de forma afastada do local e do horário em que o servidor exerce seu cargo, como em estabelecimento privado, comercial ou residencial, seu próprio ou do contratante, até mesmo sem qualquer prejuízo à produtividade, à jornada de trabalho e à dedicação enfim ao serviço; ou, em grau mais elevado de ofensividade à lealdade e à moralidade administrativa, pode ser cometida até mesmo dentro do próprio ambiente da

repartição, quando o servidor utiliza-se, para produzir para outrem, de todos os meios, instrumentos e ferramentas que a Administração lhe disponibiliza sob ótica do interesse público e da presunção do regular desempenho de suas atribuições legais.

Neste rumo, convém ratificar que, embora possam estar sob a guarda do servidor e mesmo que tenham sido por este, em decisão unilateral, transformados em objeto de uso ilícito, todos os bens públicos localizados na repartição são da Administração, e sua apreensão para investigações, apurações e perícias se revestem de absoluta e plena legalidade, dispensando qualquer forma de antecipada notificação à parte (nos termos do art. 45 da Lei nº 9.784, de 29/01/99) e não se delimitando por nenhum direito protetor de garantias fundamentais do indivíduo. Desta forma, os documentos em papel e as mídias ou os arquivos eletrônicos encontrados em aparatos do trabalho na repartição, tais como o armário, a mesa, o computador e quaisquer outros bens públicos, ainda que sob uso privado desvirtuado, não se inserem em contornos constitucionalmente protegidos de privacidade e intimidade do servidor. O mesmo já não se pode dizer, por óbvio respeito a cláusulas garantidoras constitucionais, das provas de cuja existência se cogite na residência do servidor ou em domicílio de particulares, seja pessoa física, seja pessoa jurídica, que têm acessos e apreensões condicionados à devida autorização judicial.

E não há de se cogitar, como uma interpretação apressada equivocadamente poderia indicar, de que o ilícito ímprobo em comento, de ato de consultoria ou de assessoria privada, somente se concretiza quando a causa em questão dependa de atuação, ou de omissão ou de poder decisório do servidor. Claro que sem jamais desprezar esta forma mais ostensiva e talvez detentora de maior grau de repulsa social de um servidor atuar como consultor ou assessor privado, não se desqualifica a caracterização desta ímproba e intolerável conduta mesmo quando o servidor não detém, no momento da prática, nenhum tipo de ingerência sobre o tema de interesse particular.

Em outras palavras, não é porque, em leitura associada ao art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a Lei nº 8.429, de 02/06/92, em seu art. 9º, VIII, prevê, como específico ato de improbidade administrativa causador de enriquecimento ilícito, o exercício da atividade de consultoria ou de assessoria para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições legais do agente público, que aqui se comungaria da equivocada tese de que esta definição legal exauriria a conceituação do ilícito em comento.

*Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente:*

*VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;*

Por expressa vontade do legislador, a espécie de consultoria ou de assessoria privada associada ao poder de ingerência do servidor mereceu aquela específica definição legal como ato ímprobo - e talvez isto tenha decorrido de seu maior grau de ofensividade, uma vez que a literalidade daquele enquadramento deixa inequívoca a comprovação do acerto bilateral entre servidor e particular, restando fechado e completo o círculo da ilicitude de dupla autoria. Ademais, embora não seja necessária à configuração deste ilícito nos termos positivados (uma vez que um simples servidor pode apenas encaminhar o andamento de um pleito particular de forma propositiva ou até mesmo deixar de dar o necessário encaminhamento), destaca-se como cabível em sua literalidade a situação agravada de o agente público deter, além da relação estatutária decorrente de seu cargo efetivo, diante da Administração, também uma relação de confiança depositada, por meio de cargo de chefia ou de autoridade, possuidora de

poder decisório. Mas nenhum destes argumentos prejudica que também se tenha como repulsiva a similar conduta do servidor, nos termos como inicialmente se logrou definir, delimitar e identificar, mesmo quando não há uma decisão em sentido estrito a ser tomada contra ou a favor de um pleito privado ou mesmo quando tal decisão exista mas não caiba em seu poder decisório.

Defender tese ao contrário seria o mesmo que acatar que um servidor detentor de uma posição pública de relevante confiança e, como tal, possuidor de um grau de acesso a informações estratégicas de governo, reguladoras de determinado setor econômico, disponibilizasse a uma pessoa física ou jurídica informações não necessariamente para favorecer pleitos do seu contratante junto à Administração, mas tão somente para lhe propiciar posição de vantagem no mercado competitivo em que se insere, em detrimento da livre iniciativa. Por óbvio que tal conduta, a exemplo daquela delimitada e especificamente definida no art. 9º, VIII da Lei nº 8.429, de 02/06/92, também merece a forte reprimenda de ser enquadrada como ato de improbidade administrativa - só que em enquadramento menos específico, qual seja, no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com a definição extraída do art. 11, III da Lei nº 8.429, de 02/06/92; ou ainda, em caso mais residual, com a definição extraída do *caput* do mesmo art. 11 da citada Lei.

*Lei nº 8.429, de 1992 - Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:*

*III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;*

Com isto, a exemplo do que já se lograra com esforços conceituais inicialmente expostos, também em termos normativos obtém-se um entendimento mais amplo do que seja a ímproba conduta de consultoria ou de assessoria privada, indo além da espécie definida no art. 9º, VIII da Lei nº 8.429, de 02/06/92, que condiciona o enquadramento à existência de poder de ingerência ou decisório, e atingindo a essência da definição de ato de improbidade administrativa, qual seja, de ato qualificadamente imoral em seara pública, por afrontar o dever de lealdade institucional e o princípio reitor da moralidade administrativa. Vislumbrando-se, extreme de dúvida, a previsão normativa de enquadramento como improbidade administrativa para atos que, independentemente do agravante do uso do poder de ingerência do servidor ou do poder decisório confiado à autoridade, desrespeitam a incompatibilidade de interesses e que caracterizam a promiscuidade entre o público e o privado, tem-se que a consultoria ou a assessoria privada encerram em si mesmos um conflito de interesses público e particular.

Neste rumo, convém reproduzir conceituações doutrinárias e normativas já expostas em **4.7.3.18.6**. Qualitativamente, se pode dizer que a situação de conflito de interesses se configura sempre que a atuação do servidor, ao tangenciar interesse privado (seu próprio ou de terceiros), compromete, influencia, vincula ou prejudica o livre desempenho de suas atribuições públicas (ou simplesmente tem o potencial de fazê-lo), beneficiando (ou podendo beneficiar) o interesse particular, em detrimento da causa pública. E, em termos positivados, a definição legal de conflito de interesses, estabelecida no art. 3º, I da Lei nº 12.813, de 16/05/13, funda-se na ideia central de confronto, colisão, superposição, excludência, imiscibilidade e impossibilidade de coexistência, integridade, objetivos, motivações, dedicações, relevâncias e priorizações e associa esta ideia a uma partição em duas linhas, ainda que meramente potenciais, de indesejadas repercussões, quais sejam, no possível comprometimento do interesse público e na possível contaminação do desempenho da atividade pública. Assim, de acordo com este dispositivo legal, conflito de interesses é a situação de confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse público ou influenciar, de forma indevida, o desempenho das atribuições legais do cargo pelo agente público.

*Lei nº 12.813, de 16/05/13 - Art. 3º Para os fins desta Lei, considera-se:*

*I - conflito de interesses: a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública; e*

*Art. 5º Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:*

*IV - atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;*

*Art. 12. O agente público que praticar os atos previstos nos arts. 5º e 6º desta Lei incorre em improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando não caracterizada qualquer das condutas descritas nos arts. 9º e 10 daquela Lei.*

*Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput e da aplicação das demais sanções cabíveis, fica o agente público que se encontrar em situação de conflito de interesses sujeito à aplicação da penalidade disciplinar de demissão, prevista no inciso III do art. 127 e no art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou medida equivalente.*

E todos os ocupantes de cargo que têm exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil, sejam da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil, sejam dos demais cargos administrativos, que não AFRFB e ATRFB, integrantes do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda - MF (Pecfaz, do Quadro de Servidores do MF, instituído pela Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, para o qual foram transpostos os cargos do Plano de Classificação de Cargos - PCC, instituído pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970; do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo - PGPE, tais como Analista Técnico-Administrativo, de nível superior, e Assistente Técnico-Administrativo, de nível intermediário, instituído pela Lei nº 11.357, de 19 de outubro de 2006; e demais cargos administrativos daquele Quadro, bem como cargos das Carreiras Previdenciária; da Seguridade Social e Trabalho; do Seguro Social; e da Previdência, Saúde e Trabalho), além de todos os ocupantes de empregos (como é o caso dos empregados públicos do Serpro), encontram-se alcançados pelos regramentos da Lei nº 12.813, de 16/05/13.

Assim, é inequívoco que o resultado obtido no esforço de inicialmente definir, delimitar e identificar a atividade de consultoria ou de assessoria privada, exercida com algum grau de relação com o cargo ou com a condição de servidor e sobre matéria incompatível com a função pública, se amolda tanto à conceituação quanto à normatização de conflito de interesses público e particular e enseja o cometimento de ato de improbidade administrativa. Em termos de responsabilização disciplinar, a prática se amolda à definição de ato ímprobo que afronta princípios reitores da Administração quando, à margem do poder de ingerência ou decisório do servidor, já se concretiza tão somente com o emprego de informações, aptidões e conhecimentos técnicos ou estratégicos de que este dispõe em função do cargo que ocupa (conforme o art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com a definição extraída do art. 11, III ou *caput* da Lei nº 8.429, de 02/06/92); e se amolda à definição ainda mais específica de ato ímprobo ensejador de enriquecimento ilícito quando, além do emprego de tais informações e conhecimentos, também decorre do poder de ingerência ou decisório do servidor (conforme o art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com a definição extraída do art. 9º, VIII da Lei nº 8.429, de 02/06/92). Em ambos os casos, pode-se ainda agregar à fundamentação a leitura conjunta do inciso IV do art. 5º e do art. 2, ambos da Lei nº 12.813, de 16/05/13, que igualmente remetem à capitulação como improbidade administrativa por afronta a princípios reitores.

Acrescente-se ainda, sob amparo do que já se aduziu em **3.2.5**, que as duas repercussões disciplinares de que aqui se cogita não seriam afastadas na hipótese de o servidor se encontrar em licença para tratar de interesses particulares, visto que, não se tratando de enquadramento no art. 117, X da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não caberia a

aplicação do inciso II do parágrafo único do citado artigo.

Apresentada esta modelação teórico-conceitual do ilícito de consultoria ou de assessoria privada de forma geral, é de enfatizar que, no caso específico de servidores da Secretaria da Receita Federal do Brasil, nela podem se amoldar desde condutas de aparente menor grau de lesividade - e, por isto mesmo, mais frequentes e corriqueiras mas não menos infracionais - tais como, por exemplo, o agente público elaborar declarações de ajuste anual de imposto sobre a renda de contribuintes ou outros termos ou declarações cotidianas de unidades ou de projeções de atendimento a público, até condutas de maior grau de sofisticação e qualificação técnica, podendo-se citar a formulação de estudos de natureza tributária e o repasse de técnicas de planejamento, de elisão fiscal ou até mesmo de evasão fiscal (entendidas como, respectivamente, condutas lícitas ou ilícitas com o fim de evitar, retardar ou modificar a ocorrência de fato gerador de obrigação tributária ou os efeitos dela decorrentes), abarcando todo o espectro objetivo inserido na competência institucional (tributos internos, tanto sobre a renda quanto sobre a produção ou ainda previdenciários, e tributos sobre o comércio exterior, todos de interesse não só de pessoas físicas mas também de pessoas jurídicas).

A reboque e em complemento do que já foi exposto em **4.7.3.18.7**, neste polo interno de maior grau de elaboração técnica, assume relevância a possibilidade de servidor ocupante de qualquer cargo em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil prestar consultoria ou assessoria sobre matéria fiscal ou jurídico-tributária, aí incluídos temas previdenciários e de comércio exterior. Em razão do cargo que ocupa e/ou do órgão onde exerce suas atribuições legais, tal atividade propicia a este servidor uma inegável vantagem na arregimentação de clientela, ainda que se saiba que o domínio da legislação tributária, submetida à publicidade, não é exclusivo dos integrantes deste quadro funcional e também ainda que este servidor pautar na boa-fé sua prática de aplicar seus conhecimentos e informações. A vantagem, inerente à sua condição funcional, de ter seus serviços privados mais facilmente contratados pelos clientes em potencial do que qualquer outro concorrente, advém do senso comum de que, em princípio, um agente do Fisco seria bom conhecedor não só da complexa e esparsa normatização de regência mas também dos posicionamentos institucionais diante de questões tributárias polêmicas, das rotinas e das praxes empregadas nos diversos tipos de procedimentos fiscais e dos sistemas informatizados internos. Resta inegável que a condição funcional agrega a este servidor a qualidade de um candidato preferencial a ser contratado pelo contribuinte por este antever uma possibilidade diferenciada de sucesso, não só em termos lícitos no uso das disponíveis ferramentas jurídicas, como até mesmo em termos de manejo de instrumentos ilícitos em sua postulação.

A atividade privada da consultoria ou da assessoria fiscal ou jurídico-tributária não é, por si só, ilícita, vez que o contribuinte tem o direito de buscar o menor recolhimento de tributos dentro da margem exata que lhe exige a complexa legislação tributária e que seu entendimento do que é devido nem sempre converge com o montante que lhe é exigido pelo Estado. No entanto, quando o servidor integrante dos quadros do Fisco se permite contratar e agregar seus conhecimentos, técnicas, experiências e intelectualidades para defender o ponto de vista e as intenções do contribuinte em relação às suas obrigações tributárias ou ainda para estimular-lhe a adotar entendimentos conflitantes com aqueles institucionais, têm-se não só a situação de conflito de interesses radicalmente opostos e incompatíveis como também a inequívoca afronta ao interesse público pela acintosa quebra da relação esperada de lealdade. Neste cenário infracional, entre o particular, que contrata o serviço intencionando recolher o menor valor possível de tributos, e o Estado, que, vinculadamente e de ofício, intenciona suprir a maior arrecadação tributária nos limites legais para fazer frente a todas as demandas sociais, insere-se o agente público que, auxiliando o seu contratante em tal intenção, divorcia-se de forma intencional e consciente da tutela pública do órgão ao qual é vinculado e do cargo que ocupa.

Em tal situação, valores e princípios basilares do regime disciplinar restam afrontados,

como a lealdade à instituição e a moralidade administrativa, pois, ao mesmo tempo em que o servidor, de forma anfíbia, deixa de ser leal quando atua em desfavor do órgão com o qual mantém relação estatutária, também se conduz de forma imoral quando privilegia o zelo por interesses privados em relações que envolvam a Administração e que, no mínimo indiretamente, se relacionem com as atribuições legais do cargo que ocupa. Em síntese, tal atuação por parte do servidor configura ato ímprobo, conforme o art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com a definição que se extrai em princípio do art. 11, III ou *caput* da Lei nº 8.429, de 02/06/92, ou, mais especificamente, se for o caso, do art. 9º, VIII da mesma Lei - ou ainda por considerar configurado conflito de interesse, nos termos do inciso IV do art. 5º e do art. 12, ambos da Lei nº 12.813, de 16/05/13, que igualmente remetam à capitulação como improbidade administrativa por afronta a princípio reitor.

Ainda na peculiaridade da Secretaria da Receita Federal do Brasil e atentando-se para o conceito mais abrangente de atividade ímproba de consultoria ou de assessoria privada, indo além da aplicação específica da definição extraída do art. 9º, VIII da Lei nº 8.429, de 02/06/92 (ou seja, considerando a configuração infracional mesmo sem poder de ingerência ou decisório por parte do servidor), não é porque, por exemplo, um servidor se encontra lotado e em exercício em uma projeção aduaneira ao tempo em que realiza uma atividade daquela natureza acerca de tributo interno, ou vice-versa, que se tem afastada a ilicitude. Tampouco se afasta a antijuridicidade da prática se desempenhada acerca de matéria fiscal ao tempo de lotação em unidade responsável por atividade-meio no órgão, ou vice-versa, ou se entremeada por remoção do servidor para outra unidade ou para outra RF.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil, não obstante sua organização de atuação por projeções sistêmicas e suas divisões geográficas regionais, deve ser compreendida, assim como a própria Administração e o serviço público, de forma una, a que deve intransitiva lealdade seu servidor. Ademais, dentro da dinâmica do órgão, da vida funcional do servidor e das imediatas necessidades de serviço, pode ocorrer de o agente, ao tempo do ilícito, estar em exercício em uma projeção que a princípio em nada se relaciona com a matéria de interesse do particular, mas já ter estado em exercício justamente naquela área de atuação ou de vir a sê-lo em breve (sabidamente ou não), de forma a já ter empregado ou a poder vir a empregar seus conhecimentos e ingerências na demanda particular. Como todo tema infracional atinente à incompatibilidade de matérias, a tutela garantista do interesse público se aplica já desde o mero risco potencial e já desde a simples possibilidade ou facilitação de cometimento de ato ilícito.

Assim, em absoluta consonância com a conceituação teórica exposta de início sobre o tema, é de se compreender a possibilidade de caracterização de ato ímprobo de consultoria ou de assessoria fiscal ou jurídico-tributária (incluído matérias previdenciária e de comércio exterior) por parte de servidor ocupante de qualquer cargo em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil já desde a sua configuração menos específica, em que tão somente o agente, independentemente de onde se encontre lotado, utiliza suas informações, aptidões e conhecimentos sobre a matéria técnica que interessa ao particular, ainda que sem possuir poder de ingerência ou de decisão sobre o pleito, até aquela em que ele próprio possua, em virtude de sua lotação, algum poder de ingerência sobre a demanda, ou ainda, em hipótese mais gravosa, em virtude de relação de confiança depositada pela Administração, possua poder para decidir. E, em ambos os casos, também se caracteriza a conduta ímproba em comento independentemente de o servidor agir em preservação de sua produtividade e de sua jornada de trabalho; ainda que cometa a tal prática infracional fora do ambiente e do horário de trabalho, a ilicitude resta configurada.

Por fim, é de se atentar que, seja de uma forma, seja de outra, a conduta ímproba de prestar consultoria ou assessoria privada tanto pode se dar de forma pessoal, em que o servidor, individualmente, elabora petições, requerimentos, defesas, impugnações, recursos, estudos, análises, projeções, planejamentos ou recomendações em favor do particular, como pode se dissimular por meio de participação no quadro societário de sociedade cujo objeto

social seja a atividade de consultoria ou de assessoria, nas condicionantes já aduzidas em **4.7.3.10.1**, a cuja leitura se remete.

De um lado, com o fim de ilustrar a hipótese acima aventada, figurativamente, pode-se mencionar, como exemplos apriorísticos de situações sensíveis para servidor ocupante de qualquer cargo em exercício na Secretaria da Receita Federal do Brasil (sejam de cargos da carreira específica, sejam de cargos meramente administrativos), as hipóteses de atuar em sociedades cujos objetos sociais sejam a prestação de consultoria ou de assessoria jurídica, contábil ou de comércio exterior (aqui, em lista exemplificativa, não exaustiva). Mas, de outro lado, ressalve-se que nem toda participação societária em sociedade de objeto conflitante pode ter o condão de merecer repercussão disciplinar, como, por exemplo, a título de mero investimento financeiro, o fato de o servidor figurar como simples acionista minoritário de sociedade anônima de capital aberto).

Se é certo que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, permite ao servidor o direito à propriedade, em que se insere o direito à participação em quadro societário, também é certo que a leitura sistemática daquele Estatuto não permite que se empregue o instituto da sociedade para dissimular a prestação de consultoria ou de assessoria na área de atuação conflitante com o cargo. Uma vez comprovada tal atuação, ainda que sob a figura de sócio, é de se considerar configurada a espécie em apreço de ato de improbidade administrativa.

#### **4.7.4.5 - Inciso V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição**

O inciso estabelece duas infrações que, em que pese as suas peculiaridades, gravitam ao redor de um aspecto comum: comportamental.

Também, para ambas, em razão da definição do processo administrativo disciplinar (apresentada em **3.1**), não se admite a repercussão de atos da vida particular do servidor na instância disciplinar. Assim, de imediato, conclui-se que a melhor interpretação que se apresenta para a literalidade do inciso é que a vírgula que antecede a expressão “na repartição” faz aplicar esta condicionante às duas infrações. Tanto a incontinência pública quanto a conduta escandalosa devem ocorrer na repartição para que repercutam disciplinarmente (se o legislador quisesse que a restrição se aplicasse somente à conduta escandalosa, não as teria separado por vírgula). Claro que esta interpretação da expressão “na repartição” afasta do enquadramento disciplinar os atos cometidos fora da relação jurídico-estatutária firmada entre servidor e Administração, na vida privada, mas não exclui atos porventura associados ao exercício do cargo e que, pela própria natureza da atividade pública, são exercidos fora da repartição (fiscalização externa, por exemplo).

*“Por repartição se deve entender não somente o ambiente fechado, no interior dos prédios ou salas, onde os serviços são prestados, mas também o local público ou aberto ao público, ou mesmo o recinto particular, em que o agente exerce suas atividades. Há de haver essa conotação com o exercício da atividade pública. O conceito do termo ‘repartição’ engloba a noção de local de exercício das atividades e, assim, abarca as condutas de servidores que, por exemplo, executam suas funções em vias públicas, tais como fiscais, policiais, agentes de trânsito, ou destacados para atuação em recintos privados, a exemplo de servidores fiscais ou de vigilância sanitária, em atividades de visita a estabelecimentos comerciais ou residências. Disso, denota-se a amplitude do termo ‘repartição’, que abarca todo e qualquer local onde legalmente se desenvolva o exercício de funções públicas. Por outro lado, a incontinência pública ou a conduta escandalosa fora da repartição, atinente à vida particular do agente, não configura o tipo em comento, podendo, todavia, implicar a configuração da infração prevista no art. 116, IX, de não ‘manter conduta compatível com a moralidade administrativa’.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pg. 310, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

Assim, o termo “pública” para a incontinência cometida na repartição faz com que se entenda que a conduta em tela se refere ao cometimento de atos de grave e intolerável quebra de respeito e de decoro, contrários à moral, cometidos de forma ostensiva e em público (à frente de outros servidores ou de particulares) sem a preocupação de preservar a normalidade da repartição e a credibilidade da causa pública. A primeira parte do enquadramento em tela não alcança atos cometidos às ocultas.

*“Destarte, somente a conduta omissiva é abarcada pelo preceptivo e, assim, considerada ilícita, referindo-se ao servidor que demonstre publicamente e no ambiente da repartição (conceito extensível a todo e qualquer local de exercício das funções ) uma perceptível, conquanto relevante, degradação de hábitos e costumes que venha a ofender a moral administrativa.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pgs. 310 e 311, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

Já a conduta escandalosa abrange atos similares aos da incontinência pública (atos de grave e intolerável falta de decoro e de respeito e perturbadores do ambiente da repartição), com a diferenciação de serem praticados sem o requisito da publicidade, bastando que sejam fortemente negativos à moral, aos costumes, à regularidade das relações de trabalho, ainda que praticados de forma silenciosa ou reservada (de que são exemplos o assédio sexual ou atos libidinosos).

Ambas as condutas dispensam, para sua configuração, a habitualidade, podendo restar caracterizadas ainda que de forma isolada, em ato único de forte antijuridicidade.

Essas duas condutas devem ser vistas com reserva e cautela, não se recomendando cogitar da configuração de uma ou de outra por atos insignificantes ou de ínfimo poder de ofensa. Deve-se atentar para a gradação permitida na Lei nº 8.112, de 11/12/90, cujo art. 116, IX prevê penas não expulsivas para a afronta ao dever de manter conduta compatível com a moralidade administrativa.

#### **4.7.4.6 - Inciso VI - insubordinação grave em serviço**

A exata compreensão do presente enquadramento equilibra-se na dificuldade de ao mesmo tempo encontrar a ponderada definição jurídica para os termos “insubordinação” e “grave” e harmonizá-la com a razoabilidade e com a proporcionalidade que requer o emprego de um enquadramento expulsivo. Há aqui o claro exemplo de a Lei nº 8.112, de 11/12/90, transformar um enquadramento de drástica repercussão na vida funcional em norma em aberto, submetendo a aplicação de pena expulsiva à valoração subjetiva, a cargo do aplicador, de elementos da própria literalidade legal. Em outras palavras, além do desafio de encontrar o adequado significado do termo “insubordinação” dentro do amplo espectro de comportamentos infracionais do ser humano, há ainda que se aquilatar o *quantum* de repulsividade social ou de incompatibilidade pública a conduta encerra, a fim de merecer aplicação de pena capital.

Para este fim, de imediato, com auxílio doutrinário, cumpre apresentar gradações das condutas humanas insubmissas, rebeldes e, em essência, independentes. Em um primeiro patamar, pode-se aquilatar como ato de desobediência a conduta, em geral de natureza omissiva, de simplesmente não agir para deixar de cumprir uma ordem ou uma tarefa específica, emanada por um superior hierárquico e pessoalmente dirigida ao agente infrator. No outro extremo, situa-se a conduta de indisciplina, de ânimo inespecífico de descumprir disposições de caráter geral, a todos impostas, sejam ordens e determinações gerais, sejam deveres funcionais, sejam regras regulamentares e normas, consubstanciando-se em um proceder que prejudica a regularidade e o equilíbrio internos.

Neste espectro, mesclando características que, de um lado, tornam mais próxima de uma gradação da definição de desobediência (por ser uma afronta específica), mas, de outro

lado, a fazem ser considerada uma espécie do gênero indisciplina (por atingir não apenas ordens e tarefas), situa-se de forma dúbia o conceito de insubordinação como a ação delituosa e de natureza comissiva de, de forma explícita, acintosa e ofensiva, descumprir ou desacatar ou desrespeitar dever funcional ou tarefa ou ordem emanadas por superior hierárquico. Mais que o simples não obedecer, a insubordinação qualifica-se como um ato de rebeldia, de revolta e de enfrentamento acintoso, em uma declaração verbal ou em uma manifestação simbólica de independência e de não sujeição à hierarquia e aos deveres, mas não uma espécie salutar de autonomia e de autoconcessão de livre agir, mas sim uma conduta antijurídica e não tolerada pelo ordenamento.

*“A insubordinação já se mostra um delito em ação: é o desacato à ordem ou ao dever, objetivado justamente em um procedimento contrário ao dever ou à autoridade, a que se deve obediência.*

*A desobediência é a falta de obediência ou a falta de cumprimento à ordem individualizada, dada diretamente à pessoa.*

*A indisciplina, embora tenha consigo o sentido de desobediência, mostra-se a falta de cumprimento de ordens gerais, a regras regulamentares, instituídas na base de organização e para funcionamento regular das instituições.”, De Plácido e Silva, “Dicionário Jurídico”, pg. 458, vol. II, Editora Forense, 7ª edição, 1982*

*Comete ato de indisciplina quem não cumpre disposição de caráter geral, imposta a todos os servidores. Se, no entanto, há recusa no sentido de satisfazer ou executar essa ou aquela tarefa determinada por superior hierárquico, configura-se insubordinação (...). Assim, a indisciplina tem caráter genérico e a insubordinação caráter específico, resultantes da vontade do servidor, em contrariar ordem”, Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pgs. 11 e 12, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Posicionada a insubordinação dentro do amplo espectro delimitado pelos extremos da desobediência e da indisciplina, basta agora identificar o significado com que o legislador empregou a adjetivação “grave”. De imediato, afastam-se condutas, ainda que intencionais, mas caracterizadas por grau ínfimo de repulsividade social e também as condutas marcadas pelas espécies de culpa. A insubordinação aqui qualificada e enquadrada como grave restringe-se ao desacato à ordem ou ao dever praticado de forma acintosa, ofensiva, desurbana, explícita, ostensiva e, sobretudo, inequivocamente, com consciência e vontade por parte do agente de agir com insubmissão e tem inafastável consequência danosa de prejudicar (ou ao menos possuir potencialidade abstrata para tanto), em grau relevante, o símbolo da autoridade (não a pessoa em si, mas a concretização do necessário respeito à hierarquia) ou o prestígio pessoal e profissional da chefia ou a imagem da Administração como um todo (diante de seus próprios servidores ou dos administrados e da opinião pública em geral) ou até terceiros, de subverter e de desestabilizar a ordem hierárquica interna, comprometendo a regularidade e a continuidade do serviço, ou fragilizando a normalidade do ambiente da repartição ou ainda deixando demonstrada a irrecuperável incompatibilidade da permanência do infrator no quadro funcional. Além da doutrina, os balizamentos ora expostos para a parcela de valoração subjetiva do enquadramento em tela se escoram no entendimento já externado pelo Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp), por meio de sua Formulação nº 296.

*Formulação Dasp nº 296. Insubordinação grave*

*A insubordinação grave em serviço pressupõe acintoso desrespeito à ordem diretamente recebida de superior hierárquico.*

*“A insubordinação grave, portanto, afeta negativamente ou subverte a ordem hierárquica, ferindo o princípio de respeito e prestígio da autoridade”, Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 76, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“Quando, porém, deixa o agente público, pacífica e sorrateiramente, de cumprir as determinações legais do chefe, terá cometido tão somente o delito disciplinar de natureza leve previsto no art. 116, inciso IV, da Lei nº 8.112/90, sujeitando-se, por via de consequência, à pena de advertência, nos termos do art. 129 dessa mesma lei.*

*Já o desacato, direto ou difuso, à ordem hierárquica concreta ou proveniente de norma ou regulamento (ordem normativa) - chegando a vulnerar e prejudicar de modo intenso a desenvoltura das atividades funcionais da repartição - constitui insubordinação grave em serviço, nos termos do art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90, punível com a pena capital de demissão.*

*Tal insubordinação, pelo que orienta o princípio da razoabilidade, somente restará configurada como causa de demissão quando - perpetrada em escala de acentuada gravidade - cause sério prejuízo ao serviço da repartição e denote sério e substancial grau de incompatibilidade do agente insubordinado com o serviço público”, José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pg. 525, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

*(Nota: Subentende-se que o autor quis se referir ao inciso VI e não ao IV do art. 132.)*

Enfim, a gravidade que se requer para a configuração do ilícito em tela é aquela que estabelece grau de incompatibilidade entre o infrator e não só o ofendido mas também o serviço público como um todo, acarretando a inviabilidade da manutenção da relação laboral-estatutária que os ligava.

Ademais, por óbvio, da mesma forma que no inciso anterior, a expressão “em serviço” contempla atos associados ao menos indiretamente ao exercício do cargo, que podem ser cometidos dentro ou até fora da repartição (dependendo da natureza da atividade pública), afastando da incidência eventuais desavenças pessoais manifestadas à margem do serviço e dos cargos.

Figurando como um degrau acima do dever funcional estabelecido no art. 116, IV do Estatuto (cumprir ordens superiores, exceto as manifestamente ilegais), mencionado em **4.7.2.4**, é pertinente reiterar e reforçar o necessário contraponto àquele outro enquadramento, cuja afronta aqui se ajusta à definição acima apresentada para a simples, silenciosa e omissiva desobediência. A quebra do dever de obediência às ordens superiores, como um *minus* ao enquadramento em tela, pode ser considerada caracterizada quando se tem conduta insubmissa demarcada por qualquer das três espécies culposas ou, ainda que cometida com dolo, não tenha o condão de atingir as nefastas consequências acima exemplificadas.

Para a incomum e não vulgar ou quotidiana aplicação deste enquadramento expulsivo, de um lado, necessário se faz materializar nos autos não só a convicção do agir doloso do infrator mas também de que tal conduta traz consigo a intolerância estatal justificada pelas qualificantes da conduta (afronta e desrespeito à hierarquia ou à ordem conscientes, voluntários, exagerados e desproporcionalmente rebeldes, revoltados, acintosos, ofensivos, desurbanos, explícitos, ostensivos e causadores de irrecuperável quebra da indispensável relação mútua de respeito e confiabilidade entre Administração e servidor).

Mas, de outro lado, em contraponto àquelas rigidez e restritividade objetivas, é possível interpretar que o legislador empregou aqui o termo “insubordinação” com uma abrangência além do sentido estrito de afronta grave a uma ordem ou a uma tarefa direta e pessoalmente dada ao destinatário infrator, mas também tangenciando o conceito jurídico de indisciplina, podendo então abarcar o desrespeito em mesmo grau de gravidade por parte de um específico servidor a uma determinação geral dada por uma autoridade hierarquicamente superior ou a um dever funcional dirigidos a um conjunto impessoal de destinatários. E, se assim se constrói para uma conduta específica de grave afronta a uma ordem ou a um dever destinado de forma impessoal a uma coletividade de servidores, com ainda maior segurança se propugna pela possibilidade do enquadramento expulsivo em tela diante de reiteradas condutas de disciplinas graves de um servidor em face de ordens superiores ou de deveres

funcionais.

#### **4.7.4.7 - Inciso VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem**

Inciso de imediata compreensão, figurando como um *plus* da falta de urbanidade (art. 116, XI do Estatuto). A literalidade é clara, ao abarcar a ofensa tanto a outro servidor quanto a particular, indicando que a tutela objetivada pelo inciso em questão é da regularidade do serviço, da moralidade e da respeitabilidade, não se atendo a liames de hierarquia.

A ofensa física pode tomar a definição que o CP, em seu art. 129, deu a lesão corporal: “*ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem*”.

Como não poderia ser diferente, conforme **4.6.2.2**, o legislador previu a excludente da ilicitude no caso de o servidor agressor agir em legítima defesa. Uma situação intermediária que pode se configurar é quando o servidor agressor é inicialmente provocado e ofendido pelo agredido e reage em defesa, mas o faz de forma desproporcional à ofensa recebida. Neste caso, a reação desproporcional atua em seu desfavor, impedindo que se considere a excludente de ilicitude por legítima defesa; mas o fato de ter sido originalmente provocado e ofendido e agido em defesa pode fazer com que se pondere e não se enquadre neste inciso punível com pena expulsiva, mas talvez (de acordo com as peculiaridades caso a caso) em outro de menor repercussão.

*“O fato de o servidor ter sido previamente provocado ou ofendido verbalmente não autoriza o uso da força física. Se o fizer, o servidor não estará agindo em legítima defesa e, desse modo, estará incorrendo em falta funcional. Recomenda-se, nesses casos, dependendo da gravidade da ofensa verbal ou da provocação previamente lançadas contra o servidor, que este seja enquadrado em inciso de menor gravidade.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 329, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Em interpretação sistemática do ordenamento, trazendo à tona conceitos do art. 23, I e III do CP, embora o dispositivo em tela expresse apenas a legítima defesa, também devem ser consideradas como excludentes da ilicitude o estado de necessidade, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito. Ainda nesta linha, também se aceita como excludente de ilicitude, na espécie do cumprimento de dever legal (no caso, o dever legal estabelecido no inciso VII do art. 116 da lei nº 8.112, de 11/12/90, de conservar o patrimônio público), a ação do servidor, embora ofensiva à integridade alheia, quando necessária e indispensável para conter ameaça ou efetiva agressão de particular ao patrimônio público.

*“Do mesmo modo, as ofensas devem ser físicas, não perfazendo a tipificação as ofensas psicológicas, ou à intimidade, vida privada, honra ou à imagem das pessoas. Estas podem, assim como as decorrentes de condutas culposas, caracterizar infrações administrativas disciplinares previstas na Lei 4.898/65, Lei de Abuso de Autoridade ... A legítima defesa própria ou de outrem exclui a tipicidade, em razão de estar expressa no tipo infracional. O estado de necessidade, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular do direito excluem, no entanto, a ilicitude da conduta. Aferem-se os conceitos de tais excludentes da análise do Código Penal, que se presta a fornecer, em caráter subsidiário, os contornos jurídicos de tais institutos, consoante os arts. 23, 24 e 25. Fora dos conceitos de excludentes de tipicidade e de ilicitude visto acima, o comportamento da vítima não influencia na capitulação normativa ou na sanção a ser cominada”. Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pgs. 314 e 315, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

#### **4.7.4.8 - Inciso VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos**

O presente inciso tutela a aplicação dos recursos públicos, configurando-se o ilícito com a destinação intencionalmente contrária às normas (sobretudo àquelas que regem a esfera contábil, financeira e orçamentária pública). Proíbe-se aqui tanto o descaso consciente na administração dos recursos quanto o seu emprego de forma perdulária.

Inclui-se no presente enquadramento a vedação a que recurso que já possui determinada destinação legal seja desviado para outro fim, ainda que também público (isto é, ainda que o novo destino não seja particular ou ilícito de qualquer forma). Em outras palavras, os recursos até podem ser aplicados a favor da Administração, sem haver desvio a favor do servidor infrator ou de terceiros; mas não são aplicados da melhor forma.

Por um lado, similarmente a uma das condutas descritas no inciso X (lesão aos cofres públicos), o presente ilícito, em geral, é cometido por servidor que tem poder e competência para gerir ou acessar recursos públicos, tais como os ordenadores de despesas, que emitem empenho, autorizam pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou que por eles respondem, conforme define o art. 80, § 1º do Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67. Por outro lado, diferentemente daquela conduta descrita no inciso X, o presente enquadramento não se configura com apropriação indébita, furto ou desvio de dinheiro público ou com qualquer hipótese de o servidor dolosamente obter para si a vantagem ou admitir que outros a obtenham.

*Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67 - Art. 80.*

*§ 1º Ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.*

*Formulação Dasp nº 56. Aplicação irregular de dinheiros*

*A aplicação irregular de dinheiro público não se configura, se houver furto, desvio ou apropriação indébita.*

*“Quanto ao resultado naturalístico, infração administrativa formal, atraindo a incidência normativa independente do dano material. Todavia, vindo a ocorrer o dano com a aplicação irregular de dinheiros públicos, não se falará em mero exaurimento da conduta, mas sim em nova tipificação que consome a anterior, caracterizando-a como espécie de ante factum impunível, e importando a incidência do ilícito previsto no art. 132, X, qual seja, provocar “ lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional. Com efeito, com a ocorrência de dano, só incidirá esta última tipificação, descartando-se eventual entendimento de concurso material.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pg. 317, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

Acrescente-se ainda que este enquadramento disciplinar também pode configurar simultaneamente ato de improbidade administrativa, à vista de diversos incisos do art. 10 da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

##### **4.7.4.8.1 - Responsabilidade Fiscal e Infrações Administrativas de Natureza Financeira**

Objetivando que os recursos públicos sejam efetivamente aplicados pelos respectivos gestores de acordo com as leis orçamentárias, a Lei de Responsabilidade Fiscal - Lei Complementar nº 101, de 04/05/00, prevê punições para os responsáveis por desvios e, por conseguinte, pelo desequilíbrio nas contas públicas.

*Lei Complementar nº 101, de 04/05/00 - Art. 73. As infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950; o*

*Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente.*

Na esteira, a Lei nº 10.028, de 19/10/00, trouxe ao ordenamento jurídico novos tipos penais que repercutem a preocupação com a regular aplicação de recursos públicos. No CP, os arts. 359-A, 359-B e 359-C passaram a compor o novo “Capítulo IV - Dos Crimes Contra as Finanças Públicas”, inserido no “Título IX - Dos Crimes Contra a Administração Pública”; e na Lei nº 1.079, de 10/04/50, que define crimes de responsabilidade, o Capítulo VI, que trata “Dos Crimes Contra a Lei Orçamentária”, o art. 10 recebeu oito novos tipos político-disciplinares associados à responsabilidade fiscal.

*“A inobservância das normas financeiras relacionadas com a responsabilidade na gestão fiscal dos agentes públicos e políticos das várias esferas da federação brasileira, compreendendo os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário - a par de acarretar consequências de ordem penal e político-disciplinar, nos termos do Código Penal (Crimes contra as finanças públicas), da Lei nº 1.079/1950 (Crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária) e do Decreto-Lei nº 210/1967 (Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores) - sujeita o seu infrator às sanções disciplinares catalogadas na lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992) e às reprimendas administrativas catalogadas no art. 5º da Lei nº 10.028/2000.” José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pgs. 505 e 506, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

A mencionada Lei nº 10.028, de 19/10/00, define as seguintes infrações administrativas de natureza financeira e a elas associa a pena de multa, correspondente a trinta por cento dos vencimentos anuais do agente público, aplicada pelo respectivo Tribunal de Contas.

*Lei nº 10.028, de 19/10/00 - Art. 5º Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas:*

*I - deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei;*

*II - propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei;*

*III - deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei;*

*IV - deixar de ordenar ou de promover, na forma e nos prazos da lei, a execução de medida para a redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido a repartição por Poder do limite máximo.*

*§ 1º A infração prevista neste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal.*

*§ 2º A infração a que se refere este artigo será processada e julgada pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida.*

*“Advirta-se, contudo, que à vista da cláusula constitucional do devido processo legal (‘due process of law’), tal reprimenda administrativa somente poderá ser imposta depois de haver sido processada e julgada pela Corte de Contas respectiva.*

*Na área federal, o processo apuratório de tais infrações administrativas deverá adotar o rito dos processos de tomada de contas especial, conforme Instrução Normativa de nº 001/93 do Tribunal de Contas da União.” José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pgs. 506 e 507, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

#### **4.7.4.9 - Inciso IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo**

Aqui se trata de revelação de informação, acessível tão somente em função das prerrogativas que a Administração garante ao detentor do cargo, que não se lhe admite revelar, como uma espécie de valer-se do cargo do art. 117, IX do Estatuto, já abordado em **4.7.3.9**. Decerto, a conduta em questão decorre sempre de atitudes dolosas, tais como revelar um dado sabidamente protegido por cláusula de sigilo fiscal ou bancário ou vazar informação de alguma ação estratégica que dependia do sigilo e do fator surpresa.

*“Como exemplo dentre muitos outros, referimo-nos aos fatos de “servidor fiscal informar a particular empresário a data de início de fiscalização tributária em seu estabelecimento”; “divulgação de dados fiscais ou bancários de particular submetido à fiscalização ou a investigação”; divulgação de estratégia para a condução de assuntos de segurança pública ou de segurança de estabelecimentos prisionais”; “divulgação extemporânea de existência de investigação secreta ( submetida a segredo de justiça) administrativa ou criminal em face de particular (conhecidas como ‘vazamento’ de operações”). Não há a necessidade de “classificação”, e.g., descrição da expressão “secreto”, “ sigiloso”, ou” reservado”, na face do documento, para que o assunto tratado seja considerado “segredo”, podendo a disciplina do sigilo ser imposta por atos administrativos diversos, regentes de matérias específicas, a exemplo do dever de segredo pelos membros de bancas de concursos públicos ou de outras comissões de avaliação ou de fiscalização. O art. 23 da lei 12.527/11 apresenta rol não taxativo de temas considerados imprescindíveis à segurança da Sociedade ou do Estado, passíveis de classificações sigilosas, quais sejam: as informações que possam “pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional”, “prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais”, “ pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população”, “oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País”, “prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas”, “prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional”, “pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares”, e “comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações”. Esses assuntos submetem-se à disciplina do sigilo em sentido estrito - dever de segredo.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pg. 211, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

Doutrinariamente, tem-se que a ação compreendida no enquadramento em tela, de “revelar”, já se satisfaz apenas com o vazamento de informação para uma única pessoa, daí decorrendo que o vazamento da informação para mais de uma pessoa (pela mídia, por exemplo), referido como “divulgar”, com ainda maior certeza, também está contemplado na infração em tela.

Conforme já abordado em **4.7.2.8**, há duas formas de abordar a diferenciação entre este enquadramento e o art. 116, VIII do Estatuto (guardar sigilo sobre assunto da repartição).

A primeira delas radica no elemento subjetivo da revelação. Enquanto aqui se trata de conduta intencional e consciente, o outro dispositivo pode enquadrar precipuamente revelações culposas, cometidas por negligência ou imprudência. Assim, aqui podem se enquadrar revelações intencionais de informações que possam comprometer estratégias, ações ou diretrizes oficiais; que possam beneficiar contratante ou licitante junto à Administração; ou que possam ser confundidas como posicionamento institucional, comprometendo a imagem do órgão; enquanto lá podem ser enquadradas revelações similares eivadas de culpa.

E a segunda forma de diferenciação entre os enquadramentos associa-se ao aspecto

material do objeto em si da revelação. De acordo com o que já foi aduzido em **4.4.12.1**, a Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11, e o Manual do Sigilo Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria RFB nº 3.541, de 07/10/11, diferenciaram o que são dados especificamente protegidos por sigilo fiscal e o que são dados sujeitos ao dever funcional de sigilo. Enquanto os primeiros são aqueles obtidos em razão do ofício e que revelem a riqueza de forma mais geral de sujeito passivo e de terceiros ou que revelem suas atividades negociais, os segundos englobam os meros dados cadastrais de identificação de contribuintes, incluindo a participação societária, e da regularidade de sua situação fiscal, e as informações econômico-fiscais agregadas.

*Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11 - Art. 2º São protegidas por sigilo fiscal as informações sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades, obtidas em razão do ofício para fins de arrecadação e fiscalização de tributos, inclusive aduaneiros, tais como:*

*I - as relativas a rendas, rendimentos, patrimônio, débitos, créditos, dívidas e movimentação financeira ou patrimonial;*

*II - as que revelem negócios, contratos, relacionamentos comerciais, fornecedores, clientes e volumes ou valores de compra e venda;*

*III - as relativas a projetos, processos industriais, fórmulas, composição e fatores de produção.*

*§ 1º Não estão protegidas pelo sigilo fiscal as informações:*

*I - cadastrais do sujeito passivo, assim entendidas as que permitam sua identificação e individualização, tais como nome, data de nascimento, endereço, filiação, qualificação e composição societária;*

*II - cadastrais relativas à regularidade fiscal do sujeito passivo, desde que não revelem valores de débitos ou créditos;*

*III - agregadas, que não identifiquem o sujeito passivo; e*

*IV - previstas no § 3º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 1966.*

*§ 2º A divulgação das informações referidas no § 1º caracteriza descumprimento do dever de sigilo funcional previsto no art. 116, inciso VIII, da Lei nº 8.112, de 1990.*

*Art. 3º No âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, o acesso a informações de que trata esta Portaria restringir-se-á aos usuários que possuam senha, chave de acesso, certificação digital ou qualquer outro mecanismo de segurança que lhe tenha sido regularmente concedido, nos termos de portaria específica de sistemas e perfis, que autorize o seu acesso às bases de dados informatizadas.*

Assim, materialmente, tem-se que, enquanto o presente enquadramento pune a revelação, de fortes lesividade e ofensa, de dados que refletem garantias fundamentais da pessoa, albergados em cláusulas de sigilo e acessados tão somente em função do cargo, o outro enquadramento abarca a revelação de meros dados cadastrais e de dados econômico-sociais agregados e sem individualização ou abarca ainda a revelação de atos meramente rotineiros da repartição e dos assuntos nela abordados no enquadramento em que não se cogita de má-fé.

Uma outra diferenciação, voltada ao destinatário da revelação, pode ser extraída de definição que constava da revogada Portaria SRF nº 782, de 20/06/97, conforme abordado no art. 116, III, em **4.7.2.3**, a cuja leitura se remete. Em que pese a revogação, permanece faticamente aceitável a diferenciação de ilícitos em função de a revelação restringir-se ao ambiente interno do órgão ou de extrapolar para o ambiente externo. Assim, o mero acesso sem motivação aceitável a banco de dados informatizados, pode configurar inobservância de norma (art. 116, III do Estatuto); já a revelação, para outro servidor da Secretaria da Receita Federal do Brasil, dos dados sigilosos acessados, pode, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, configurar inobservância de norma e quebra do dever de guardar sigilo sobre assunto interno (no presente art. 116, VIII do Estatuto); já a revelação, para estranhos à

Secretaria da Receita Federal do Brasil, dos dados acessados, pode configurar a grave irregularidade de revelação de segredo obtido em razão do cargo (presente art. 132, IX do Estatuto).

Similar encadeamento, desde o acesso, passando pela utilização, até a revelação de dados protegidos por sigilo bancário, pode ser visto nos arts. 8º a 12 do Decreto nº 3.724, de 10/01/01, já reproduzidos em **4.4.12.4**.

Neste rumo, em imediato reflexo do texto legal, mencione-se que a Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11, estabeleceu a pena de demissão, em decorrência do presente enquadramento para o servidor que divulgar ou revelar informação protegida por sigilo fiscal constante de sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

*Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11 - Art. 6º O servidor que divulgar ou revelar informação protegida por sigilo fiscal, constante de sistemas informatizados, com infração ao disposto no art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), fica sujeito à penalidade de demissão prevista no art. 132, inciso IX, da Lei nº 8.112, de 1990.*

Mencione-se que a Lei nº 12.527, de 18/11/11, que regulamenta o direito de petição previsto no art. 5º, XXXIII da CF, estabelece dispositivos materiais, definindo como ilícitudes puníveis, no mínimo, com pena de suspensão, as condutas de o servidor utilizar indevidamente informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em virtude do cargo e de divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir o acesso indevido à informação sigilosa ou pessoal.

*Lei nº 12.527, de 18/11/11 - Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar:*

*II - utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública;*

*IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal;*

*§ 1º Atendido o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, as condutas descritas no caput serão consideradas:*

*II - para fins do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e suas alterações, infrações administrativas, que deverão ser apenadas, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos.*

*§ 2º Pelas condutas descritas no caput, poderá o militar ou agente público responder, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas Leis nºs 1.079, de 10 de abril de 1950, e 8.429, de 2 de junho de 1992.*

Por fim, este enquadramento disciplinar também pode configurar simultaneamente ato de improbidade administrativa definido no inciso III do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

E, mais especificamente, pode ocorrer situações concretas *a priori* enquadráveis no enquadramento em tela mas que também se amoldem aos comandos mais específicos do art. 5º da Lei nº 12.813, de 16/05/13, voltados de forma mais direcionada, reservada e extrema a condutas suscitadoras de conflito de interesses. Estes casos, de grande gravidade, conforme já aduzido em **4.7.3.18.6**, podem atrair a aplicação do enquadramento de improbidade administrativa (por ofensa a princípios reitores da Administração, conforme define o *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92), sendo a pena expulsiva capitulada no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

#### **4.7.4.10 - Inciso X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional**

Este enquadramento alberga duas condutas, sendo ambas dolosas. Como consequência, a nenhuma das duas se aplica a Instrução Normativa CGU nº 4, de 17/02/09,

que prevê o emprego do TCA, como forma de simplificação de investigação, sem rito disciplinar, para condutas culposas e sob determinadas condições, conforme já abordado em **3.2.3.5.2**.

Para tentar esclarecer a literalidade do presente enquadramento, de antemão, faz-se necessário refletir aqui a diferenciação, já expressa no tópico mencionado acima, para as expressões “cofres públicos” e “patrimônio nacional”. A expressão “cofres públicos” reflete a ideia de dinheiros ou recursos públicos, mais comumente referidos como erário, e abarca todos os valores monetários e mobiliários ou bens e mercadorias em poder da Administração e destinados à venda ou de qualquer forma conversíveis em moeda. Daí, erário ou cofres públicos significam, em síntese, delimitadamente, o conjunto de bens e de interesses de natureza econômico-financeira de cada um dos entes federados, quais sejam, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, relevando para o presente o que concerne à União. Diferentemente, de forma mais abrangente, a expressão “patrimônio nacional”, ou patrimônio público, alcança não só os bens e direitos de valor econômico, mas também aqueles de natureza artística, histórica, turística ou estética pertencentes a cada ente federado, conforme define o art. 1º, § 1º da Lei nº 4.717, de 29/06/65, a chamada Lei da Ação Popular. Daí, patrimônio público ou nacional significa, em síntese, todos os bens públicos permanentes ou de consumo, materiais ou imateriais, ainda que não destinados à venda e não conversíveis em dinheiro.

*“Por 'cofres públicos' entendam-se recursos públicos em geral, dinheiro, títulos de créditos, etc. Por “patrimônio nacional” entendam-se os bens corpóreos ou incorpóreos, materiais ou imateriais, de propriedade da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios. Mister reparar a tutela do estatuto geral federal e bens atinentes a outras esferas de governo: Estados, Distrito Federal e Municípios. Isso se denota na expressão patrimônio "nacional", e não somente “federal”. A objetividade jurídica corresponde à inviolabilidade dos bens, recursos financeiros e valores públicos, ou seja, o patrimônio público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, à moralidade administrativa, à continuidade e eficiência dos serviços públicos.”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pg. 323, Editora Juruá, 1ª edição, 2013.*

Dito isto, a lesão aos cofres públicos é compreendida como a má administração ou a perda do dinheiro público, como o conjunto de bens e de interesses de natureza econômico-financeira da União. Daí, igualmente no inciso VIII (aplicação irregular de dinheiros públicos), seu cometimento recai, em geral, sobre servidores que têm poder e competência para gerir ou acessar recursos públicos, tais como os ordenadores de despesas, que emitem empenho, autorizam pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou que por eles respondem, conforme define o art. 80, § 1º do Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67. Também se enquadram neste dispositivo a apropriação indébita, o furto ou o desvio do dinheiro público.

*Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67 - Art. 80.*

*§ 1º Ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.*

A dilapidação, por sua vez, é a má conservação, a destruição, o desperdício dos bens públicos permanentes ou de consumo, materiais ou imateriais, englobando todos os bens e direitos de valor econômico, artístico, histórico, turístico ou estético. A dilapidação do patrimônio significa um agravamento em relação ao inciso VII do art. 116, da Lei nº 8.112, de 1/12/90, abordado em **4.7.2.7**, pois aqui a conduta é dolosa enquanto aquele, em geral abarca condutas culposas. Não obstante, pode não se justificar provocar a instância disciplinar em razão de perda ou dano de valor insignificante.

*Parecer Dasp. Dilapidação do patrimônio nacional e lesão aos cofres públicos*

*- Distinção*

*A lesão aos cofres públicos não se confunde com a dilapidação do patrimônio nacional. Aquela se refere a dinheiro ou valores transacionáveis; esta se relaciona com bens ou utilidades permanentes.*

*Formulação Dasp nº 54. Lesão aos cofres públicos*

*A lesão aos cofres públicos pode configurar-se ainda que não se verifique a prática de peculato.*

*Formulação Dasp nº 55. Lesão aos cofres públicos*

*A lesão aos cofres públicos pressupõe efetivo dano ao Erário.*

*Formulação Dasp nº 64. Lesão aos cofres públicos*

*A lesão culposa aos cofres públicos não é punível com demissão.*

*Parecer Dasp. Dilapidação do patrimônio nacional - Limite de valor do dano - Descabimento*

*O item VIII do art. 207, combinado com o art. 209 do Estatuto, ao prever demissão a bem do serviço público dos funcionários que dilapidem o patrimônio nacional, não estabeleceu qualquer limite de valor ao dano causado.*

*(Nota: O inciso VIII do art. 207 do antigo Estatuto previa a pena de demissão para caso de lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional.)*

*Formulação Dasp nº 205. Dilapidação do patrimônio nacional*

*O funcionário que empresta bens do Estado a particular dilapida o Patrimônio Nacional.*

*Formulação Dasp nº 28. Demissão*

*O funcionário que dissipa bens públicos, não representados por dinheiro, comete dilapidação do patrimônio nacional.*

Ademais, conforme aduzido em **3.2.3.5.2**, destaque-se que, em princípio, o extravio ou o dano de um bem público não necessariamente acarreta instauração de processo administrativo disciplinar contra o servidor cujo nome consta do respectivo termo de responsabilidade ou que o tinha em uso ou guarda. A responsabilização administrativa requer se comprove que, de alguma forma, o servidor atuou ou contribuiu para o evento.

Acrescente-se ainda que este enquadramento disciplinar também pode configurar simultaneamente ato de improbidade administrativa, à vista de diversos incisos do art. 10 da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

#### **4.7.4.11 - Inciso XI - corrupção**

Embora a corrupção passiva esteja tipificada como um dos crimes funcionais contra a Administração Pública, no art. 317 do CP (solicitar ou receber, para si ou para outrem, vantagem indevida ou aceitar promessa de tal vantagem), a Lei nº 8.112, de 11/12/90, a destacou no inciso XI do art. 132. Com isto, uma vez que não se admite letra morta na norma, tem-se que, conceitualmente, a corrupção, administrativamente, é ilícito autônomo, de forma que o enquadramento no art. 132, XI da Lei nº 8.112, de 11/12/90, dispensa ação penal pública, podendo ser processado de forma independente na via administrativa, sem as ressalvas do enquadramento no art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

A rigor, como a Lei nº 8.112, de 11/12/90, considerou como ilícito disciplinar a corrupção de forma genérica, sem adjetivar as espécies passiva ou ativa, impõe interpretar que, à luz do Estatuto, também aqui se enquadra a conduta do servidor que, no exercício do seu cargo, corrompe ou tenta corromper outro servidor.

Esta independência do enquadramento no art. 132, XI da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em relação à tipificação no art. 317 do CP (e ao enquadramento no art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90) também se reflete no fato de que o ilícito disciplinar em tela tem maior campo de

incidência que o crime, de forma que pode ocorrer de um ato não preencher a tipicidade acima descrita do crime de corrupção passiva mas restar enquadrável no ilícito disciplinar de corrupção.

*Formulação Dasp nº 71. Corrupção passiva*

*A administração pode demitir funcionário por corrupção passiva com base, apenas, no inquérito administrativo*

*“Advirta-se, contudo, que em relação ao delito disciplinar previsto no inciso X (sic) do art. 132 do mesmo diploma legal supramencionado, embora possa a hipótese de incidência ali definida enquadrar-se no art. 317 do Código Penal (corrupção passiva), não sobrevive essa dependência da instância penal, podendo a Administração Pública demitir o servidor acusado com respaldo tão somente no processo administrativo disciplinar.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 182, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*(Nota: Subentende-se que o autor quis se referir ao inciso XI e não ao X do art. 132.)*

O certo é que, em ambos os casos, somente se cogita de corrupção quando a conduta do servidor é ilegal ou indevida, ao contrário do enquadramento no inciso XII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições legais), em que a conduta do servidor é regular.

*“(...) para caracterização do ilícito funcional em tela é necessário que o servidor atue de forma ilegal ou indevida, vale dizer, acaso o servidor tenha recebido vantagem indevida para a prática de ato regular, o ilícito funcional será outro - [artigo 117, XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições]*

*Ante a generalidade da norma, considera-se que o dispositivo abarca não só o comportamento do servidor corrompido, mas também o daquele servidor que no exercício de suas atribuições tenta corromper outros servidores.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 334, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Ainda assim, para se evitar questionamento da defesa de que a definição deste ilícito é a mesma do crime da corrupção e daí ter de provocar manifestação definitiva judicial, a exemplo do que se recomendou acerca do enquadramento do art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, também convém que a comissão não enquadre em corrupção, mas sim, por exemplo, em valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem e/ou em improbidade administrativa, do art. 117, IX ou do art. 132, IV, ambos daquela Lei.

#### **4.7.4.12 - Inciso XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas**

Em princípio, na Administração Pública, vigora a vedação à acumulação remunerada de cargos e empregos públicos, estendendo-se os institutos aos proventos de aposentadoria, salvo exceções para duas áreas muito específicas e de relevante interesse público (educação e saúde) e ainda assim sujeitas à compatibilidade de horários e limitada a dois vínculos (não se admite tríplex acumulação). Acerca desta matéria, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, remete às proibições previstas na CF. Por ser matéria constitucional, a vedação à acumulação se projeta em qualquer esfera da Administração federal, estadual e municipal.

*CF - Art. 37.*

*XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14/06/98)*

*a) a de dois cargos de professor;*

*b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14/06/98)*

*c) a de dois cargos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 34, de 13/12/01)*

*XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14/06/98)*

*§ 10 É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração do cargo, emprego ou função pública, ressalvados os casos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)*

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 9º*

*Parágrafo único. O servidor ocupante de cargo em comissão ou de natureza especial poderá ser nomeado para ter exercício, interinamente, em outro cargo de confiança, sem prejuízo das atribuições do que atualmente ocupa, hipótese em que deverá optar pela remuneração de um deles durante o período da interinidade. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*Art. 19.*

*§ 1º O ocupante de cargo em comissão ou confiança submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, observado o disposto no art. 120, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 19/97)*

*Art. 118. Ressalvados os casos previstos na Constituição, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos.*

*§ 1º A proibição de acumular estende-se a cargos, empregos e funções em autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios.*

*§ 2º A acumulação de cargos, ainda que lícita, fica condicionada à comprovação da compatibilidade de horários.*

*§ 3º Considera-se acumulação proibida a percepção de vencimento de cargo ou emprego público efetivo com proventos da inatividade, salvo quando os cargos de que decorram essas remunerações forem acumuláveis na atividade. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*Art. 119. O servidor não poderá exercer mais de um cargo em comissão, exceto no caso previsto no parágrafo único do art. 9º, nem ser remunerado pela participação em órgão de deliberação coletiva. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica à remuneração devida pela participação em conselhos de administração e fiscal das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, bem como quaisquer empresas ou entidades em que a União, direta ou indiretamente, detenha participação no capital social, observado o que, a respeito, dispuser legislação específica. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4 de setembro de 2001)*

*Art. 120. O servidor vinculado ao regime desta Lei, que acumular lícitamente dois cargos efetivos, quando investido em cargo de provimento em comissão, ficará afastado de ambos os cargos efetivos, salvo na hipótese em que houver compatibilidade de horário e local com o exercício de um deles, declarada pelas autoridades máximas dos órgãos ou entidades envolvidos. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*“Observadas essas condições (profissão regulamentada e compatibilidade de horários), são cumuláveis entre si todos os cargos e empregos privativos de profissionais do setor de saúde. Incluem-se, entre si, na exceção constitucional,*

*médicos, psicólogos, dentistas, enfermeiros, farmacêuticos e outros. Podem, igualmente, ser acumulados dois cargos de médico-veterinário, o que não era permitido antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 34/2001.” José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pg. 468, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

*“Quanto a dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, quais são eles? Técnico em enfermagem; Enfermagem; Técnico em radiologia; Medicina. Tais cargos podem ser acumulados mesmo que um deles seja de nível médio, caso do técnico em enfermagem e radiologia.” Judivan Juvenal Vieira, “Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 99, IOB Thomson, 1ª edição, 2005*

Tanto é verdadeira a regra da não acumulação que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabelece a entrega, por parte do servidor, de declaração de que não exerce outro cargo, como pré-requisito para a posse.

*Lei nº 8.112, de 12/11/90 - Art. 13.*

*§ 5º No ato da posse, o servidor apresentará declaração de bens e valores que constituem seu patrimônio e declaração quanto ao exercício ou não de outro cargo, emprego ou função pública.*

A exceção, então, da licitude da acumulação de dois cargos públicos requer dois requisitos cumulativos: compatibilidade de natureza dos cargos e de horário. Assim, somente há licitude nas acumulações de dois cargos da área de saúde, ou de um cargo técnico ou científico com um cargo de professor, ou dois cargos de professor (não podendo em nenhum destes casos o professor ter aderido a regime de dedicação exclusiva) e, em todos os casos, com compatibilidade de horário. Ainda que materialmente determinada acumulação seja lícita, restará ilícita se houver incompatibilidade de horário.

É de se ressaltar que a vedação da acumulação de proventos da aposentadoria com a remuneração de outro cargo foi uma inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98. A partir desta data, o inativo aposentado pelo exercício de cargo público não pode acumular os proventos da aposentadoria com eventual remuneração de cargo público em que tenha sido investido e que seja inacumulável com aquele cargo no qual se aposentou (esse servidor terá de optar pelos proventos da aposentadoria ou pela remuneração do novo cargo). Não existindo tal vedação antes da data da publicação da Emenda Constitucional, força dizer que as acumulações de proventos de aposentadoria com remuneração de cargos quando o reingresso no serviço público deu-se antes de 16/12/98 não são alcançadas pela proibição em tela. E assim realmente expressou o art. 11 daquela Emenda Constitucional.

*Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98 - Art. 11. A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo.*

O tema de acumulação de cargos públicos apresenta algumas peculiaridades quando se traz à tona cargo em comissão. Por sua própria definição, um cargo em comissão pode ser exercido por quem já possua cargo efetivo (cabendo ao servidor a opção quanto à composição de sua remuneração) e por aposentado, conforme leitura conjunta do art. 37, V e § 10 da CF. Infraconstitucionalmente, o art. 120, em conjunto com o art. 19, § 1º, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabelecem que, como regra, devido à necessária dedicação exclusiva à relação de confiança depositada (que autoriza a convocação do servidor sempre que houver interesse da Administração), o cargo em comissão não pode ser acumulado quando o servidor licitamente já acumula dois cargos efetivos, devendo então o servidor se afastar destes dois

cargos, a menos que haja comprovada compatibilidade de horário e local com um deles. Ainda na Lei nº 8.112, de 11/12/90, novamente em função da exigida dedicação à confiança depositada, extrai-se que os cargos em comissão não são acumuláveis entre si, com exceção da interinidade, conforme leitura conjunta do art. 119 com o parágrafo único do art. 9º daquele Estatuto.

Interessante também mencionar que, ao regulamentar o art. 236 da CF, a Lei nº 8.935, de 18/11/94, em seu art. 25, estabeleceu que a titularidade de serviços notariais e de registro, após concurso público e mediante posse por delegação do Poder Público, investe o notário (ou tabelião) e oficial de registro (ou registrador) na condição de servidor público *lato sensu* e, como tal, seu exercício é incompatível com qualquer outro cargo, emprego ou função pública.

*CF - Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.*

*§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.*

*§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.*

*§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.*

*Lei nº 8.935, de 18/11/94 - Art. 25. O exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou o de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão.*

*§ 2º A diplomação, na hipótese de mandato eletivo, e a posse, nos demais casos, implicará no afastamento da atividade.*

Destaque-se que o inciso XII do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, refere-se à vedação do exercício de mais de um cargo, emprego ou função pública, de acordo com as condições definidas nos arts. 118 a 120, não se confundindo com a possível incompatibilidade do exercício de um múnus público com atividades privadas, definida no art. 117, XVIII, todos daquela mesma Lei.

Em função da exceção constitucional de se permitir acumular um cargo de professor com outro cargo técnico ou científico, faz-se necessário definir estas duas espécies, em diferenciação às atividades meramente administrativas. Diz-se “técnico” o cargo cujo satisfatório desempenho de suas atribuições requeira indispensavelmente que o servidor adquira ou possua, seja em decorrência da experiência prática, seja por meio de capacitação e treinamento, um conhecimento técnico-profissional especializado. E o cargo é dito “científico” quando a investidura antecipadamente requeira, como requisito legal, um saber ou uma habilitação específicos obtidos mediante atividade professoral (tal como grau de escolaridade exigido, médio ou superior). A atribuição de natureza técnica ou científica a um cargo depende fortemente das atividades concretas e cotidianas que necessariamente o servidor tem de executar no desempenho daquela função pública e, por consequência, também do rol de conhecimentos que se exige deste agente, que podem ser obtidos pela experiência profissional ou que já podem ter sido impostos como requisito legal para a investidura e que indispensavelmente são aplicados no exercício das atribuições legais.

Diferencie-se, de outro lado, que a aceção de técnico ou de científico de um cargo não se atrela às condições ou capacitações pessoais de cada servidor; em outras palavras, não é o currículo escolar e acadêmico ou profissional do servidor que, por si só, lhe atribui individualmente alguma daquelas adjetivações. Ainda que o servidor possua imenso amplo e sólido rol de saberes e de conhecimentos, a consideração de que um cargo é técnico ou científico vincula-se a suas atribuições legais, as quais requerem para seu desempenho a

aplicação daquele preparo profissional ou acadêmico. A qualificação individual do agente pode ser pré-requisito para a investidura no cargo, sem que necessariamente este cargo tenha, em suas atribuições legais, atividades que requeiram conhecimento técnico ou habilitação legal.

Atente-se que não necessariamente apenas pelo fato de o cargo exigir grau de escolaridade superior significa que seja técnico ou científico. O grau de escolaridade superior, como requisito de investidura, não é condição necessária e muito menos suficiente para que o cargo seja qualificado como técnico ou como científico. De um lado, pode-se ter cargo de nível intermediário que exija capacitação prévia em curso técnico específico e que, como tal, será qualificado na acepção constitucional em comento; de outro lado, um cargo cujas atribuições legais se revelam meramente burocráticas (rotineiras, repetitivas e de baixo grau de complexidade) não será assim considerado, independentemente de eventual exigência de determinado grau de escolaridade para investidura e da habilitação pessoal do servidor. Por fim, a mera denominação do cargo em nada importa para, juridicamente, lhe emprestar natureza técnica ou científica nos termos exigidos pelo ordenamento, como ocorre, por exemplo, em cargo cujo nome compõe-se do termo “Técnico”.

O Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, por meio de sua Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações no Trabalho no Serviço Público (MPDG/SEGRT), já se manifestou conforme acima defendido, na Nota Informativa nº 443/2016-MP, também adotado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, na Nota PGFN/CJU/COJPN nº 307/2016.

*Nota Informativa nº 443/2016-MP: “23. (...) Destarte, o conceito de cargo técnico ou científico depende da qualificação específica exigida para a investidura no cargo, a natureza das atividades desenvolvidas e a aplicação, no exercício das atribuições inerentes ao cargo, dos conhecimentos adquiridos de acordo com a qualificação específica.”*

*“(...) o intuito da restrição é contrapor essas atividades técnicas ou científicas àquelas meramente administrativas, para as quais não se exige formação profissional específica de nível técnico ou científico, entre nós, no mínimo superior, de nível universitário. (...)*

*Atividades científicas, em conclusão, serão consideradas aquelas desempenhadas especialmente no campo da pesquisa, e técnicas aquelas para as quais se exige formação profissional de nível universitário.” Edmir Netto de Araújo, “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, pg. 80, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

No caso específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil, os cargos de AFRFB e ATRFB são, na definição legal, cargos técnicos e, portanto, podem, à vista de compatibilidade de horário, acumular lícitamente com cargo de professor. Por outro lado, os cargo integrantes do Pefaz não perfazem os requisitos legais e jurídicos para serem considerados técnicos ou científicos.

Neste particular, tem-se que, em regra, os cargos federais, por força do art. 19 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, sujeitam-se à jornada de quarenta horas semanais, equivalente a oito horas diárias. A redução de jornada de cargos efetivos (para trinta ou vinte horas semanais, equivalentes a seis ou quatro horas diárias), prevista no *caput* e no § 1º do art. 5º e no art. 6º, ambos da Medida Provisória nº 2.174-28, de 24/08/01, possibilita o exercício de gerência e de administração de sociedades privadas e a prática de atos de comércio, exceto se o servidor já acumula lícitamente um cargo de professor público com outro cargo de natureza técnica. Ressalte-se que tal redução de jornada tem limitada aplicação nos quadros da Secretaria da Receita Federal do Brasil, vez que vedada aos AFRFB, nos termos do inciso VI do seu art. 3º, combinado com o § 1º do seu art. 5º (conforme já se aduziu em **3.2.5**).

*Medida Provisória nº 2.174-28, de 24/08/01 - Art. 3º*

*I - Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional e Assistente Jurídico*

*da Advocacia-Geral da União;*

*II - Procurador Autárquico, Advogado e Assistente Jurídico dos órgãos de execução ou vinculados à Advocacia-Geral da União;*

*III - Defensor Público da União;*

*V - Delegado de Polícia Federal, Perito Criminal Federal, Escrivão de Polícia Federal, Agente de Polícia Federal, Papiloscopista, Policial Federal e Policial Rodoviário Federal; e*

*VI - Auditor-Fiscal da Receita Federal, Auditor-Fiscal da Previdência Social e Auditor-Fiscal do Trabalho.*

*Art. 5º É facultado ao servidor da administração pública direta, autárquica e fundacional, ocupante exclusivamente de cargo de provimento efetivo, requerer a redução da jornada de trabalho de oito horas diárias e quarenta semanais para seis ou quatro horas diárias e trinta ou vinte horas semanais, respectivamente, com remuneração proporcional, calculada sobre a totalidade da remuneração.*

*§ 1º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras ou dos cargos de que tratam os incisos I a III e V e VI do caput do art. 3º.*

*Art. 6º Além do disposto no § 1º do art. 5º, é vedada a concessão de jornada de trabalho reduzida com remuneração proporcional ao servidor:*

*I - sujeito à duração de trabalho estabelecida em leis especiais; ou*

*II - ocupante de cargo efetivo submetido à dedicação exclusiva.*

*Art. 17. O servidor poderá, durante o período em que estiver submetido à jornada reduzida, exercer o comércio e participar de gerência, administração ou de conselhos fiscal ou de administração de sociedades mercantis ou civis, desde que haja compatibilidade de horário com o exercício do cargo.*

*§ 1º A prerrogativa de que trata o caput deste artigo não se aplica ao servidor que acumule cargo de Professor com outro técnico relacionado nos incisos I a VI do caput do art. 3º ou no § 2º do mesmo artigo.*

*§ 2º Aos servidores de que trata o caput deste artigo aplicam-se as disposições contidas no art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, à exceção da proibição contida em seu inciso X.*

A propósito, obtém-se coerência na interpretação conjunta destes dispositivos em comento com o *caput* e com o § 1º do art. 3º da Lei nº 11.890, de 24/12/08, que veda o exercício de atividades públicas ou privadas potencialmente causadoras de conflito de interesses, tendo ressalvado que mesmo a prática de atividades não conflituosas se condiciona à compatibilidade de horários. Em complemento ao que se aduziu em **4.7.3.18.5**, quando se abordou a questão da compatibilidade de exercício do cargo de AFRFB ou ATRFB com a prática de atividade privada, aqui se tutela a licitude de acumulação de duas matrículas públicas, sendo certo que a Lei nº 11.890, de 24/12/08 - como de outra forma não poderia ser -, em nada afrontou ou inovou em relação às disposições constitucionais para acumulação lícita na Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil: excepciona-se a vedação de atividade remunerada para o caso de magistério público, uma vez que a CF permite a acumulação remunerada dos cargos de AFRFB ou de ATRFB com um cargo de professor público.

Já os cargos de professor, de acordo com a manifestação vinculante exarada no Parecer AGU nº GQ-145 e com os dispositivos da Lei nº 4.345, de 26/06/64, e do Decreto nº 94.664, de 23/07/87, podem ter jornadas de vinte ou de quarenta horas semanais. Destaque-se a peculiaridade de que os professores do magistério superior somente exercem jornada de quarenta horas semanais em regime de dedicação exclusiva, enquanto o magistério de ensino médio ou fundamental pode ter jornada de quarenta horas com ou sem dedicação exclusiva. Informe-se que determinados cargos públicos, em decorrência da natureza de suas atribuições legais (por exemplo, professores e pesquisadores, por leis específicas, e também os cargos em comissão de forma geral, estes últimos pela literalidade do art. 19, § 1º da própria Lei nº 8.112, de 11/12/90), comportam a condição ou a prerrogativa de o servidor, em jornada de

quarenta horas semanais, dedicar-se exclusivamente àquela atividade, eliminando qualquer possibilidade de exercer outra atividade, pública ou até mesmo privada, de acordo com manifestação do então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), por meio da Coordenação-Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação de Normas, inserida na Secretaria de Recursos Humanos (MPOG/SRH/Denop/CGNOR), estampada na Nota Técnica CGNOR/Denop/SRH/MPOG nº 899/2010,

*Lei nº 4.345, de 26/06/64 - Art. 11. Os funcionários do Serviço Civil do Poder Executivo, integrantes de órgãos da administração direta e das autarquias, que exerçam atividades de magistério, técnicas, de pesquisas ou científicas, poderão ficar sujeitos, no interesse da administração e ressalvado o direito de opção, ao regime de tempo integral e dedicação exclusiva, de acordo com a regulamentação a ser expedida, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, ficando revogados os dispositivos constando do Capítulo XI da Lei nº 3.780, de 12 de julho de 1960.*

*§ 1º Pelo exercício do cargo em regime de tempo integral e dedicação exclusiva, será concedida, ao funcionário, gratificação fixada, no mínimo de 40% (quarenta por cento) do valor do vencimento do cargo efetivo, ficando revogadas as bases percentuais fixadas na Lei nº. 3.780, de 12 de julho de 1960.*

*Art. 12. Considera-se regime de tempo integral o exercício da atividade funcional sob dedicação exclusiva, ficando o funcionário proibido de exercer cumulativamente outro cargo, função ou atividade particular de caráter empregatício profissional ou pública de qualquer natureza.*

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 19.*

*§ 1º O ocupante de cargo em comissão ou confiança submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, observado o disposto no art. 120, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*Nota Técnica CGNOR/Denop/SRH/MPOG nº 899/2010: “2. De fato, em que pese o próprio texto constitucional autorizar a acumulação de dois cargos de professor, desde que haja compatibilidade de horário, tal hipótese não se afigura possível no caso de professores que, espontaneamente, se submetem ao regime de dedicação exclusiva. Frise-se que tal regime dá ensejo à percepção de gratificação especial e obriga o professor a prestar 40 (quarenta) horas semanais em dois turnos diários, sendo também impedido de exercer outra atividade remunerada, pública ou privada. Isto é o que dispõe o art. 14 do Decreto nº 94.664/1987, que regulamenta a Lei nº 7.596/1987. (...)”*

*“O servidor público ocupante de cargo sujeito ao regime de tempo integral e dedicação exclusiva não poderá, em hipótese alguma, exercer outra função pública ou particular, ainda que em acumulação permitida pela Constituição.*

*A razão de tal proibição consiste no fato de que, percebendo gratificação para dedicar-se com exclusividade a determinada função, não poderá o servidor que acumula outra atividade encontrar-se disponibilizado para enfrentar, em tempo integral, as tarefas compreendidas naquele mister. (...)*

*Por sujeitar-se a uma jornada de trabalho de, no mínimo, quarenta horas semanais, o funcionário sob regime de dedicação exclusiva fará jus a uma gratificação para recompensar tal exclusivismo, que inclui o dever de ficar, por tempo integral, à disposição do órgão em que estiver servindo, o qual poderá convocar os seus serviços sempre que as necessidades da repartição o exigirem. (...)*

*Essa regra deverá ser igualmente estendida aos ocupantes de cargos em comissão (...).*

*Vale acrescentar que, cessada a sujeição do funcionário ao regime de tempo integral e dedicação exclusiva, reassumirá ele, automaticamente, o cargo ou cargos dos quais houver sido afastado, observadas as disposições legais sobre a reassunção do exercício’.*

*Releva salientar que, tratando-se de acumulação legal de um cargo ativo com outro inativo, o servidor que for colocado em regime de tempo integral não ficará, por razões cristalinas, obrigado a deixar de perceber os proventos de sua aposentadoria, uma vez que tal circunstância em nada impede que se dedique com exclusividade a essa função que ainda exerce.” José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pgs. 477 a 479, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

Ainda segundo o mencionado Parecer AGU, pode ser considerada aceitável a acumulação de um cargo técnico com outro de professor de forma a totalizar até sessenta horas semanais (por exemplo, quarenta horas semanais para o primeiro e vinte para o segundo). Por outro lado, à vista da necessidade intransponível de descanso, cuja preservação visa a tutelar o interesse público da qualidade de desempenho das duas atribuições legais, não se tolera como lícita a acumulação de um cargo técnico com outro de professor, ambos com jornadas de quarenta horas semanais, totalizando oitenta horas. Destaque-se que, para tal hipótese, o citado Parecer abordou que nem mesmo a consideração de que o professor não executa integralmente sua jornada em sala de aula valida a acumulação com um cargo técnico. Por óbvio, a possibilidade acima exposta, de acumulação lícita de cargo técnico com professor é afastada no caso de magistério superior em que o servidor optou pelo regime de dedicação exclusiva.

*Parecer AGU nº GQ-145, vinculante: “11. Os ocupantes de cargos técnicos ou científicos estão sujeitos, de lege lata, em regra, a quarenta horas (v. a Lei nº 8.112, de 11/12/90, art. 19, e a M.P. nº 1.587-7, de 5/3/98, art. 18, e normas posteriores) e os docentes dos estabelecimentos federais de ensino aos regimes de vinte ou quarenta horas, todos semanais. O professor submetido à carga de quarenta horas, com dedicação exclusiva, é obrigado a trabalhar em dois turnos diários completos e com impedimento para o desempenho de outra atividade remunerada, pública ou privada (cfr. o Decreto nº 94.664, de 23/7/87, arts. 14, 15 e 58, e normas posteriores).*

*12. Assim, nos casos em exame, os servidores somente poderiam ser submetidos, necessariamente, às cargas de sessenta ou oitenta horas semanais, presente a exigência da compatibilidade horária, cuja acepção, a seguir delineada, indica a inviabilidade da acumulação de que provenha o último quantitativo.*

*17. Por mais apto e dotado, física e mentalmente, que seja o servidor, não se concebe razoável entenderem-se compatíveis os horários cumpridos cumulativamente de forma a remanescer, diariamente, apenas oito horas para atenderem-se à locomoção, higiene física e mental, alimentação e repouso, como ocorreria nos casos em que o servidor exercesse dois cargos ou empregos em regime de quarenta horas semanais, em relação a cada um. A esse propósito, torna-se oportuno realçar, no respeitante ao sono:*

*20. Sob essa ótica, deduz-se irrelevante a conotação de que o regime laboral dos docentes compreende as aulas efetivas e as atividades de “orientação e atendimento a alunos, conferências, correções de trabalhos e provas, elaboração de aulas e trabalho de campo, atividades estas desenvolvidas com ampla flexibilidade de horário e liberdade para exercê-las fora do estabelecimento de ensino”, como o afirma a Universidade (v. o item 4 deste expediente), porquanto, ainda que essa elástica distribuição de atividades apresente respaldo legal, não possui o condão de desobrigar o professor de cumprir integralmente a carga horária e em decorrência da qual é retribuído.”*

*“Na compatibilidade de horários, não há que se examinar apenas se há conflitos, mas também, o cumprimento de horas mínimas a serem atendidas e a possibilidade desse atendimento. Assim, não são compatíveis os horários de dois cargos, para efeito de acumulação remunerada, quando não permitem ao servidor intervalos normais para refeição e repouso. Assim, também, não poderá ser apenas teórica, como também prática, a compatibilidade, verificando-se a distância entre os estabelecimentos onde o funcionário irá*

*exercê-los.” Wolgran Junqueira Ferreira, “Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União”, pg. 111, Edições Profissionais, 1ª edição, 1992*

E as jurisprudências do Tribunal de Contas da União e judicial mais atuais têm se manifestado consonante com o este posicionamento externado pela Advocacia-Geral da União, acatando a imposição de limite de sessenta horas semanais mesmo em casos de acumulação materialmente aceita.

*TCU, Acórdão nº 8.614/2016: “Acórdão: 9.3. determinar Instituto Nacional do Seguro Social, com base no art. 262 do Regimento Interno deste Tribunal, que:*

*9.3.2. oriente a Sra. (...) de que ela poderá:*

*9.3.2.1. optar por um dos cargos ocupados, nos termos do artigo 133 da Lei 8.112/1990;*

*9.3.2.2. permanecer nos dois cargos, desde que seja promovida a redução da carga horária semanal de trabalho, que atualmente soma 80 horas, para, no máximo, 60 horas semanais, de forma a não causar prejuízo à qualidade e eficiência do serviço prestado, conforme detalhado no voto que integra este acórdão;”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 17.992: Ementa: “1. A acumulação ilegal de cargos públicos, expressamente vedada pelo art. 37, XVI, da Constituição Federal, protraí-se no tempo, podendo ser investigada a qualquer época, nos termos do art. 133 da Lei n. 8.112/1990, até porque os atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso temporal. Afastada a alegação de prescrição. Precedentes. 2. A Primeira Seção desta Corte, alterando seu pensamento anterior, concluiu que a acumulação de cargos é exceção, devendo ser interpretada de forma restritiva, de forma a atender ao princípio constitucional da eficiência, uma vez que o profissional da área de saúde precisa estar em boas condições físicas e mentais para bem exercer as suas atribuições. Nesse contexto, entendeu que é coerente o limite de 60 (sessenta) horas semanais estabelecido no Parecer GQ145/98 da AGU nas hipóteses de acumulação de cargos públicos, não havendo o esvaziamento da garantia prevista no art. 37, XVI, da Constituição Federal. 3 Hipótese em que a servidora perfazia o total de 72 horas e 30 minutos semanais, acima do limite máximo permitido para efeito de acumulação lícita de cargos públicos por profissionais de saúde, não havendo que se falar em ilegalidade do ato apontado como coator.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 19.336; “Ementa: 1. Trata-se de mandado de segurança atacando ato do Ministro de Estado da Saúde consistente na demissão da impetrante do cargo de enfermeira por acumulação ilícita cargos públicos (com fundamento nos arts. 132, XII, e 133, § 6º, da Lei 8.112/90), em razão de sua jornada semanal de trabalho ultrapassar o limite de 60 horas semanais imposto pelo Parecer GQ-145/98 da AGU e pelo Acórdão 2.242/2007 do TCU. 2. Acertado se mostra o Parecer GQ-145/98 da AGU, eis que a disposição do inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal - “é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI” - constitui exceção à regra da não-acumulação; assim, deve ser interpretada de forma restritiva. 3. Ademais, a acumulação remunerada de cargos públicos deve atender ao princípio constitucional da eficiência, na medida em que o profissional da área de saúde precisa estar em boas condições físicas e mentais para bem exercer as suas atribuições, o que certamente depende de adequado descanso no intervalo entre o final de uma jornada de trabalho e o início da outra, o que é impossível em condições de sobrecarga de trabalho. 4. Também merece relevo o entendimento do Tribunal de Contas da União no sentido da coerência do limite de 60 (sessenta) horas semanais - uma vez que cada dia útil comporta onze horas consecutivas de descanso interjornada, dois turnos de seis horas (um para cada cargo), e um intervalo de*

*uma hora entre esses dois turnos (destinado à alimentação e deslocamento) -, fato que certamente não decorre de coincidência, mas da preocupação em se otimizar os serviços públicos, que dependem de adequado descanso dos servidores públicos. Ora, é limitação que atende ao princípio da eficiência sem esvaziar o conteúdo do inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal. 5. No caso dos autos, a jornada semanal de trabalho da impetrante ultrapassa 60 (sessenta) horas semanais, razão pela qual não se afigura o direito líquido e certo afirmado na inicial.”*

*(Idem: STJ, Mandado de Segurança nº 22.022 e Agravos Internos no Agravo em Recurso Especial nº 956.564 e 964.987)*

*STJ, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 976.311: “Ementa: 2. A 1ª Seção do STJ, no julgamento do MS 19.336/DF, julg. em 26/02/2014, DJe 14/10/2014, decidiu que o Parecer GQ-145/98 da AGU, que trata da limitação da carga horária semanal nas hipóteses de acumulação de cargos públicos, não esvazia a garantia prevista no art. 37, XVI, da Constituição Federal - “é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI” -, isto porque a acumulação de cargos constitui exceção, devendo ser interpretada de forma restritiva, de forma a atender ao princípio constitucional da eficiência, na medida em que o profissional da área de saúde precisa estar em boas condições físicas e mentais para bem exercer as suas atribuições, o que certamente depende de adequado descanso no intervalo entre o final de uma jornada de trabalho e o início da outra, o que é impossível em condições de sobrecarga de trabalho. Desse modo, revela-se coerente o limite de 60 (sessenta) horas semanais, fato que certamente não decorre de coincidência, mas da preocupação em se otimizar os serviços públicos, que dependem de adequado descanso dos servidores públicos. É limitação que atende ao princípio da eficiência sem esvaziar o conteúdo do art. 37, XVI, da Constituição Federal.”*

*(Idem: STJ, Mandado de Segurança nº 21.844)*

*STJ, Agravo Interno no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 163.967: “Ementa: 1. Segundo a dicção do art. 37, XVI da Constituição Federal e do art. 118 da Lei 8.112/90, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, ressalvados os casos topicamente previstos no art. 37, XVI da Constituição Federal, dentre eles o de dois cargos ou empregos privativos de Profissionais de Saúde, desde que haja compatibilidade de horários e os ganhos acumulados não excedam o teto remuneratório previsto no art. 37, XI da Lei Maior. 2. Contudo, a ausência de fixação da carga horária máxima para a cumulação de cargo não significa que tal acúmulo esteja desvinculado de qualquer limite, não legitimando, portanto, o acúmulo de jornadas de trabalhos exaustivas, ainda que haja compatibilidade de horários, uma vez que não se deve perder de vista os parâmetros constitucionais relativos à dignidade humana e aos valores sociais do trabalho, previstos no art. 1º, III e IV da CF.3. A Lei 8.112/90, em seu art. 19, fixou para o Servidor Público a jornada de trabalho de, no máximo, 40 horas semanais, com a possibilidade de duas horas de trabalho extras por jornada. Tomando-se como base esse preceito legal, impõe-se reconhecer que o Acórdão TCU 2.133/05 e o Parecer GQ 145/98, ao fixarem o limite de 60 horas semanais para que o Servidor se submeta a dois ou mais regimes de trabalho, devem ser prestigiados, uma vez que atendem aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.”*

*(Idem: STJ, Mandado de Segurança nº 19.525 e Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 415.766)*

Compete à União apurar a acumulação de cargo federal com outro cargo estadual ou municipal. E, no caso de acumulação de dois cargos federais, a apuração caberá ao órgão que realizou o último provimento.

*Decreto nº 99.177, de 15/03/90 - Art. 2º A responsabilidade pela apuração de*

*casos de acumulação de cargos e empregos federais e a desses com outros de Estados, do Distrito Federal ou de Municípios, caberá aos órgãos de pessoal das entidades federais, preferencialmente aqueles que realizaram o último provimento. (Redação dada pelo Decreto nº 99.210, de 16/04/90)*

*Formulação Dasp nº 190. Acumulação*

*Na acumulação de cargo federal com outro estadual ou municipal, a competência para examinar e decidir é da administração federal.*

Informe-se que a acumulação ilegal de cargos, por si só, repercute apenas administrativamente, não configurando crime.

*“É atípica a conduta daquele que acumula dois cargos públicos remunerados, sujeito o agente apenas a sanções administrativas (RJDTACRIM 32/151).” Julio Fabbrini Mirabete, “Manual de Direito Penal”, pg. 347, Editora Atlas, 17ª edição, 2001*

Em razão das definições já apresentadas em **2.5.3.2**, este ilícito tem natureza permanente, pois, embora a ilicitude já se consuma desde o primeiro momento em que o servidor acumula ilicitamente cargo, emprego ou função pública, a conduta antijurídica de afronta se prolonga no tempo até que o infrator resolva se exonerar ou seja demitido de algum deles.

A exemplo do abandono de cargo e da inassiduidade habitual, a acumulação ilegal de cargos tem seu apuratório em rito sumário, com a materialidade descrita no § 1º do art. 133 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, dando-se ao servidor, antes da instauração do processo disciplinar, a oportunidade de optar por um dos cargos, no prazo de dez dias, conforme se verá em **4.11.2**, mas não configura nulidade a apuração em rito ordinário, visto que nenhum prejuízo traz à defesa (ao contrário, é um rito mais completo).

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 133. Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, a autoridade a que se refere o art. 143 notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar opção no prazo improrrogável de dez dias, contados da data da ciência e, na hipótese de omissão, adotar o procedimento sumário para a sua apuração e regularização imediata, cujo processo administrativo disciplinar se desenvolverá nas seguintes fases: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*§ 1º A indicação da autoria de que trata o inciso I dar-se-á pelo nome e matrícula do servidor, e a materialidade pela descrição dos cargos, empregos ou funções públicas em situação de acumulação ilegal, dos órgãos ou entidades de vinculação, das datas de ingresso, do horário de trabalho e do correspondente regime jurídico. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*

Quanto à questão da opção por um dos cargos em dez dias, a Lei nº 8.112, de 11/10/90, não oferece imediata resposta para a incomum situação de um mesmo servidor que já figure como acusado em um processo administrativo disciplinar por qualquer outro fato e que seja flagrado acumulando um cargo na Secretaria da Receita Federal do Brasil com um outro cargo de qualquer órgão e que queira optar por este segundo cargo. A inusitada complexidade da situação se destaca na hipótese de o servidor desejar optar por se exonerar do cargo que ocupa na Secretaria da Receita Federal do Brasil, uma vez que o art. 172 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, veda-lhe este direito de exoneração a pedido e de aposentadoria voluntária a acusado em processo administrativo disciplinar (com a inteligência de não prejudicar os trabalhos apuratórios).

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional mantém entendimento de que é possível a Secretaria da Receita Federal do Brasil conceder a este servidor a exoneração do cargo que ocupa neste órgão desde que o prazo legal de 140 dias já tenha se esgotado no outro processo administrativo disciplinar em curso e que tal demora não tenha sido intencionalmente causada pelo próprio acusado. Caso se satisfaçam estas condições, na hipótese de o servidor vir a ser demitido no outro PAD, deve a Administração, com lastro no poder de autotutela, converter

em demissão aquela exoneração atipicamente concedida para o cargo ocupado na Secretaria da Receita Federal do Brasil.

*Parecer PGFN/Cojed nº 1.886/2012: “17. (...) deve ser garantido ao servidor o direito de pedir exoneração de seu cargo mesmo que esteja respondendo a outro processo disciplinar, caso este outro PAD tenha ultrapassado o prazo legalmente previsto para o seu término (140 dias) (...) e que o servidor não tenha causado a demora na instrução da investigação, com fito de retardar a conclusão do processo disciplinar.*

*19. Ressalte-se, ainda em relação ao questionamento da Corregedoria-Geral da RFB, que o deferimento da exoneração somente se mostra viável em face da possibilidade de a administração, acaso sobrevenha decisão desfavorável ao servidor nos outros processos administrativos disciplinares, sancioná-lo, cassando o ato exoneratório, com vistas à devida aplicação de penalidade de demissão, com fundamento no poder de autotutela.”*

A materialidade da acumulação ilícita pode ser obtida, dentre outros, por contracheques, fichas financeiras, recibos, folhas de pagamento, contrato de trabalho, carteira de trabalho, folhas de ponto, portarias ou quaisquer outros atos de nomeação, admissão ou designação, declaração de ajuste anual de Imposto sobre a Renda, etc.

A acumulação ilegal importa na aplicação da pena de demissão a todos os cargos em acumulação, ainda que de diferentes órgãos federais ou mesmo de outro ente federado, já que o ilícito é previsto em esfera constitucional. Neste último caso, a autoridade julgadora do processo administrativo disciplinar em que se apurou a ilicitude, além de promover a demissão do cargo ocupado na Secretaria da Receita Federal do Brasil, deve comunicar à respectiva autoridade competente do outro órgão, por meio de ofício com cópia dos autos.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 133.*

*§ 6º Caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé, aplicar-se-á a pena de demissão, destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em relação aos cargos, empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal, hipótese em que os órgãos ou entidades de vinculação serão comunicados. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

Configura-se acumulação ilegal mesmo se o servidor estiver de licença sem remuneração de um dos cargos, pois o que importa é a natureza remunerada dos dois cargos e não o fato em si de recebê-la ou não.

*TCU, Enunciado da Súmula nº 246*

*O fato de o servidor licenciar-se, sem vencimentos, do cargo público ou emprego que exerça em órgão ou entidade da administração direta ou indireta não o habilita a tomar posse em outro cargo ou emprego público, sem incidir no exercício cumulativo vedado pelo artigo 37 da Constituição Federal, pois que o instituto da acumulação de cargos se dirige à titularidade de cargos, empregos e funções públicas, e não apenas à percepção de vantagens pecuniárias.*

*STF, Recurso Extraordinário nº 399.475: “Ementa: (...) a vedação constitucional da acumulação de cargos é direcionada à titularidade de cargos, funções ou empregos públicos e não ao simples fato de o servidor não perceber remuneração ou vantagem do aludido cargo. O fato de os autores estarem em gozo de licença sem vencimentos não descaracteriza a acumulação ilegal de cargos (...). Esta Corte firmou entendimento no sentido de que ‘É a posse que marca o início dos direitos e deveres funcionais, como, também, gera as restrições, impedimentos e incompatibilidades para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos’. (...) a renúncia à remuneração por uma das fontes, mesmo se possível, não teria o condão de afastar a proibição.”*

*“Se estiver o servidor em gozo de licença, quando do advento da acumulação ilegal, tal circunstância não impede o reconhecimento da ilegalidade (RT*

803/149).” *Regis Fernandes de Oliveira, “Servidores Públicos”, pg. 84, Malheiros Editores, 1ª edição, 2004*

A alteração promovida no art. 133 do Estatuto pela Lei nº 9.527, de 10/12/97, eliminou a previsão de devolução de toda a importância recebida indevidamente, por conta da acumulação ilícita. O Parecer AGU nº GQ-145, ao apreciar a questão, comentando a inovação trazida pela Lei supra, asseverou, de forma vinculante, a vedação da reposição, na hipótese de terem sido efetivamente prestados os serviços, com o fim de inibir o enriquecimento sem causa do Estado. É de se perceber que o mencionado Parecer AGU não impede que a Administração exija a reposição proporcional à remuneração paga por horas efetivamente não trabalhadas em algum (ou alguns) dos órgãos em que o servidor não cumpriu completamente a jornada, em decorrência de superposição de horários, sejam acumuláveis ou não os cargos ou empregos e, neste último caso, tenha ou não feito a opção por um dos dois.

*“23. (...) b) silenciou no respeitante à devolução da importância percebida durante a comprovada acumulação de má fé, assim tornando-a inexigível, em face da consequência imediata do princípio da legalidade, que restringe a atuação do administrador público de modo a somente fazer o que a lei permite. Houve evolução legislativa no regramento do instituto, elidindo a reposição dos estímulos pagos, às vezes por longos anos, em virtude da prestação de serviços, com o que o Estado fica impedido de locupletar-se com o trabalho de seus agentes administrativos.”*

*“Contudo, poderá a União cobrar a restituição dos valores pagos ao servidor, acaso seja comprovado que ele não cumpriu, integralmente, a carga horária demandada pelo serviço, em razão, por exemplo, da incompatibilidade de horário.*

*Assim, independentemente da escolha por um dos cargos, empregos ou funções, durante o processo disciplinar, e confirmando-se que o servidor, efetivamente, não trabalhou, deverá a Administração exigir a restituição dos valores pagos indevidamente.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 383, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

#### **4.7.4.13 - Inciso XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117**

Esses enquadramentos já foram abordados em **4.7.3.**

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 117.*

*IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;*

*X - participar de gerência ou administração de empresa privada, sociedade civil, salvo a participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação do capital social, sendo-lhe vedado exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;*

*XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;*

*XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;*

*XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;*

*XV - proceder de forma desidiosa;*

*XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;*

## 4.8 - 2ª FASE: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - CITAÇÃO E DEFESA ESCRITA

### 4.8.1 - Citação para Apresentação de Defesa Escrita e Formas de Entrega

Em seguida à indicição, a comissão, por meio do presidente, deve elaborar a citação para que o indiciado, de lavra própria ou por meio de seu procurador porventura constituído nos autos, apresente defesa escrita.

A citação deve conter: o prazo e o local para apresentar a defesa; o registro do direito à vista do processo na repartição; e o registro de que tem como anexo cópia da indicição. Convém complementar a cópia integral do processo, deduzindo-se o que já foi entregue desde a notificação inicial como acusado ou desde o interrogatório, caso este tenha sido o último momento em que se entregou cópia dos autos, preferencialmente, digitalizada (escaneada) em mídia eletrônica. Havendo mais de um indiciado, elaboram-se citações individuais (ainda que a indicição seja única). **Na hipótese de o processo ser digital e o indiciado estar na ativa (e não licenciado ou afastado), a citação deve informar ainda a possibilidade de os autos serem consultados a qualquer tempo e que a defesa pode ser encaminhada por intermédio da funcionalidade solicitação de juntada de documento (SJD) do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo).**

Quanto à forma de entrega da citação, por força do § 4º do art. 161 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que expressa, em incidente adiante abordado, em **4.8.2.1**, a possibilidade de o indiciado se recusar a receber a citação, interpreta-se que a peça deve, em princípio, ser pessoalmente entregue ao indiciado, uma vez que se pode presumir que a ninguém mais possa interessar o exercício da defesa que ao próprio servidor. Tendo sido o ato de comunicação entregue pessoalmente ao indiciado, dispensa-se a entrega também ao seu procurador. A Lei nº 9.784, de 29/01/99, nos seus arts. 26 e 41, impõe a comunicação apenas ao interessado (acusado, agora indiciado), não a prevendo também para seu procurador, postura ratificada pela jurisprudência.

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.*

*Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.*

*STJ, Mandado de Segurança nº 10.404: “Ementa: 2. A ausência de intimação dos procuradores dos impetrantes não acarreta nulidade destes atos, haja vista a intimação pessoal dos acusados.”*

*STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.741: “Ementa: IV - Inexiste vício a macular o processo administrativo disciplinar no fato de as intimações terem sido feitas apenas ao advogado nomeado pelo servidor indiciado.”*

Na verdade, tudo o que aqui se aduzir acerca da entrega da citação é flexibilizado em duas possibilidades. Da forma com que se convencionou em **4.3.11.3** e em **4.4.3.2**, a despeito da expectativa apriorística acima descrita, havendo manifestação ou aquiescência por parte da defesa para que a citação seja entregue apenas ao procurador, não se faz necessário também entregá-la ao indiciado. Do exposto, em síntese, basta que a citação seja entregue a um dos agentes capazes para tal, ou ao próprio indiciado (a quem se considera o destinatário apriorístico dos atos de comunicação) ou a seu procurador devidamente constituído nos autos (a quem se considera o destinatário subsidiário dos atos de comunicação), e desde que sua procuração não excetue tal poder de receber, conforme já abordado em **4.3.6.1** e em **4.3.6.2**.

Tal linha de construção a favor dos esforços para a entrega pessoal se coaduna perfeitamente com o entendimento de que a citação é ato de relevância destacada no curso do processo, a merecer especial cuidado e rigor de forma, a exemplo do que se defendeu para a notificação inicial de que o servidor figura como acusado nos autos.

A propósito, não há que se perquirir se uma procuração que expressa inequivocamente a intenção do servidor de se fazer representar no curso do processo por determinado procurador, sem ressalvas, contém especificamente manifestado o poder para receber citação. Se a procuração confere os poderes da cláusula *ad juditia et extra* e/ou não deixa dúvida da vontade ampla de parte do servidor de ser integralmente representado no curso do processo, e não ressalva a capacidade para receber atos de comunicação, não cabe eleger o recebimento de citação como se fosse um ato de maior relevância, solenidade e gravidade a ponto de exigir expressa e específica menção no mandato. Não se sustenta a alegação neste sentido com base no art. 105 do CPC, pois quando a lei processual civil menciona que a procuração não habilita o recebimento de citação inicial, lembre-se que esta expressão de ato de comunicação se reporta ao ato de chamamento inaugural da parte aos autos e que, na processualística disciplinar, se chama notificação inicial. Mas, de outro lado, havendo aquela ressalva, não convém que a comissão a desconsidere e imponha ao procurador o recebimento da citação.

Relembre-se que, como no processo disciplinar o acusado possui capacidade postulatória, a não obrigatoriedade de existência e de atuação de procurador e mais especificamente de advogado não acarreta prejuízo, pois ao próprio servidor destinatário citação cabe discernir se lhe convém ter a intervenção do profissional habilitado neste momento de elaboração de peça escrita.

No caso de ser entregue pessoalmente, a citação deve ser extraída em duas vias, ficando uma via com o destinatário e coletando-se recibo datado na outra via, que fará parte do processo.

Quanto ao portador desta preferencial entrega diretamente ao servidor, pode ser realizada tanto por apenas um dos membros da comissão (o presidente ou indistintamente qualquer dos dois vogais, não sendo necessária a formalidade de estarem presentes os três integrantes) quanto por um servidor estranho à comissão, seja integrante do grupo de atividades administrativas dos Escor que porventura o possuam, seja ainda por qualquer servidor do Escor (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros).

Quanto ao local da entrega da citação, aborda-se primeiramente o caso comum de o indiciado ser um servidor lotado ou em exercício na mesma localidade em que se sedia a comissão. O servidor incumbido da tarefa de entregar a citação pode, de imediato, buscar contato telefônico com o servidor, a fim de explicar previamente a situação jurídica em que este se encontra e justificar a necessidade e a relevância deste contato pessoal.

Tendo havido o contato telefônico, pode-se combinar de o servidor comparecer à sala da comissão, até para privilegiar a discricção e a reserva, ou de o portador da citação se dirigir a seu local de trabalho (sobretudo quando o servidor é lotado ou tem exercício em unidade situada no mesmo prédio em que se sedia o colegiado).

Obviamente, esta iniciativa de buscar o prévio contato telefônico com o servidor pode não ser factível quando, de antemão, já se presume que este não colaborará com a conclusão dos trabalhos, inclusive e sobretudo na hipótese de existir fundado receio de se evadir com o provável intuito de tentar estabelecer o incidente da revelia, dificuldade esta que pode ser contornada com um contato prévio com a chefia do servidor ou com o titular da sua unidade de lotação ou de exercício, a fim que solicitar à autoridade que chame o subordinado a seu gabinete, em horário previamente combinado para que o portador da citação também lá compareça.

Avançando nas hipóteses, também no caso de o servidor ser lotado ou ter exercício em unidade situada em localidade distinta daquela em que se sedia a comissão, mantém-se a recomendação de primeiramente se tentar fazer um contato prévio com o próprio, seja por telefone, seja até meio de videoconferência (quando se percebe uma maior necessidade de cautela neste contato) e combinar a remessa da citação por meio do correio eletrônico institucional (nos termos da Portaria SRF nº 1.397, de 11/11/02) ou por meio de correio eletrônico comercial ou particular do servidor ou de seu eventual procurador ou ainda até mesmo por via postal (com aviso de recebimento, conforme o § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 29/01/99).

*Portaria SRF nº 1.397, de 11/11/02 - Art. 1º O Correio Eletrônico, ferramenta de propriedade da Secretaria da Receita Federal - SRF, constitui instrumento de uso institucional, destinado ao intercâmbio de mensagens, para fins de racionalização do trabalho e aumento da produtividade.*

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 26.*

*§ 3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.*

Em **4.3.11.3**, a cuja leitura se remete para evitar desnecessária repetição, apresentam-se as cautelas comprobatórias - e que, portanto, devem ser autuadas - do envio por parte do remetente e do recebimento por parte do destinatário de atos de comunicação por meio de correio eletrônico institucional ou privado e por via postal.

Interessante lembrar que a Lei nº 9.784, de 29/01/99, no § 3º do art. 26; o CPP, no § 2º do art. 370; e o CPC, no *caput* do art. 270 e no art. 273, equiparam a entrega pessoal da intimação (que aqui pode ser compreendida como um ato de comunicação *lato sensu* a exemplo da citação no processo disciplinar) à entrega por via postal e até mesmo a entrega por meio eletrônico. E, mais que isto, o CPC, no *caput* do art. 275, chega mesmo ao ponto de condicionar a entrega pessoal à falha na prévia entrega via postal, priorizando tal meio. O mesmo efeito se obtém dos arts. 246 a 249 do CPC para a entrega da citação, priorizando a via postal, lembrando-se que a citação no processo civil equivale à notificação inicial no processo disciplinar, em que figura como de maior solenidade do que a citação tratada pela Lei nº 8.112, de 11/12/90.

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 26.*

*3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.*

*CPP - Art. 370.*

*§ 1º A intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17/04/96)*

*§ 2º Caso não haja órgão de publicação dos atos judiciais na comarca, a intimação far-se-á diretamente pelo escrivão, por mandado, ou via postal com comprovante de recebimento, ou por qualquer outro meio idôneo. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17/04/96)*

*CPC - Art. 246. A citação será feita:*

*I - pelo correio;*

*II - por oficial de justiça;*

*III - pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório;*

*IV - por edital;*

*V - por meio eletrônico, conforme regulado em lei.*

*Art. 247. A citação será feita pelo correio para qualquer comarca do país, exceto:*

*IV - quando o citando residir em local não atendido pela entrega domiciliar de*

*correspondência;*

*Art. 248.*

*§ 1º A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo.*

*§ 4º Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que, entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente.*

*Art. 249. A citação será feita por meio de oficial de justiça nas hipóteses previstas neste Código ou em lei, ou quando frustrada a citação pelo correio*

*Art. 270. As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei.*

*Art. 273. Se inviável a intimação por meio eletrônico e não houver na localidade publicação em órgão oficial, incumbirá ao escrivão ou chefe de secretaria intimar de todos os atos do processo os advogados das partes:*

*I - pessoalmente, se tiverem domicílio na sede do juízo;*

*II - por carta registrada, com aviso de recebimento, quando forem domiciliados fora do juízo.*

*Art. 275. A intimação será feita por oficial de justiça quando frustrada a realização por meio eletrônico ou pelo correio.*

Daí, é de se inferir que se, para o ato de comunicação de maior relevância processual - qual seja, a notificação inicial da condição de acusado, que chama o servidor aos autos - já se construiu em **4.3.4.1** a aceitabilidade de meios menos formais de concretizá-lo (por correio eletrônico e por via postal), não é de se ter leitura restritiva e literal de que a citação requereria indispensavelmente a entrega pessoal. É de se reiterar que, por mais relevante e até dramático que seja o ato de dar ciência ao servidor de que a comissão firmou convicção preliminar que lhe é contrária, de sua condição de indiciado e de provocá-lo a apresentar defesa, ainda mais relevante e merecedor de cautelas é a notificação inicial da condição de acusado, pois, antes mesmo de exercitar o direito de formular sua peça escrita de defesa, é indispensável que se tenha notícia da existência dos autos.

A aplicação extensiva na processualística disciplinar do comando estabelecido no § 1º do art. 248 do CPC deixa inequívoco que, na hipótese de se empregar via postal para entrega da citação, o único requisito exigido sobre a correspondência é que seja feita por meio de carta registrada com aviso de recebimento. E é importante destacar que o CPC, no § 4º do mesmo art. 248, ratificou a validade da entrega do ato de comunicação a porteiros ou demais empregados em caso de o indiciado residir em condomínio ou qualquer outra espécie de moradia com controle de acesso, sendo certo que alcança também o empregado doméstico da sua própria unidade residencial. E, se o destinatário estiver ausente, o comando legal permite que o responsável pelo recebimento de correspondência recuse receber, desde que declare a ausência por escrito.

Acrescente-se ainda que, segundo a aplicação extensiva do parágrafo único do art. 274 do CPC à processualística disciplinar, na hipótese de mudança de endereço, temporária ou definitiva, por parte do indiciado, sem a devida comunicação à Administração (conforme determina o art. 162 da Lei nº 8.112, de 11/12/90), serão considerados válidos os atos de comunicação que lhe tenham sido enviados, por via postal, para o endereço original, ainda que não recebidos pessoalmente pelo destinatário.

*CPC - Art. 274. Não dispondo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às partes, aos seus representantes legais, aos advogados e aos demais sujeitos do processo pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria.*

*Parágrafo único. Presumem-se válidas as intimações dirigidas ao endereço constante dos autos, ainda que não recebidas pessoalmente pelo interessado, se a modificação temporária ou definitiva não tiver sido devidamente comunicada*

*ao juízo, fluindo os prazos a partir da juntada aos autos do comprovante de entrega da correspondência no primitivo endereço.*

Uma possibilidade mais residual de entrega da citação a servidor lotado ou em exercício em unidade situada em localidade distinta daquela em que se sedia a comissão, contando com concordância doutrinária, é o presidente da comissão encaminhar, por meio de malote, as duas vias do documento e cópia dos autos para o chefe da unidade, na forma de uma carta precatória (cuja definição se encontra no inciso III do art. 237 do CPC, ou simplesmente precatória, conforme lhe dá emprego o art. 353 do CPP), para que aquela autoridade entregue pessoalmente ao servidor e devolva à comissão uma via devidamente assinada e datada (ressalve-se que esta situação em nada se confunde com os dois incidentes narrados a seguir, em **4.8.2**). Pode-se cogitar ainda da possibilidade de nomeação de um secretário remoto, na localidade onde se encontra o indiciado, pelo presidente da comissão ou pela autoridade instauradora (possivelmente já desde a instrução processual) e então que se o utilize para a entrega da citação, conforme já se expôs em **4.3.10.4**.

*CPP - Art. 353. Quando o réu estiver fora do território da jurisdição do juiz processante, será citado mediante precatória.*

*CPC - Art. 237. Será expedida carta:*

*III - precatória, para que órgão jurisdicional brasileiro pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato relativo a pedido de cooperação judiciária formulado por órgão jurisdicional de competência territorial diversa;*

*“Conquanto sejam silentes os regimes disciplinares a respeito da modalidade de citação por precatória, entendemos que inexistam qualquer contra-indicação jurídica a que se realize, no processo disciplinar, a citação por essa forma.”  
José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 161, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Prosseguindo ainda mais nas hipóteses, no caso de servidor que se encontra em gozo de licença ou inativo (aposentado ou em disponibilidade) ou de ex-servidor (já punido com pena expulsiva em outro processo administrativo disciplinar - PAD - ou exonerado), qualquer daqueles portadores aceitáveis deve tentar o contato no último domicílio atualizado dentre todos os constantes das diversas bases de dados ao dispor da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Neste rol, pode-se citar as bases de dados disponíveis no macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas (mais especificamente no Sistema de Apoio às Atividades Administrativas (SA3) ou nos processos de trabalho de arrecadação e de fiscalização (tais como no Sistema de Cadastro Pessoas Físicas - CPF e nas declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - DIRPF).

Ainda nestes casos de servidor licenciado ou inativo ou de ex-servidor, pode-se também estender quaisquer tentativas anteriormente expostas para servidor lotado ou em exercício em unidade situada na mesma localidade em que se sedia a comissão ou em localidade distinta.

Estando o servidor em local sabido no exterior e sem ter constituído procurador, poder-se-ia cogitar de adaptar ao processo disciplinar o instrumento da carta rogatória (cuja definição se encontra no inciso II do art. 237 do CPC e conforme lhe dão emprego os arts. 368 e 783 do CPP), com o quê a comissão provocaria a autoridade instauradora a encaminhar ao Ministério da Justiça (MJ) o pedido de citação, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes. Todavia, a jurisprudência entende que, como o instituto da carta rogatória é de competência exclusiva do Poder Judiciário, somente se aplica ao processo judicial, devendo se adotar na espécie a provocação mediante ofício dirigido à autoridade consular (embora o julgado mencione expressamente oitiva de testemunha, verificando-se que o entendimento se funda na natureza extrajudicial do ato, também se aplica à citação do indiciado). Destaque-se que, estando o servidor em local sabido, ainda que no estrangeiro, não

se pode lançar mão de citação por edital, descrita a seguir, em **4.8.2.2**.

*CPP - Art. 368. Estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu cumprimento. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996)*

*Art. 783. As cartas rogatórias serão, pelo respectivo juiz, remetidas ao Ministro da Justiça, a fim de ser pedido o seu cumprimento, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes.*

*CPC - Art. 237. Será expedida carta:*

*II - rogatória, para que órgão jurisdicional estrangeiro pratique ato de cooperação jurídica internacional, relativo a processo em curso perante órgão jurisdicional brasileiro;*

*TRF da 2ª Região, Apelação Cível nº 381.707: “Ementa: A colheita de prova testemunhal realizada por autoridade consular e requerida mediante ofício não macula o processo administrativo disciplinar a ser por ela instruído, pois, em se tratando de ato extrajudicial (Decretos 1.560/95 e 1.850/96), descabida a expedição de carta rogatória, para a qual seriam exclusivamente competentes as autoridades jurisdicionais.”*

No caso específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil, estando no exterior o servidor a ser citado e não tendo constituído procurador, deve a comissão emitir a citação e, mediante ofício, encaminhá-lo à autoridade instauradora, com solicitação de que esta encaminhe à Coordenação-Geral de Relações Internacionais (Corin), a fim de que esta unidade central realize o ato, mediante a Embaixada brasileira no país. Se o país no exterior contar com Adidância Tributária e Aduaneira da Secretaria da Receita Federal junto à Embaixada do Brasil (caso dos Estados Unidos da América, Argentina e Paraguai), pode a autoridade instauradora remeter a citação, via ofício, à Adidância, para que esta, junto à Embaixada, diligencie para a realização do ato.

Em qualquer dos casos elencados, para as mais diversas situações ou condições funcionais ou geográficas do servidor, o caráter alternativo da entrega da citação ao indiciado ou ao seu procurador e a múltipla possibilidade de meios e formas de fazê-lo validamente foram referendados pela manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 10, de 30 de outubro de 2015, desde que feita por escrito (não se aceita o comunicado meramente verbal) e com comprovação da ciência, na linha do § 3º do art. 26 da Lei nº 9.784, de 29/01/99. Embora se reconheça que a literalidade do dispositivo mais pareça se reportar apenas às comunicações de atos de instrução processual, não se faz imperativa uma leitura restritiva, podendo se tomar como referência para outros momentos processuais, conforme aqui se faz.

*Enunciado CGU/CCC nº 10, de 2015: “Validade da notificação de atos processuais. A validade de uma intimação ou notificação real fica condicionada a ter sido realizada por escrito e com a comprovação da ciência pelo interessado ou seu procurador, independentemente da forma ou do meio utilizado para sua entrega”.*

#### **4.8.1.1 - Autos Originais não Saem da Repartição**

Nos termos já expostos em **4.3.12.2**, o fornecimento de cópia junto à citação supre a prerrogativa prevista no Estatuto da OAB de que o patrono pode retirar processo administrativo da repartição. Em reforço, há previsão no mesmo Estatuto para que se negue a retirada dos autos em função de circunstância relevante ou se existir documento original de difícil restauração. Por fim, ainda que assim não fosse, afastando de vez qualquer hipótese de retirada do processo, a própria Lei nº 8.112, de 11/12/90, no § 1º do art. 161, claramente restringe, mesmo no momento de maior gravidade para o servidor (no prazo de apresentação

de defesa), a vista dos autos apenas na repartição.

*Lei nº 8.906, de 04/07/94 - Estatuto da OAB - Art. 7º São direitos do advogado: XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais;*

*§ 1º Não se aplica ao disposto nos incisos XV e XVI:*

*2) quando existirem nos autos documentos originais de difícil restauração ou ocorrer circunstância relevante que justifique a permanência dos autos no cartório, secretaria ou repartição, reconhecida pela autoridade em despacho motivado, proferido de ofício, mediante representação ou a requerimento da parte interessada;*

*“Diante disso, sustenta-se que mesmo o advogado inscrito na OAB não poderá ter carga dos autos, pois a Lei da OAB que o autoriza a isso é menos específica que a Lei 8.112/90 em matéria disciplinar. De qualquer modo, sempre que a defesa do acusado requerer, terá direito à ; assim, não há porque autorizar que o advogado retire os autos da repartição.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 120, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

*“(…) O prazo de defesa, em sentido estrito, corre sempre na repartição, sendo permitido ao acusado ou seu advogado tirar cópias e obter vistas, mas não retirar os autos da repartição.” Judivan Juvenal Vieira, “Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 244, IOB Thomson, 1ª edição, 2005*

Menos ainda se cogita desta possibilidade com a adoção do processo digital, em que não se cogita de autos físicos, impressos e encadernados; ademais, na hipótese de o indiciado estar na ativa (e não licenciado ou afastado), os autos podem ser consultados a qualquer tempo, por meio do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo).

A partir da citação, fica o servidor obrigado a informar à comissão mudança de endereço residencial, embora se tenha opinado pela impropriedade do art. 162 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, conforme se abordou em **4.3.7.1**.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 162. O indiciado que mudar de residência fica obrigado a comunicar à comissão o lugar onde poderá ser encontrado.*

## **4.8.2 - Citações Fictas**

Diferentemente de quando se abordou a notificação inicial da condição de acusado, ao se abordar a citação, não há necessidade de se fazer esforço hermenêutico extensivo, pois a Lei nº 8.112, de 11/12/90, no § 4º do art. 161 e no art. 163, apresentou soluções para as situações em que o servidor se recusa a assinar a citação ou não é encontrado para fazê-lo. Há ainda uma terceira situação, não prevista em nenhuma passagem da citada Lei, em que o servidor, estando em local certo e conhecido, se oculta para não receber a citação, para a qual a solução é encontrada em códigos processuais.

### **4.8.2.1 - Recusa de Recebimento da Citação**

No caso de o servidor ser encontrado mas se recusar a assinar a citação, se o portador é um dos integrantes da comissão, este deve consignar o incidente em termo e coletar dois testemunhos, preferencialmente estranhos ao trio processante; se o portador não é membro da comissão (como, por exemplo, um integrante do grupo de atividades administrativas do Escor ou até mesmo qualquer servidor do Escor, caso a unidade correccional não possua aquele grupo), deve reportar o fato, junto com duas testemunhas, para que integrante da comissão consigne o incidente em termo. Destaque-se que, na hipótese de antecipadamente se inferir a possibilidade desta recusa de recebimento, pode o integrante da comissão ou quem quer que seja o portador da citação já se fazer acompanhar das duas testemunhas. E, a rigor da literalidade do § 4º do art. 163 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não se exige que estas

testemunhas sejam servidores; mas, por óbvio, podendo sê-lo é melhor, em razão da fé pública que agregam, conforme também converge a doutrina.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 161*

*§ 4º No caso de recusa do indiciado em apor o ciente na cópia da citação, o prazo para defesa contar-se-á da data declarada, em termo próprio, pelo membro da comissão que fez a citação, com a assinatura de 2 (duas) testemunhas.*

*“Recomenda-se que, neste caso, as duas testemunhas da cientificação não sejam membros da comissão, uma vez que esta, representando a Administração, é parte nesse processo, (...), podendo naquela hipótese ser eventualmente pechada de suspeita.” Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis”, pg. 271, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

Ato contínuo ao incidente e lavrado o termo de recusa por integrante da comissão, deve o colegiado deliberar em ata que considera o servidor citado para apresentar defesa a partir da data de lavratura do termo.

#### **4.8.2.2 - Indiciado em Lugar Incerto e Não Sabido e Réu Preso**

Na tentativa de suprir a recomendação geral de a citação ser pessoalmente entregue ao servidor, deve-se, preliminarmente, realizar duas tentativas de encontrá-lo, em dias e em horários diferentes, no seu local de trabalho e no(s) endereço(s) residencial(is) declarados nas diversas bases de dados ao dispor da Secretaria da Receita Federal do Brasil, bem como, para maior demonstração de exaurimento de tentativas de localização, enviar duas correspondências para o(s) mesmo(s) endereço(s). Neste rol, pode-se citar as bases de dados disponíveis no macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas (mais especificamente no Sistema de Apoio às Atividades Administrativas (SA3) ou nos processos de trabalho de arrecadação e de fiscalização (tais como no Sistema de Cadastro Pessoas Físicas - CPF e nas declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - DIRPF).

A referência à quantidade de duas tentativas de encontrar o servidor, em seu local de trabalho e em seu domicílio (ou em sua residência, conforme definem os arts. 70 a 72 do CC), reside no *caput* do art. 252 do CPC. Tal hipótese, enfrentada com certa frequência por comissões, pode ocorrer, por exemplo, em razão de servidor ativo que, por qualquer motivo, não está comparecendo ao seu local de serviço (ou ainda no caso de se tratar de inativo ou de ex-servidor).

*CC - Art. 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.*

*Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.*

*Art. 72. É também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde esta é exercida.*

*Parágrafo único. Se a pessoa exercitar profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem.*

*CPC - Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.*

A exemplo do relatado em **4.3.4.1**, estas diligências podem ser realizadas por apenas um membro da comissão ou por um integrante do grupo de atividades administrativas do Escor ou até mesmo por qualquer servidor do Escor, caso a unidade correcional não possua aquele grupo (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado

em face de terceiros).

Após ter-se comprovadas as tentativas de localizá-lo e de citá-lo no trabalho e nos locais declarados como de seu domicílio ou de sua residência (por meio de termos de ocorrência, com identificação daqueles que as realizaram, data e hora e coletando, se possível, testemunho assinado de colegas, amigos, parentes ou vizinhos de que não mais é visto naqueles locais ou outras informações porventura prestadas), esta circunstância deve ser registrada por termo assinado pelos membros da comissão, configurando, então, que o servidor está em lugar incerto e não sabido.

Na aplicação extensiva do § 3º do art. 256 do CPC à processualística disciplinar, a condição de estar o indiciado em local incerto e não sabido pode se configurar com a infrutífera solicitação de seu endereço, por parte da comissão, a órgãos públicos ou a concessionárias de serviços públicos, a se somar às vãs tentativas por parte do próprio colegiado em localizar o agente.

*CPC - Art. 256.*

*§ 3º O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos.*

Percebe-se, portanto, que a procedimentalização a ser adotada deve ser dividida em dois momentos distintos. Primeiramente, deve a comissão exaurir todas as possibilidades legalmente previstas para citar pessoalmente o indiciado, por meio de idas a seu local de trabalho e a seu endereço residencial.

Somente após o esgotamento em vão destas tentativas de citar pessoalmente o indiciado é que, no segundo momento, deve a comissão seguir a regra disposta para este caso específico no art. 163 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e lançar mão do edital, publicado no DOU e também em um jornal de grande circulação no local do último domicílio conhecido (o último domicílio atualizado nas já mencionadas bases de dados), pelo menos uma vez em cada um destes veículos, conforme também solucionam o art. 361 do CPP e o *caput* e os incisos do art. 256 do CPC e aceita a doutrina.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 163. Achando-se o indiciado em lugar incerto e não sabido, será citado por edital, publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido, para apresentar defesa.*

*CPP - Art. 361. Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias.*

*CPC - Art. 256. A citação por edital será feita:*

*I - quando desconhecido ou incerto o citando;*

*II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o citando;*

*III - nos casos expressos em lei.*

*“Não fala a lei em afixação de edital na repartição.*

*Por não especificar o número de vezes que o edital deva ser publicado (...), entende-se que é uma só, em cada um dos órgãos de comunicação, obrigatória em ambos. (...).” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 162, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

*“Ao se referir à ‘última publicação’, o texto parece indicar que haverá mais de uma publicação em cada órgão. Mas a intenção do legislador, parece-nos, foi mesmo referir-se às duas publicações (Diário Oficial e jornal da localidade), considerando que o edital será veiculado em dias diferentes. Assim, o prazo é contado a partir do dia em que ocorreu a última publicação de um ou de outro desses veículos.” Léo da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, pg.*

*171, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

Se o servidor tido como estando em local incerto e não sabido tem domicílio em município diferente daquele em que exerce seu cargo, o edital em jornal de grande circulação deve ser publicado em jornal da localidade de exercício do cargo (trata-se do instituto do domicílio necessário do servidor, conforme o art. 76 do CC).

*CC - Art. 76. Têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso.*

*Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença.*

Destes editais de citação devem constar nome do presidente da comissão, nome do servidor, o comando para que apresente sua defesa escrita no prazo de quinze dias, o endereço da sala de instalação da comissão, o horário de atendimento e o direito de vista dos autos. A comissão deve juntar aos autos uma via destes editais, com o recorte de suas publicações. **Na hipótese de o processo ser digital e o indiciado estar na ativa (e não licenciado ou afastado), os editais devem informar ainda a possibilidade de os autos serem consultados a qualquer tempo e que a defesa pode ser encaminhada por intermédio da funcionalidade solicitação de juntada de documento (SJD) do Sistema Processo Eletrônico (e-Processo).**

Havendo mais de um servidor nesta situação, a citação por edital será coletiva.

O servidor será considerado citado para apresentar defesa justamente na data de publicação do último edital (não há que se confundir com o mandamento do parágrafo único do art. 163 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com o qual se traria à tona interpretação equivocada de que a citação somente se configuraria em quinze dias após a última publicação).

Além disto, se as circunstâncias recomendarem, convém o presidente comunicar ao chefe imediato do servidor, à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda e ao respectivo Chefe do Serviço Médico da jurisdição que o servidor está respondendo a processo disciplinar e encontra-se em lugar incerto e não sabido, solicitando que seja comunicado à comissão seu eventual comparecimento a estas unidades ou órgãos, para fim de imediata citação.

Recomenda-se também solicitar à autoridade instauradora que, se o servidor se apresentar, não lhe sejam concedidas férias ou outros afastamentos que a lei atribua ao administrador poderes discricionários para sua concessão, enquanto for necessário o seu comparecimento perante a comissão.

Decorridos mais de trinta dias de ausência injustificada do servidor ao serviço, a autoridade instauradora providenciará a imediata abertura de novo processo administrativo disciplinar (PAD) para apurar o suposto abandono de cargo.

Por ser este o momento processual para o qual expressamente o Estatuto prevê tal remédio, deve-se novamente lançar mão do emprego do edital para tentar citar o servidor que já fora notificado para acompanhar o processo por edital e que também foi notificado dos atos instrucionais por editais, conforme **4.3.5.2** e **4.4.3**. Em outras palavras, à vista da expressa determinação legal para este momento da citação, não se recomenda eleger princípios como do formalismo moderado ou da economicidade para diretamente declarar este indiciado como revel e para designar defensor dativo, sem antes atender à necessária formalidade de se tentar trazer aos autos o próprio servidor, citando-o por edital, conforme exige o art. 163 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Por fim, depreende-se do art. 76 do CC, acima reproduzido, que, tendo o réu preso paradeiro certo, ao indiciado nesta condição não se aplica a citação por edital. No mesmo

sentido é a clara determinação do art. 360 do CPP, com a qual se harmoniza a doutrina. Em que pese a especificidade da situação, para fins administrativos, deve a comissão, ao máximo possível, tentar empregar o procedimento comum de citação, seja por meio de diligência ao presídio ou unidade carcerária, seja requerendo ao juízo da vara de execuções penais a apresentação do preso ao órgão administrativo, ressaltando-se apenas a recomendação de também entregar uma cópia a seu procurador, caso exista. Extensivamente, também se assevera que não é caso de empregar edital para indiciado que encontra internado em estabelecimento hospitalar em razão de tratamento de sua saúde.

*CPP - Art. 360. Se o réu estiver preso, será pessoalmente citado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 01/12/03)*

*Formulação Dasp nº 273. Prazo de Defesa*

*O indiciado que esteja preso não tem direito, só por isso, a prazo em dobro para apresentação de defesa.*

*“O servidor preso será citado pelo membro da comissão, em diligência ao presídio. Ou, então, será requerida ao Juiz titular da Vara de Execuções Penais a apresentação do preso no órgão público, quando será procedido o ato citatório.” Léo da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, pg. 174, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

O edital também não deve ser empregado na hipótese de o servidor estar em local sabido no exterior. Neste caso, conforme já mencionado em **4.8.1.1**, um dos remédios jurídicos aceitos é o emprego de ofício, via autoridade consular.

#### **4.8.2.3 - Indiciado em Local Conhecido e que se Oculta para Não Receber a Citação**

Um terceiro incidente pode ainda ocorrer, como uma situação intermediária às duas anteriormente descritas: o indiciado tem paradeiro certo e conhecido, mas oculta-se, para não ser citado, quando um dos membros da comissão (o presidente ou indistintamente qualquer dos dois vogais, não sendo necessária a formalidade de estarem presentes os três integrantes) ou um integrante do grupo de atividades administrativas dos Escor que porventura o possuam ou ainda qualquer servidor do Escor vai a seu encontro (nestas hipóteses de servidor estranho ao colegiado, basta suprir a cautela com os sigilos da instância disciplinar e em especial da honra, imagem e privacidade do acusado em face de terceiros).

A rigor, não se trata do primeiro caso, em que o portador efetivamente encontra o indiciado e ele se nega a assinar a citação. Tampouco se trata do segundo caso, em que a comissão sequer sabe onde encontrá-lo. Aqui, a comissão sabe onde o indiciado pode ser encontrado, mas, diante de sua estratégia de se ocultar, não logra ficar diante dele para tentar lhe entregar a citação. A hipótese ora tratada alberga, por exemplo, a situação, enfrentada com certa frequência, em que o portador da citação dirige-se à residência do servidor ativo, que, por qualquer motivo, não está comparecendo ao seu local de serviço (ou também no caso de se tratar de inativo ou de ex-servidor), e quem o atende até confirma que ele ali reside mas informa que não se encontra no momento e que não sabe dizer quando estará presente.

Neste caso, primeiramente, deve a comissão conseguir demonstrar nos autos que são conhecidos os locais de trabalho e de residência onde pode ser encontrado o servidor ativo ou o local de residência onde pode ser encontrado o inativo ou o ex-servidor. Por local de residência entendam-se o(s) endereço(s) residencial(is) declarados nas diversas bases de dados ao dispor da Secretaria da Receita Federal do Brasil, tais como nas bases de dados disponíveis no macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas (mais especificamente no Sistema de Apoio às Atividades Administrativas - SA3) ou nos processos de trabalho de arrecadação e de fiscalização (tais como no Sistema de Cadastro Pessoas Físicas - CPF e nas declarações de ajuste anual de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - DIRPF).

Além disto, deve também registrar nos autos algumas tentativas de encontrá-lo

neste(s) local(is), em diferentes dias e horários, redigindo atas de deliberação e termos de ocorrência - com identificação daqueles que as realizaram, data e hora e coletando, se possível, testemunho assinado de colegas de trabalho e de superiores hierárquicos ou de familiares, empregados, vizinhos, amigos, porteiros ou quaisquer outros prepostos -, com que se comprovem as sucessivas idas infrutíferas àquele(s) endereço(s), a saber, à unidade de lotação ou de exercício e ao endereço residencial do servidor ativo ou ao endereço residencial do inativo ou do ex-servidor. Como referência, pode-se mencionar a quantidade de duas tentativas, conforme estabelecido no *caput* do art. 252 do CPC - ressalvando-se que pode ocorrer de, na segunda ou na terceira ou até em mais idas sucessivas, de fato, a comissão se deparar com ausências justificáveis do indiciado, não podendo se tomar a referência de duas tentativas como limite fatal. A questão crucial no presente tema não reside no simples esgotamento de três idas ao local em que se presumia poder encontrar o indiciado, mas sim na existência de indícios de que este intencionalmente se oculta.

Por óbvio, caso o servidor tenha procurador constituído nos autos, o problema pode ser resolvido com a simples ida ao procurador.

Configurada então a hipótese em tela, uma última tentativa prática de solucionar o incidente - antes de se buscar apoio jurídico em integração com outras leis -, seria de quaisquer dos possíveis portadores da citação se revezarem no(s) tal(is) local(is) conhecido(s), no máximo de tempo possível de abrangência, para ostensivamente tentarem encontrar o indiciado. Restando também esta estratégia infrutífera ou até mesmo desaconselhável (por exemplo, por questões de segurança pessoal dos portadores), pode-se buscar uma solução no CPP, eleito como primeira fonte de integração na processualística disciplinar em caso de lacuna tanto na Lei nº 8.112, de 11/12/90, quanto na Lei nº 9.784, de 29/01/99. O *caput* do art. 362 do CPP, por sua vez, remete ao procedimento estabelecido nos arts. 252 a 254 do CPC (atualizando a remissão aos arts. 227 a 229 da revogada lei processual civil).

*CPP - Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008)*

*CPC - Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.*

Segundo os mencionados arts. da lei de processo civil, quando há suspeita de que o réu se oculta, deve ser intimada qualquer pessoa da família ou um vizinho ou um amigo ou ainda porteiros e outros prepostos ou empregados do condomínio ou residência de que o oficial retornará no dia útil imediato, na hora que designar, para proceder ao ato de comunicação (a chamada “citação com hora certa”), aqui aplicados extensivamente como última tentativa de a comissão encontrar pessoalmente o servidor. Assim, na hipótese em que há indícios de que o indiciado, embora de paradeiro certo e conhecido, não é encontrado no local onde seria esperado, em decorrência de intencionalmente se ocultar da comissão, será considerado citado na data previamente apazada, mesmo que nesta oportunidade novamente não seja encontrado.

Nesta instrumentalização excepcional, de se destacar que deve o emissário portar consigo a citação já pronta (para a hipótese de lograr o encontro pessoal), registrar em termo de ocorrência mais uma ida infrutífera à residência do indiciado (no mínimo, a segunda vez) e intimar um parente, vizinho, amigo, porteiro, empregado ou preposto a comunicar ao agente que o colegiado retornará em dia imediatamente posterior e em horário previamente determinado, a fim de proceder à citação e levar aos autos aquele termo e uma via recibada desta intimação.

Interessante destacar que, a exemplo do que se pontuou para o caso da citação em processo civil por via postal, o CPC, no parágrafo único do art. 252, ratificou a validade da intimação a porteiros ou demais empregados em caso de o indiciado residir em condomínio ou qualquer outra espécie de moradia com controle de acesso, sendo certo que alcança também o empregado doméstico da sua própria unidade residencial.

*CPC - Art. 252.*

*Parágrafo único. Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a intimação a que se refere o caput feita a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.*

Todos estes registros servem de prova das sucessivas idas infrutíferas da comissão àqueles endereços - sobretudo ao residencial - e das recomendações deixadas com quem atendeu o portador para que informasse o indiciado quando se retornaria para tentar novamente encontrá-lo. A cada diligência no endereço residencial, deve-se buscar extrair o máximo de informações de parte de quem atende (seja para lograr um meio seguro de enfim encontrar o indiciado, seja para deixar inequívoco nos autos a sua estratégia de se esquivar da comissão), tais como confirmação de que o agente realmente reside naquele endereço, as razões da sua ausência, a previsão de horário de retorno, o horário em que é mais provável encontrá-lo em casa ou ainda alguma outra forma de contato.

Para este último deslocamento, em que se presume a necessidade de redigir um termo conclusivo quanto aos incidentes de ocultação e qualificador da condição de citado, convém que vá um dos integrantes da comissão. Na data e horário aprazados, novamente não encontrando o servidor, após consignar com quem atender que o agente foi informado do comparecimento anterior do signatário e da data e do horário marcados para esta última tentativa e coletar as informações da razão de sua ausência, conforme o *caput* e o § 1º do art. 253 do CPC, deve o integrante da comissão lavrar novo termo de ocorrência, em duas vias, em que se registram a ausência do indiciado e que não se dispõe de previsão de seu horário de retorno, a consideração de que a citação e o nome da pessoa que lhe atender, deixando uma via do termo com esta pessoa, como a contrafé a que se refere o § 3º do mesmo dispositivo legal, e levando a outra via para os autos.

Acrescente-se que, de acordo com o § 2º do art. 253 do CPC, a ausência do parente ou vizinho que havia sido intimado ou a sua recusa em receber o ato de comunicação não impedem que se efetive o ato com hora certa.

Obviamente, em nenhum dos dois momentos, pode o portador deixar a citação em si (embora convenha que sempre a porte já pronta) e muito menos cópia do processo com um estranho aos autos. Por fim, autuados os termos de ocorrência e com a citação, deve a comissão remetê-los, no prazo de dez dias contados da autuação, juntamente com cópia integral dos autos, na via postal, com Aviso de Recebimento (AR, em que o remetente preenche um formulário próprio, que lhe é devolvido, assinado por quem recebeu a postagem, comprovando que a remessa foi entregue), para o endereço residencial do indiciado, conforme o art. 254 do CPC.

*CPC - Art. 253. No dia e na hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou à residência do citando a fim de realizar a diligência.*

*§ 1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca, seção ou subseção judiciárias.*

*§ 2º A citação com hora certa será efetivada mesmo que a pessoa da família ou o vizinho que houver sido intimado esteja ausente, ou se, embora presente, a pessoa da família ou o vizinho se recusar a receber o mandado.*

*§ 3º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com qualquer pessoa da família ou vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.*

*Art. 254. Feita a citação com hora certa, o escrivão ou chefe de secretaria enviará ao réu, executado ou interessado, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência.*

Verifica-se abaixo que a Advocacia-Geral da União (AGU), por meio do seu Parecer AGU nº GM-3, já se manifestou pelo emprego do remédio previsto na lei civil em caso de ocultação. Assim também é a manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 11, de 30 de outubro de 2015. O mesmo se aplica à doutrina.

*Parecer AGU nº GM-3, não vinculante: “Ementa: O Direito Disciplinar rege-se por normas específicas e independentes do Direito Penal, inexistindo viabilidade jurídica de serem aproveitadas normas criminais, por via analógica, a fim de nulificar processo disciplinar por haver-se efetuado a citação por hora certa com vistas à apresentação de defesa.*

*6. A maneira como se efetua o chamamento para o indiciado apresentar sua defesa encontra-se prescrita na Lei nº 8.112, art. 161, § 1º: “será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão”. O sentido literal desse comando, por si só, é suficiente para demonstrar a validade do procedimento consistente em o indiciado receber o mandado expedido pelo presidente do colegiado. É norma desprovida da rigidez que representaria a exigência de que se efetuasse a citação, exclusivamente, por edital, em se esquivando o indiciado de recebê-la.*

*7. A execução do ato processual de citação por hora certa atende à literalidade e à finalidade do art. 161, tanto que nessa maneira de atuar não se vislumbra qualquer dano para o exercício do direito de ampla defesa.”*

*Enunciado CGU/CCC nº 11, de 2015: “Citação por hora certa no procedimento disciplinar. No âmbito do Processo Disciplinar, a citação poderá ser realizada por hora certa, nos termos da legislação processual civil, quando o indiciado encontrar-se em local certo e sabido, e houver suspeita de que se oculta para se esquivar do recebimento do respectivo mandado”.*

*“A citação por hora certa aplica-se àqueles casos em que há suspeita de que o servidor indiciado está se ocultando para não receber a citação ou a notificação.*

*Subsidiariamente, aplica-se o Código de Processo Civil (art. 227 e 228) quando, por três vezes o membro-secretário procurar o servidor indiciado para entregar a citação e não o encontrando em casa ou no trabalho, poderá intimar o chefe imediato de que no dia posterior voltará, durante o expediente normal da repartição, a fim de efetuar a citação, na hora designada.*

*No dia e hora designados, o membro-secretário comparecerá no setor onde trabalha o servidor indiciado, a fim de realizar a diligência.*

*Se o servidor indiciado não estiver presente, o membro-secretário procurará se informar das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o indiciado tenha se ausentado do setor, com o intuito de se esquivar do ato.*

*O membro-secretário lavrará certidão da ocorrência e deixará contrafé (cópia) com o chefe imediato do servidor indiciado, mencionando-o na respectiva certidão.*

*Após, o colegiado registrará tudo em ata e o presidente determinará que seja enviada ao servidor indiciado, para sua residência, por carta registrada com AR de ‘mão própria’, cópia da certidão e do mandado, dando-lhe ciência.” Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, “Processo Administrativo Disciplinar - Manual”, pg. 363, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

#### **4.8.3 - Prazos Originários para Defesa Escrita e Prorrogação**

Na regra geral, havendo apenas um indiciado, o prazo de defesa é de dez dias contados da data da citação. Havendo mais de um indiciado, o prazo passa a vinte dias contados da data em que o último servidor foi citado, de forma que o prazo termina para todos no mesmo dia. Estes prazos se estendem para a hipótese de recusa de assinar a citação, contando-se da data do incidente consignado em termo com dois testemunhos.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 161.*

*§ 1º O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição.*

*§ 2º Havendo dois ou mais indiciados, o prazo será comum e de 20 (vinte) dias.*

*§ 3º O prazo de defesa poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas indispensáveis.*

*§ 4º No caso de recusa do indiciado em apor o ciente na cópia da citação, o prazo para defesa contar-se-á da data declarada, em termo próprio, pelo membro da comissão que fez a citação, com a assinatura de 2 (duas) testemunhas.*

*Formulação Dasp nº 273. Prazo de defesa*

*O indiciado que esteja preso não tem direito, só por isso, a prazo em dobro para apresentação de defesa.*

*“Quando começa a contagem do prazo, quando são dois ou mais indiciados? Da data do recolhimento do último mandado de citação, pois só então os indiciados, todos eles, estarão cientes da informação em sua inteireza, e o prazo, na forma da lei, é comum a todos.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 160, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

No caso de citação por edital, o prazo de apresentação de defesa é de quinze dias contados a partir da última publicação. Na instância disciplinar, o edital, quando previsto, não é simplesmente afixado na repartição, mas sim devidamente publicado em DOU e em jornal de grande circulação, o que lhe confere presunção de imediato conhecimento. Assim, não se cogita da interpretação de que o prazo de quinze dias seria tão somente para supor o conhecimento do edital para então, a partir daí, se somar o prazo de dez (ou vinte) dias para o(s) indiciado(s) apresentar(em) defesa.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 163. Achando-se o indiciado em lugar incerto e não sabido, será citado por edital, publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido, para apresentar defesa.*

*Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, o prazo para defesa será de 15 (quinze) dias a partir da última publicação do edital.*

*“Se estas publicações [em cada um dos órgãos de comunicação] não forem simultâneas, o prazo para defesa, que é de 15 (quinze) dias, começa a ser contado da data da última dessas publicações. A expressão ‘última publicação’ tem sentido em relação a serem estas feitas em datas diferentes, e não com relação ao número de vezes em cada jornal.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 162, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Não obstante, caso o indiciado se apresente em função do edital, deve a comissão consignar o fato em termo, extraído em duas vias e assinado também pelo servidor, dele fazendo constar o prazo de quinze dias para apresentação de defesa e a abertura de vista do processo no local de instalação (nesta hipótese, a favor da defesa, pode a comissão conceder o prazo de quinze dias a partir somente da data do termo e não desde a publicação do último edital). Ademais, empregando-se citação por edital para mais de um indiciado, convém conceder a todos o prazo de vinte dias para a defesa (art. 161, § 2º, Lei nº 8.112, de 11/12/90).

Embora a Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao estabelecer a regra geral da contagem de prazos, em seu art. 238, tenha disposto que apenas o termo final deve recair sobre dia de

expediente normal, nada impede que, a favor da parte, se estenda o § 3º do art. 224, do CPC, também iniciando a contagem somente a partir do primeiro dia útil após a formalização da citação (qualquer que tenha sido sua forma). Assim, se a citação se deu em uma sexta-feira, ao invés de se contar o prazo de defesa a partir do sábado, pode-se fazê-lo a partir da segunda-feira subsequente.

*CPC - Art. 224.*

*§ 3º A contagem do prazo terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação.*

Pode ocorrer de, no prazo para apresentar defesa, o indiciado solicitar a realização de algum ato de instrução probatória, seja a seu próprio encargo, seja a encargo da comissão. No presente tópico, se concentrará apenas na definição do novo prazo para este tipo de incidente; a questão da pertinência material do pedido será apreciada em **4.8.4**. Uma vez que não caberia à comissão conceder prazo para si mesma, a previsão legal para este tipo de incidente (art. 161, § 3º da Lei nº 8.112, de 11/12/90) parece se aplicar de forma mais adequada à hipótese de o ato solicitado ser realizado a encargo do próprio acusado, cabendo tão somente à comissão - se entender pertinente - conceder a prorrogação do prazo de defesa pelo dobro.

A redação do dispositivo legal pode deixar dúvida se esta prorrogação “pelo dobro” significa acrescentar ao prazo originário mais o seu dobro ou se significa conceder prorrogação igual ao prazo originário, de forma que o total fique o dobro. Tomando o exemplo de processo administrativo disciplinar *stricto sensu*, é pouco provável que o legislador tenha, a princípio, considerado que dez dias seriam suficientes para defesa de um único acusado e, mediante provocação da parte, acrescentasse mais vinte dias, atingindo um total tão maior de trinta dias. Também milita a favor desta tese ao se imaginar que o apuratório em si teria um prazo de apenas sessenta dias para ser relatado pela comissão, podendo ser prorrogado por até mais sessenta. Ora, por mais que se cuide de homenagear e preservar os direitos da parte, parece desproporcional conceder, no caso de dois acusados, um prazo prorrogado de defesa que, alcançando sessenta dias, consumiria toda a prorrogação concedida pelo legislador para a feitura do processo propriamente dito. Opta-se, portanto, pela interpretação de que a prorrogação é pelo mesmo prazo originário, de forma que o prazo total fica duplicado: um acusado, prorroga-se por mais dez dias, totalizando vinte; mais de um acusado, prorroga-se por mais vinte dias, totalizando quarenta.

*“O § 3º dá a entender que essas averiguações devem ser feitas dentro do prazo para defesa, prazo que poderá ser duplicado. Assim, poderá ser de 20 dias, para um só indiciado, ou de 40 dias, e comum a todos, se forem dois ou mais (...).” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 160, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Já na hipótese de se deferir o pedido de realização de ato de instrução a cargo da comissão (perícia, diligência ou testemunho, o que é mais frequente), melhor se adequa que se suspenda o prazo de defesa, retomando-o, do ponto em que parou, após a feitura do ato. O mesmo se aplica, em hipótese mais excepcional, se a própria comissão toma a iniciativa de realizar ato de instrução após ter indiciado o servidor.

De uma forma ou de outra, havendo mais de um indiciado, a prorrogação ou a suspensão beneficia os demais, que, se já tiverem entregue suas defesas, poderão aditar novas razões.

Ademais, todas as discussões acima acerca de prazo não são de grande relevância, visto que a comissão tem autonomia até para, com boa motivação a favor da ampla defesa, desde que entenda ser realmente necessário e não protelatório, deliberar concedendo prorrogação maior que o prazo legal. Em síntese, como geralmente o pedido de prorrogação de prazo é apresentado pela defesa, recomenda-se que seja deferido pela comissão - pelo menos um primeiro pedido, devendo ser analisado com maior rigor por parte da comissão em caso de sucessivos pedidos de prorrogação -, a fim de que não seja posteriormente alegado

cerceamento de defesa.

“Até mesmo quarenta dias poderão eventualmente provar os indiciados serem insuficientes. Restará, nesse caso, à comissão processante o dilema: cumprir a lei ou ver seu procedimento, todo, eventualmente anulado por decisão judicial. Sobre a lei, é evidente, predomina a Constituição.” Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis”, pg. 270, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995

Independentemente da forma de citação, conforme já abordado em **4.4.2.1**, na processualística disciplinar, em que não há partes litigantes e em que o princípio da verdade material atua em simultaneidade com o princípio do formalismo moderado, diferentemente dos ritos processuais judiciais, não é de se falar de rigorosa preclusão temporal contra o indiciado, uma vez que concessões e tolerâncias a favor da defesa não geram prejuízo a interesses de parte oponente - visto não existir esta parte antagônica. Daí, como reflexo desta construção, ratificando o acima exposto, aceita-se a mitigação da preclusão temporal de prazo de entrega da peça escrita de defesa, podendo a comissão conceder prorrogações além do previsto na Lei.

Prosseguindo na mesma toada, uma vez que o indiciado pode complementar a defesa até o último dia do prazo legal, formalmente, a comissão somente pode iniciar e, sobretudo, concluir e entregar o relatório após esgotado o prazo de defesa, ainda que o servidor declare expressamente abrir mão da parcela restante. É de se atentar que pode ocorrer de o indiciado entregar sua peça escrita ainda antes do término do prazo de dez, quinze ou vinte dias, ou de suas respectivas prorrogações, que possuía para fazê-lo. Neste caso, novamente lembrando a mitigação que sofre o instituto da preclusão - sobretudo a preclusão consumativa - em instância disciplinar, pode o indiciado, ainda dentro do prazo, aditar aquela primeira peça de defesa com outra. E, se ocorrer de o servidor entregar sua peça de defesa escrita logo no início do prazo, mesmo que porventura a comissão consiga concluir o relatório ainda antes do se esgotar aquele prazo, não convém entregar o relatório. Pode o indiciado, ao final do prazo, querer aditar sua peça escrita e neste caso, a comissão já terá se desfeito com a entrega do relatório. Para evitar este incidente, mesmo que o servidor tenha manifestado expressamente que abria mão do restante do prazo após a entrega da primeira peça e que a comissão conclua seu relatório ainda dentro do prazo de defesa, convém aguardar o transcurso de todo o prazo.

Além disto, qualquer que seja a forma de citar, recomenda-se dar uma pequena tolerância de alguns dias após o término do prazo, antes de se decretar a revelia (conforme já se aduziu em **4.8.5.1**). Neste rumo, se o indiciado traz sua defesa alguns dias após o vencimento, com alguma justificativa plausível (mesmo que apenas verbal), convém recepcioná-la, sem prejuízo de registrar a intempestividade e que a deliberação decorre de observância dos princípios da ampla defesa e do formalismo moderado. Admite-se que a melhor defesa é a apresentada pelo próprio servidor ou por seu procurador.

#### **4.8.4 - Defesa Escrita**

Após a instrução (que vai desde os atos iniciais da comissão, passando pela busca de prova e fechando com a indicição), a segunda fase do processo, chamada inquérito administrativo, prossegue com a defesa.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:*

*I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;*

*II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;*

*III - julgamento.*

Em função do princípio do formalismo moderado que vigora no processo administrativo disciplinar, o único requisito de forma que se impõe sobre a defesa é que seja escrita. A defesa pode ser feita pelo próprio indiciado ou por seu procurador já devidamente

qualificado no curso do processo ou apresentado, com o devido mandato, apenas para efetuar este ato. Tampouco se exige do próprio servidor ou do seu procurador que possua formação jurídica e que seja advogado. Mas, em atenção à tipificação do crime de advocacia administrativa, a defesa não pode ser feita por outro servidor (a menos da exceção da defesa dativa, em que o servidor designado formaliza a defesa de outro com a excludente de ilicitude do cumprimento do dever legal).

Obviamente, a citação e a defesa (além da notificação inicial como acusado, da intimação para interrogar e da indicição) são peças essenciais no processo em que se cogita de responsabilização funcional. É inadmissível passar direto da instrução probatória para a conclusão contrária ao servidor sem formalizar acusação e sem apreciar defesa.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 161.*

*§ 1º O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhe a vista do processo na repartição.*

*Formulação Dasp nº 47. Direito de defesa*

*Com base em processo disciplinar, não se pode punir por infração, embora leve, de que o acusado não se tenha defendido.*

Pode ocorrer de, no prazo para apresentar defesa, o indiciado solicitar a realização de algum ato de instrução probatória, seja a seu próprio encargo, seja a encargo da comissão - embora a Lei nº 8.112, de 11/12/90, no art. 161, 3º, ter mencionado apenas realização de diligências, pode-se adotar uma interpretação extensiva para o termo, abrangendo outros tipos de atos de instrução. Tanto no caso de ato a ser realizado pelo próprio acusado, sem participação da comissão e para o quê a defesa entende ser necessário prorrogar o prazo, e sobretudo no caso em que o acusado solicita a realização de ato a ser conduzido pela comissão, antes de apreciar o pedido, pode o colegiado intimar o acusado a justificar a sua pertinência. Com isto, a comissão adquire maior respaldo para, se for o caso, indeferir ou acatar o pedido, à luz do art. 156, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90. A questão dos prazos para este tipo de incidente já foi abordada em **4.8.3**.

É de se afirmar que, a rigor, nos termos sistemáticos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a fase adequada e própria para realização de atos probatórios é a instrução e não durante o prazo de apresentação de defesa escrita. A realização de atos instrucionais na fase de defesa deve ser compreendida, tanto pela comissão quanto sobretudo pelo acusado, como algo excepcional.

Assim, pedidos intempestivos de realização de ato de instrução probatória se, de um lado, à vista da busca da verdade material, não devem ser indeferidos de forma liminar, de outro lado, devem merecer um forte grau de crivo e de depuração de sua pertinência e de sua indispensabilidade. Não se justificando o deferimento, a comissão não deve se posicionar como refém da defesa e não deve hesitar em redigir ata de deliberação ricamente motivada com as razões de denegação.

Neste rumo, destaque-se a possibilidade de o acusado, na prazo de defesa, solicitar para ser reinterrogado. Caso a comissão não vislumbre nenhum motivo para reinterrogar o acusado, convém indeferir o pedido, já que, se não há perguntas a acrescentar, a manifestação que o servidor intenciona prestar oralmente pode ser realizada por escrito, na peça de defesa, sem nenhum prejuízo.

*STJ, Mandado de Segurança nº 8.990, Voto: “Nos termos do art. 151, inciso II, do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, o inquérito administrativo compreende instrução, defesa e relatório. Consoante já assentado por esta Corte, ‘na fase instrutória do inquérito administrativo, o servidor figura como acusado e, nessa situação, terá o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, produzir contraprovas, reinquirir testemunhas, devendo, logo após, ser interrogado (artigos 156 a 159 da Lei 8.112/90)’ (MS 7074/DF, Rel Min. Hamilton Carvalhido, Terceira*

*Seção, DJ7/10/2002). Após a instrução, quando, repita-se, é promovida a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, o servidor é citado para apresentar defesa escrita e, na sequência, é apresentado o relatório pela Comissão Processante. Desse modo, o oferecimento de rol de testemunhas deve se dar na fase instrutória, e não na defesa prévia ao relatório final da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar. Saliente-se, outrossim, que ainda que se quisesse aplicar à espécie o disposto no § 3º do artigo 161 da Lei nº 8.112/90 ('o prazo de defesa poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas indispensáveis'), não demonstrou a impetrante se tratar de diligência indispensável, a impossibilitar sua excepcional realização após a instrução”*

*STF, Mandado de Segurança nº 22.103, Voto: “A outra alegação de cerceamento de defesa - relativa ao indeferimento, sem motivação, das provas requeridas pelo impetrante por ocasião de sua defesa escrita - não procede, porquanto, para motivar o indeferimento basta o fundamento de que a oitiva de testemunhas e a produção de provas suplementares deveriam ter sido requeridas ‘em tempo hábil e não no final do prazo de defesa’. De feito, pelo procedimento previsto na Lei nº 8.112/90, ‘é assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial’ (art. 156), na fase de instrução (para isso, aliás, é que se faz a citação prévia para esse acompanhamento), não mais havendo oportunidade de fazê-lo na defesa final - a escrita - que é a etapa que, no inquérito, se segue à de instrução, que se encerra com a tipificação das infrações e com a formulação da indicição do servidor, especificados os fatos a ele imputados e as respectivas provas. Inexiste, pois, a alegada nulidade, porquanto a motivação do indeferimento da pretensão de produção de novas provas pela circunstância de não ter sido feita oportunamente está correta e é suficiente.”*

Destaque-se que, independentemente de quem tenha partido a realização ou juntada de provas no prazo de defesa, à vista do princípio do prejuízo, analogamente ao que se abordou em **4.4.16.6**, somente se justificam a coleta de novo interrogatório (acerca apenas do novo elemento) e, se for caso, o refazimento da indicição se esta nova prova tem o condão de agravar a convicção originalmente esposada pela comissão. Se o fato novo não altera ou abranda a convicção, não se faz necessário reinterrogar e reindiciar o servidor. E, em especial, sobretudo se a prova foi solicitada pela defesa, presumindo-se que venha ser valorada favoravelmente ao indiciado, faz-se ainda menos provável a necessidade de reinaugurar a instrução probatória.

Por fim, no caso de prova solicitada pela parte, sendo indeferido o pedido, convém notificar o requerente da decisão, não postergando a resposta apenas para a redação do relatório, quando não mais poderá ser contestada.

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.464: “Ementa: IV - A comunicação do indeferimento da prova requerida deve operar-se ainda na fase probatória, exatamente para oportunizar ao servidor a interposição de eventual recurso contra a decisão do colegiado disciplinar, sendo defeso à comissão indeferi-lo quando da prolação do relatório final.”*

## **4.8.5 - Revelia e Defesa Dativa**

### **4.8.5.1 - A Indisponibilidade do Direito de Defesa**

Conforme aduzido em **4.3.6.3**, não há amparo, em instância disciplinar, para a comissão designar defensor *ad hoc* ou solicitar à autoridade instauradora a designação de

defensor dativo com o objetivo de acompanhar ato de instrução de que o acusado foi regularmente notificado mas não compareceu e nem se fez representar.

Ressalte-se que aquele incidente se dá no curso da instrução processual, quando a comissão, em homenagem precipuamente ao princípio do contraditório, propicia ao servidor, com a regular notificação, a faculdade de ele, se assim quiser, acompanhar a realização do ato instrutório e contrapor-se, atuando também na realização do ato formador de convicção. Em síntese, a máxima constitucional para este momento processual é de se garantir ao acusado a possibilidade de estabelecer um diálogo, em busca de uma relação processual equilibradamente dialética com a comissão, mas sem lhe obrigar a tal participação.

Não obstante, ainda que o acusado, a seu exclusivo critério, opte por não exercer a prerrogativa de participar, não se pode confundir tal estratégia com a admissão de que o direito de defesa no processo administrativo disciplinar é disponível. Isto porque, em momento processual posterior, não se poderá avançar no sentido da responsabilização administrativa sem o requisito essencial da peça escrita de defesa. A Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seu art. 164, no momento de maior relevância para o interesse do acusado, agora muito mais atenta ao princípio da ampla defesa do que ao contraditório assegurado na busca de provas, tratou de prever remédio excepcional para que o processo não siga para julgamento sem a efetiva manifestação por escrito a favor do indiciado (nem que seja feita por outra pessoa), conforme se verá a seguir, quando o servidor se omite de apresentar defesa, e também em **4.8.5.2**, quando até apresenta defesa, mas o faz de forma absolutamente inócua ou ainda quando se declara tecnicamente incompetente para fazer a sua peça de defesa e solicita a designação de um defensor para fazê-lo.

No primeiro caso, pode ocorrer de o servidor não exercer seu direito de apresentar defesa escrita. Chama-se revel o indiciado que, regularmente citado, não apresenta defesa escrita no prazo legal. Devido à indisponibilidade do direito de defesa, mesmo que o indiciado de forma expressa ou tácita renuncie a este direito, a sua manifestação de vontade não terá valor jurídico no sentido de tornar verdadeira e incontroversa a imputação - em razão da busca da verdade material no processo disciplinar, a ausência de defesa não significa acatamento da acusação; por isto, a necessidade de indicação de defensor dativo. Em outras palavras, a declaração de revelia traz aos autos um único efeito: a imposição de a autoridade instauradora nomear defensor dativo, a fim de suprir o direito indisponível de ampla defesa de se ter uma peça contra-argumentativa escrita.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 164. Considerar-se-á revel o indiciado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo legal.*

*§ 1º A revelia será declarada, por termo, nos autos do processo e devolverá o prazo para a defesa.*

*§ 2º Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

Neste caso, após o final do prazo para a apresentação da defesa escrita, deve a comissão declarar, em termo próprio, a revelia e solicitar, por correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002), à autoridade instauradora a designação de defensor dativo para proceder à defesa. A designação do defensor dativo é exclusiva da autoridade instauradora, por meio de portaria, não cabendo à comissão ou ao acusado.

*“Se forem vários os indiciados e apenas alguns apresentarem defesa escrita, a falta das restantes deverá ser suprida pela autoridade instauradora, de ofício (...), pois a defesa assim apresentada não poderá ser aproveitada pelo ausente.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 166, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

É de se destacar que não se confunde este instituto da revelia (de ausência de defesa escrita), tão somente para o qual a Lei prevê o remédio necessário do defensor dativo, com o fato de o acusado, apesar de regularmente notificado, abrir mão da prerrogativa legal de acompanhar o inquérito e não comparecer a atos de instrução. Nesta situação, conforme já aduzido em **4.3.6.3** e em **4.4.3**, não há previsão legal para se solicitar à autoridade instauradora a designação de defensor dativo (e nem mesmo para a comissão designar defensor *ad hoc* apenas para o ato).

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/6.

*Nota Técnica Coger nº 2005/6: “Ementa: (...) Somente existe expressa previsão legal para designação de defensor dativo com o fim de elaborar defesa escrita de indiciado revel. (...)”*

Para o defensor dativo, a Lei, em seu art. 164, § 2º, exige apenas que seja servidor, podendo não ser estável. A expressa literalidade da Lei prevê que o defensor dativo seja obrigatoriamente servidor. Em outras palavras, não pode a autoridade instauradora designar como defensor dativo advogado estranho aos quadros do serviço público. Não obstante, embora não exigido no texto legal, convém que a autoridade instauradora designe servidor que tenha formação jurídica ou pelo menos que tenha conhecimentos da processualística disciplinar, além de conhecer a área técnica específica sobre a qual versa o caso específico. Além de determinar ser o defensor dativo um servidor, exigem-se, alternativamente, os mesmos requisitos previstos para o presidente da comissão em relação ao acusado: ocupar cargo de nível igual ou superior ao do indiciado ou de grau de escolaridade igual ou superior ao do indiciado, bastando ter atendido um dos dois critérios. Ver interpretações exaradas dos Pareceres AGU nº GQ-12 e nº GQ-35, em **4.2.4.3**.

*“Observa-se que para a designação de defensor dativo, basta que o servidor seja ocupante de cargo efetivo, não se lhe impondo a exigência da estabilidade.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 161, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Quanto ao grau (ou nível) de escolaridade, no País, existem apenas três: ensino fundamental, ensino médio e educação superior, conforme o art. 21 da Lei nº 9.394, de 20/12/96 (a Lei de Diretrizes e Bases da Educação). Neste rumo, aduz-se que títulos acadêmicos (tais como mestrado ou doutorado ou pós-graduação *lato sensu*) não estão acima do grau superior, sendo nele enquadrados sem diferenciação.

*“No tocante ao nível de escolaridade que a lei, agora, passa a exigir como requisito alternativo para o servidor presidir comissão de processo disciplinar, há de ser entendido o alcançado pela conclusão de cursos regulares (1º, 2º e 3º graus, ou seja, fundamental, médio e superior), não sendo levado em consideração, portanto, os cursos de aperfeiçoamento, os de extensão universitária, como mestrado, doutorado ou os de especialização, que apenas qualificam, aprimoram e enriquecem o conhecimento, sem, todavia, elevar ou interferir no nível de escolaridade.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 108, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

De forma geral, os cargos são somente classificados em três níveis, respectivamente associados aos graus de instrução: auxiliar (que requer ensino fundamental), intermediário (que requer ensino médio) e superior (que requer ensino superior). Assim, o posicionamento do servidor nos padrões e classes de sua carreira não se reflete na comparação do nível do cargo. Pode, por exemplo, um servidor detentor de cargo de nível superior e posicionado no padrão inicial da primeira classe atuar como defensor dativo de acusado detentor também de cargo de nível superior e posicionado no mais alto padrão da última classe. Tampouco a complexidade das atribuições legais do cargo se reflete nesta condição legal.

O servidor a ser designado como defensor dativo não pode ter participado de qualquer

fase ou ato anterior no processo (representação, sindicância investigativa, fase de admissibilidade, instauração e atos de instrução, atuando como secretário - membro ou quarta pessoa -, perito, testemunha, etc). Embora não haja expressa previsão legal, não é aceitável que servidor que, de alguma forma, tenha atuado na elaboração de peças pré-processuais ou de atos de instrução, seja designado como defensor dativo, uma vez que esta afronta à imparcialidade pode levá-lo à desconfortável situação de ter de impugnar atos por ele mesmo produzidos ou que foram realizados com seu auxílio ou concurso.

*“Sem motivo justo, não pode o defensor dativo eximir-se da obrigação, que é dever funcional. Mas pode o defensor dativo alegar a existência de um dos impedimentos elencados na Lei. Em havendo algum impedimento, cabe à autoridade instauradora substituir o defensor por outro servidor igualmente habilitado.*

*Reabre-se o prazo para defesa a partir dessa nova designação.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 167, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

A portaria de designação do defensor dativo poderá ser publicada no boletim de serviço (ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora (que, no caso, é o Boletim de Serviço da Secretaria da Receita Federal do Brasil - BS RFB), para fins de registro nos assentamentos do servidor. A cautela se justifica, pois esta pode ser a única forma de se amparar o acesso deste servidor aos autos, em eventual deslocamento da sede ou a dedicação de horas de trabalho ao processo. A procedimentalização para a aposição da assinatura digital e para a publicação da portaria no BS RFB e a recomendação para que se juntem aos autos a impressão da versão em extensão “*portable document format*” (pdf) da portaria e a(s) página(s) do Boletim que a contempla(m) podem ser revistas em **4.2.1.1**, de repetição desnecessária e a cuja leitura se remete.

Como mera recomendação, ainda que seja objeto de expressa previsão legal, não convém que a autoridade instauradora quantifique o prazo de defesa na portaria de designação do defensor dativo, podendo apenas consignar “no prazo legal”, visto que pode se fazer necessário prorrogação do prazo da defesa dativa, cuja deliberação compete autônoma e exclusivamente à comissão. Caso o defensor dativo solicite prorrogação do prazo, a petição será dirigida à comissão, cabendo ao colegiado, de forma soberana, deliberar pela concessão ou não (motivadamente, sobretudo nesta última hipótese) da prorrogação solicitada. Qualquer que seja o resultado da deliberação, cabe à comissão notificar o defensor dativo. Daí, na hipótese de a comissão deliberar pelo deferimento da prorrogação do prazo para apresentação de defesa dativa, os princípios do formalismo moderado e da instrumentalidade da forma indicam que não é necessário que a autoridade instauradora faça nova portaria, estando suprida a formalidade com a ata motivada e a notificação entregue ao defensor.

Também, na mesma linha em que se harmoniza estratégia com homenagem à reserva e à preservação da imagem do acusado, com que se defendeu que a portaria instauradora do processo não exponha seu nome, também se recomenda que portaria de designação de defensor dativo não indique o nome do revel, fazendo apenas remissão ao nº do processo.

A portaria de designação deve expressar a garantia de o defensor dativo ter direito a vista dos autos na sala de instalação da comissão, ao longo prazo de entrega da peça de defesa. Assegura-se ainda, em favor do defensor dativo, o direito de receber cópia integral dos autos. **No caso de processo digital, a portaria deve ressaltar que há as possibilidades daquele acesso e de apresentação da defesa empregando a funcionalidade de solicitação de juntada de documento (SJD), ambas por meio do Sistema Processo Digital (e-Processo). Para tanto, o defensor dativo deve ser habilitado no sistema para acessar o processo digital. Como tal habilitação também disponibiliza para o defensor dativo a funcionalidade de gerar cópia impressa integral dos autos, dispensa-se a espontânea entrega deste material em suporte documental em papel, reservando-a apenas para a hipótese de expressamente o defensor a**

**solicitar.**

Em termos conceituais, o defensor dativo atua no processo efetivamente como se fosse o acusado ou seu procurador. Em primeiro lugar, isto impõe o requisito formal de a defesa dativa ser redigida em nome do revel, que apenas o faz por meio do defensor dativo. Em outras palavras, a defesa dativa deve ser iniciada em nome do acusado e não do defensor dativo. É como se o próprio acusado apresentasse sua defesa e não dativo. Ademais, aquele posicionamento também significa que a atuação do defensor dativo, naquele momento processual posterior à declaração de revelia, se restringe a, no prazo legal, redigir a defesa escrita com base nos elementos até então autuados. Em outras palavras, como regra geral, tão somente por não ter participado de atos de instrução probatória (pela óbvia razão de ter sido designado nos autos já após a instrução), não é assegurado ao defensor dativo o direito de ter estes atos refeitos - da mesma forma como, em princípio, a comissão não concederia ao acusado ou a seu procurador o refazimento de um ato instrucional para o qual a parte tenha sido devidamente notificada (tendo ou não participado de sua feitura). Tendo sido o ato regularmente coletado e entendendo a comissão que dele extraiu a completa informação que se poderia esperar e que justificou sua realização, não está obrigado o colegiado a atender ao pedido de refazimento por parte do defensor dativo apenas em função de sua alegação de contraditar concretamente o momento de seu refazimento, sem que isto cerceie direito de defesa e inquine de nulidade o processo.

*“Sobre a possibilidade de atuação do defensor, cabe ressaltar que deverá assumir o processo no estado em que está, ou seja, não caberá a este requerer comissão o refazimento de atos. Por exemplo, não caberá ao defensor que testemunha seja reinquirida ou novo interrogatório do indiciado.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 347, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

A garantia do contraditório, exatamente da mesma forma como se aplicaria se a defesa fosse redigida pelo próprio acusado ou por procurador por ele mesmo designado, se manifestará na defesa escrita acerca dos elementos autuados, tomando-os, *lato sensu*, nesta fase do processo, como provas documentais já acostadas aos autos e, portanto, afastadas da dinâmica do momento de sua coleta (quer-se dizer, por exemplo: a prova oral, que contemplou dinâmica própria em sua coleta, agora, para a defesa escrita, resta reduzida a um estático termo de depoimento ou de declaração ou de interrogatório). O defensor dativo pode contestar o valor probante ou a capacidade de formar ou não convencimento destes elementos autuados ou, no máximo, alegar sua nulidade. Não obstante, pode a comissão, à luz do art. 156, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, deliberar não só pelo refazimento de ato ou até mesmo pela feitura de prova inédita, solicitados pelo defensor dativo, desde que entenda que o ato original eivou-se de vício ou restou incompleto ou que a nova prova é indispensável - mas, destaque-se: tal deliberação não decorrerá de obrigação de retornar, preteritamente, o direito ao contraditório para um momento em que já esta garantia constitucional foi devidamente oferecida à defesa. No caso de o defensor dativo, no prazo de elaboração de sua defesa, solicitar a feitura de algum ato instrucional e obtiver deferimento da comissão, por óbvia atenção ao princípio do contrário, lhe é assegurado o direito de ser notificado da realização do ato e dele participar de forma integral

*Orientação Coger nº 39  
O defensor dativo tem direito de acompanhar a realização de atos instrucionais por ele solicitados no prazo de elaboração de sua peça de defesa e que porventura a comissão defira.*

Incumbe ao defensor dativo oferecer a efetiva defesa do indiciado, não sendo aceitável que a defesa dativa acate a indicição, manifestando considerar o servidor responsável pelos fatos contra ele imputados. Não obstante, é aceitável que o defensor dativo reconheça algum

grau menor de responsabilidade do indiciado, com o fim de afastar imputação mais grave. Eventual defesa dativa que não se esforce em alegar a inocência ou ao menos a menor responsabilização do indiciado deve ser declarada inepta pela comissão, a fim de ser designado novo defensor, conforme se abordará em **4.8.5.2**.

*STF, Recurso Extraordinário nº 114.342: “Ementa: Exclusão de cabo da Polícia Militar. Defensor designado. Peça de conteúdo acusatório apresentada perante o Conselho de Disciplina, a título de defesa. Recurso Extraordinário provido, por preterição da ampla defesa, assegurada pelo art. 153, § 15, da Constituição, sem prejuízo da revogação do procedimento administrativo, com garantia do regular exercício do direito de defesa.”*

*STF, Recurso Extraordinário nº 205.260: “Ementa: Policial militar: processo administrativo disciplinar: validade: ampla defesa assegurada. No caso, o Defensor dativo - malgrado sem contestar a materialidade do ilícito disciplinar -, extrai dos testemunhos acerca das qualidades pessoais do acusado a base de sustentação do pedido de que lhe fosse imposta pena menos severa que a exclusão. Ante a evidência da responsabilidade do acusado, a postulação no vazio da absolvição pode configurar temeridade tática da defesa, da qual será lícito ao defensor furtar-se, de modo a resguardar a credibilidade da pretensão de uma penalidade menos rigorosa. Essa opção tática do defensor não ultrapassa os limites de sua discricionariedade no exercício do mister e não basta à caracterização de ausência de defesa, de modo a viciar de nulidade o processo.”*

O defensor dativo dispõe do mesmo prazo de que dispunha o indiciado. Ou seja, se o revel está em lugar certo, tendo sido citado sem edital, em regra, a defesa dativa tem prazo de dez dias para apenas um indiciado e de vinte dias para mais de um indiciado; e estando em lugar incerto e não sabido, tendo sido citado por edital, em regra, a defesa dativa tem prazo de quinze dias. Este prazo, a rigor, deve ser contado a partir da publicação da portaria de nomeação do defensor dativo (ou, em postura mais conservadora, a partir da data em que se formalize ciência por parte deste servidor de sua nomeação, caso conste do processo).

*“(...) o prazo será devolvido ao revel. Será de 10 dias, se acusado sozinho, 15 dias, se citado por edital, 20 dias, se correndo comum aos outros indiciados (...).” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 166, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Embora a Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao estabelecer a regra geral da contagem de prazos, em seu art. 238, tenha disposto que apenas o termo final deve recair sobre dia de expediente normal, nada impede que, a favor da parte, se estenda o § 2º do art. 224 do CPC, também iniciando a contagem somente a partir do primeiro dia útil após a ciência do dativo designado. Assim, se a ciência se der em uma sexta-feira, ao invés de se contar o prazo de defesa a partir do sábado, pode-se fazê-lo a partir da segunda-feira subsequente.

*CPC - Art. 224.*

*§ 3º A contagem do prazo terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação.*

Não há dispositivo legal que imponha à comissão estender o prazo do defensor dativo para os demais indiciados que entregaram tempestivamente suas defesas, a fim de aditá-las.

Se, em um determinado processo, houver mais de um indiciado declarado revel e caso seus interesses não sejam conflitantes no processo (por exemplo, não havendo teses excludentes de autoria acerca de determinado fato em que, para se alegar que não foi cometido por um indiciado, é porque se teria de alegar que teria sido cometido pelo outro), não há vedação para que se nomeie um mesmo defensor dativo. Em sentido oposto, em qualquer caso de mais de um indiciado declarado revel e que apresentem interesses conflitantes de defesa, deve ser nomeado um defensor dativo distinto para cada um.

Em atenção à busca da verdade material, à ampla defesa e ao princípio do formalismo moderado que vigoram no processo administrativo disciplinar, caso o revel reapareça e queira apresentar sua própria defesa, recomenda-se que a comissão a recepcione e analise as defesas feitas pelo próprio e pelo defensor dativo, extraindo o que de melhor para o indiciado possua cada peça.

*“(...) dias depois de declarada a revelia e nomeado o defensor dativo, o indiciado apresenta defesa escrita; (...) a defesa apresentada pelo imputado é juntada aos autos, sendo certo que esta defesa deve merecer o acatamento da comissão de inquérito.” Sebastião José Lessa, “Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância”, pgs. 212 e 213, Editora Brasília Jurídica, 4ª edição, 2006*

*“Assim, se acontecer de o indiciado apresentar a defesa escrita alguns dias fora do prazo, ainda não terá dado tempo de a autoridade nomear nenhum defensor dativo, logo, entendo que seria excesso de formalismo nomear dativo se a defesa já foi apresentada, apesar de fora do prazo. Se, contudo, o dativo já estiver nomeado, é conveniente que se receba a defesa do acusado e se aguarde a do dativo, analisando ambas quando da feitura do relatório final.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pgs. 118 e 119, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Em complemento ao que foi afirmado anteriormente, de que a defesa dativa não tem assegurada prerrogativa de se retornar à instrução probatória, também é certo que a atuação do defensor dativo no processo encerra-se com a entrega da defesa, não lhe cabendo, a partir da fase de elaboração de relatório, mais nenhuma postulação a favor do revel, nem solicitar cópia do relatório e muito menos apresentar recursos.

#### **4.8.5.2 - Defesa Inepta ou Insuficiente (Acusado Indefeso)**

Pode ocorrer ainda a situação de o acusado apresentar defesa, mas a comissão a considerar insuficiente, deficiente ou pífia (situação conhecida como defesa inepta, defesa não satisfativa ou acusado indefeso), ou seja, sem elementos para contrapor os fatos imputados e para intentar afastar sua responsabilidade. Neste caso, se a defesa apresentada, absolutamente, não contesta a imputação, adotando apenas uma negação genérica, ou se ela tão somente se limita a reconhecer a responsabilidade do acusado e clamar por clemência, em respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da verdade material, deve a comissão solicitar à autoridade instauradora a designação de defensor dativo para apresentar nova peça. O mesmo também se aplica se o indiciado, sem ter constituído procurador nos autos, declara à comissão incapaz tecnicamente de redigir sua peça de defesa e solicita a designação de defensor dativo para elaborar aquilo para que ele mesmo se diz sem condições de fazer.

*“O segundo exemplo de nomeação de defensor dativo é quando a defesa é considerada inepta pela comissão disciplinar. A defesa é considerada inepta quando não é satisfatória, é a defesa insuficiente, sem argumentação que permita efetivamente rebater os fatos imputados ao servidor no termo de indicição. Ou seja, a defesa é apresentada pelo indiciado, mas a comissão julga que aquela não foi capaz de, de fato, defendê-lo.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 344, 2013, disponível em [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual_PAD.pdf), acesso em 07/08/13*

Mas é preciso ressaltar a excepcionalidade deste incidente. A consideração de uma defesa como inepta ou insuficiente deve ser compreendida como uma possibilidade residual e de forma muito restritiva. Analogamente ao que se aduziu em **4.3.6.1**, quando se abordou o incidente das defesas colidentes, aqui também se deve ter claro que a real constatação mais frequente que se extrai de uma defesa mal sucedida em suas teses reside na hipótese de o

trabalho persecutório estar bem realizado, com provas irrefutáveis da responsabilização, e da ausência de possibilidades de o defendente lograr alterar o entendimento. Uma defesa que não consegue convencer e afastar as imputações bem calcadas em provas não deve ser confundida com a rara hipótese do incidente restritivo de se ter uma defesa inepta ou insuficiente, que nada aborda do mérito da questão. Conforme já aventado naquele tópico mencionado, de um lado, é certo que a declaração de uma defesa inepta é corolário da indisponibilidade da amplitude de defesa; mas, de outro lado, trata-se de uma medida de certa forma constrangedora e invasiva e também atua no sentido oposto ao fluxo ordinário de um processo caminhar rumo ao fim desejado.

O entendimento se aplica tanto à defesa apresentada pelo próprio acusado, quanto à defesa da lavra de procurador que não seja advogado. Não se cogita de declarar inepta uma defesa elaborada por advogado, de quem se presume toda técnica jurídica e até mesmo se respeita qualquer estratégia de defesa porventura adotada. Sobretudo, também no caso de defensor dativo anteriormente designado em função de declaração de revelia do interessado, pode-se considerar o resultado de seu trabalho insatisfatório no cumprimento do dever legal de defender o indiciado, podendo-se determinar o refazimento pelo mesmo ou designar outro defensor.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/6.

*Nota Técnica Coger nº 2005/6: “Ementa: (...) Somente existe expressa previsão legal para designação de defensor dativo com o fim de elaborar defesa escrita de indiciado revel. Excepcionalmente, permite-se a extensão caso a defesa escrita seja considerada insuficiente ou deficiente pela Comissão Disciplinar. 31. Entretanto, em respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da verdade material, em hipótese extremamente excepcional, caso se constate que a defesa apresentada é absolutamente inepta, deve a comissão solicitar à autoridade instauradora a designação de defensor dativo para apresentar nova peça. O entendimento se aplica tanto à defesa apresentada pelo próprio acusado, quanto à defesa técnica de procurador e, sobretudo, à defesa dativa. (...)”*

Não se discute que, a rigor, na instância disciplinar, não é deste incidente de que trata o art. 164 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao prever a designação de defensor dativo, visto que ali se trata de declaração de revelia para o acusado que se nega a apresentar defesa, conforme já abordado em **4.8.5.1**.

Mas a presente recomendação não soa contraditória com o que se aduziu em **4.3.6.3** (em que, à vista da falta de previsão legal, elegeu-se o princípio da legalidade para justificar que não deve a comissão designar defensor *ad hoc* ou solicitar defensor dativo para acompanhar ato instrucional devidamente notificado à parte), visto que aqui, diferentemente daquela primeira situação, se tem uma extensão muito bem delimitada do dispositivo do art. 164 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de falta de defesa, na única hipótese em que se tem previsão legal para designação de defensor dativo. Assim se manifestou a Advocacia-Geral da União, quando o órgão jurídico apreciou os direitos ao contraditório e à ampla defesa, nos seus Pareceres nº GQ-37, 55 e 177, vinculantes, reproduzindo citação doutrinária:

*“É por isto que o contraditório não se pode limitar ao oferecimento de oportunidade para produção de provas. É preciso que ele mesmo (o magistrado) avalie se a quantidade de defesa produzida foi satisfatória para a formação do seu convencimento. Portanto, a ampla defesa não é aquela que é satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo. (...) (Celso Ribeiro Bastos, Comentários à Constituição do Brasil, Editora Saraiva, 1989, 2º vol, pg. 267).”*

Citam-se ainda:

*Parecer AGU nº GQ-201, não vinculante: “13. Entretanto, é forçoso convir que a tarefa da Comissão não reside, exclusivamente, em analisar as alegações de*

*defesa, pois o processo administrativo visa a apurar, por todos os meios, os fatos e suas circunstâncias, a verdade real, de sorte a orientar a autoridade no seu julgamento, fornecendo-lhe os elementos necessários a uma justa decisão. (...)*

*Não se paute, portanto, a Comissão, na sua indagação probatória, simplesmente pelas linhas ou sugestões do articulado da defesa, que poderá ser limitado ou deficiente. Pois a sua incumbência é a de buscar a verdade através de todos os meios ao seu alcance, dado que, no caso, a Administração, que ela representa, se é promotora do inquérito tendente a punir, tem igualmente a função de juiz que deve julgar com imparcialidade e completo conhecimento de causa.”*

*Formulação Dasp nº 47. Direito de defesa*

*Com base em processo administrativo disciplinar, não se pode punir por infração, embora leve, de que o acusado não se tenha defendido.*

*Formulação Dasp nº 215. Inquérito administrativo*

*O inquérito administrativo não visa apenas a apurar infrações, mas também a oferecer oportunidade de defesa.*

Da instância processual penal, aqui de válida citação subsidiária, visto que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não cuidou da matéria, trazem-se os seguintes reforços à tese:

*CPP - Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: (Redação dada pela Lei nº 11.090/06/08)*

*V - nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor; (Redação dada pela Lei nº 11.090/06/08)*

*STF, Enunciado da Súmula nº 523*

*No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.*

*“Convém, no passo, a referência à Súmula nº 523, do Supremo Tribunal Federal, que, pelo seu contexto, pode, conforme o caso, ser aplicada ao procedimento administrativo, subsidiariamente:*

*‘No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.’*

*Trata-se, na hipótese, de defesa deficiente que exige comprovação do prejuízo efetivo para a configuração da nulidade.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 166, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“Se o poder público é o responsável pela manutenção da ordem e, por isso mesmo, deve tomar as medidas necessárias para punir o autor da infração penal, não é menos certo constituir dever seu assegurar aos acusados ampla defesa, porquanto repugna à consciência jurídica de um povo possa alguém ser processado sem que tenha o direito de se defender. (...) O devido processo legal exige um regular contraditório, com o antagonismo de partes homogêneas. Deve haver uma luta leal entre o acusador e o acusado. Ambos devem ficar no mesmo plano, embora em polos opostos, com os mesmos direitos, as mesmas faculdades, os mesmos encargos, os mesmos ônus. (...)*

*(...) a defesa é um exercício privado de função pública. Defesa, não simulacro de defesa. A defesa em toda sua plenitude. (...)*

*(...) porque o Estado exige que a defesa se realize efetiva, regular e eficazmente, ‘a fim de não ficar nenhum réu em plano de inferioridade perante o órgão público da acusação’. E tanto isso é exato que, mesmo em sessão plenária do Júri, o Presidente, observando que a defesa não está sendo efetiva ou eficaz, poderá considerar o réu indefeso, nomeando-lhe outro defensor, segundo prescreve o art. 497, V do CPP.” Fernando da Costa Tourinho Filho,*

*“Processo Penal”, pgs. 403 a 406, vol. 2, Editora Saraiva, 12ª edição, 1990*

Quanto à instrumentalização da designação de defensor dativo no caso de entrega de defesa absolutamente inepta, uma vez que aqui se cogita de extensão do dispositivo previsto no art. 164 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, pelo qual diretamente se solicita à autoridade instauradora a designação de defensor dativo para o indiciado revel, recomenda-se que a comissão o faça logo em seguida, não se vislumbrando apoio na norma para se conceder nova oportunidade ao servidor indiciado para apresentar outra defesa escrita.

#### **4.9 - 2ª FASE: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - RELATÓRIO DA COMISSÃO**

Após a instrução probatória sem indicição de servidor ou após análise da defesa escrita apresentada, deve a comissão apresentar relatório à autoridade instauradora, encerrando a segunda fase do processo, chamada de inquérito administrativo. Não obstante, não há impedimento de a comissão, ao longo da instrução probatória, já ir antecipando trechos iniciais do relatório, tais como resumos dos fatos antecedentes à instauração do processo e dos atos de busca de prova realizados - limitando-se à descrição fática dos atos, sem lhes agregar nenhum juízo de valor ou mérito, como forma de preservar a vedação de prévia formação e sobretudo manifestação de convicção por parte do colegiado.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:*

*I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;*

*II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;*

*III - julgamento.*

Ademais, à vista do compromisso que a comissão sempre deve manter com a celeridade processual e com o prazo razoável para conclusão de seus trabalhos, atentando que o relatório é o desfecho de sua atuação e se perfaz em um texto longo e de demorada elaboração, não convém que um colegiado, que em geral conduz diversos processos administrativos disciplinares simultaneamente, deixe completamente sem movimentações, providências ou iniciativas todos os demais processos e priorizar exclusivamente a redação desta peça final de apenas um processo.

A Lei nº 8.112, de 11/12/90, dispõe ao servidor a instrução e a defesa como momentos do processo para que ele exerça seu direito de intervir a fim de fornecer à comissão e à autoridade julgadora elementos a seu favor na formação da convicção acerca dos fatos. Assim, não há previsão legal para que o indiciado intervenha na fase de elaboração do relatório e tampouco para que a comissão lhe ofereça a oportunidade de apresentar alegações finais, entre a defesa e o relatório e muito menos após estar concluído o relatório.

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.985, Voto: “Como se vê, inexistente qualquer determinação legal no sentido de que o indiciado seja intimado para o oferecimento de alegações finais.*

*Ao contrário, a lei estabelece que tão logo seja apreciada a defesa oferecida pelo servidor, a comissão elaborará relatório minucioso (...).*

*De tanto, resulta que, nesse particular, não há que falar em cerceamento de defesa.”*

*Idem: STF, Mandado de Segurança nº 23.268 e Recurso em Mandado de Segurança nº 26.226; e STJ, Mandados de Segurança nº 7.051, 8.259 e 11.221*

Este relatório deve ser minucioso, detalhando todas as provas em que se baseia a convicção final, e conclusivo quanto à responsabilização do indiciado (inclusive se houve falta capitulada como crime ou dano aos cofres públicos) ou quanto à inocência ou insuficiência de provas para responsabilizá-lo. O relatório não pode ser meramente opinativo e muito menos pode apresentar mais de uma opção de conclusão e deixar a critério da

autoridade julgadora escolher a mais justa.

Embora pareça óbvio, é de extrema importância ressaltar que deve a conclusão do relatório (seja de absolvição, seja de responsabilização) se amoldar e se inter-relacionar fortemente com o conjunto de provas coletadas pela própria comissão. Destacadamente na hipótese de o relatório concluir pela responsabilização - o que exige o entendimento por parte da comissão de que a conduta fática apurada amoldou-se à definição de algum enquadramento e faz recomendar, como regra, a proposta de pena - estes dois elementos relevantes da conclusão externada pelo colegiado devem estar claramente associados ao conjunto probatório, com menções recíprocas de elementos de prova que justificam o enquadramento e a conseqüente pena proposta.

Por um lado, não estando convicta da responsabilização do indiciado, à luz das provas coletadas, recomenda-se que a comissão altere a postura inicialmente adotada acerca de benefício da dúvida, passando a adotar a máxima do *in dubio pro reo*, em detrimento do *in dubio pro societate*. Com as cautelas espostas em **4.6.1.1**, pode, delimitadamente, a comissão atentar para o princípio da insignificância.

*Parecer AGU nº GM-3, não vinculante: “Ementa: (...) Incumbe à administração apurar as irregularidades verificadas no serviço público e demonstrar a culpabilidade do servidor, proporcionando seguro juízo de valor sobre a verdade dos fatos. Na dúvida sobre a existência de falta disciplinar ou da autoria, não se aplica penalidade, por ser a solução mais benigna. (...) 50. (...) compete à administração, por intermédio da comissão de inquérito, demonstrar a culpabilidade do servidor, com satisfatório teor de certeza.”*  
*“(...) a regra do ‘in dubio pro reo’ se aplica, em geral, somente em relação ao fato típico, cuja prova incumbe ao acusador. As causas justificatórias ou circunstâncias eximentes devem ser provadas pela defesa.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pg. 530, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Por outro lado, destaque-se que, quando se cogita de imputação contrária ao servidor, tanto pode se cogitar de o servidor ter sido efetivamente o executor do fato em si quanto pode se cogitar de ter sido responsável por sua ocorrência, de ter propiciado com sua conduta concorrente que o fato ocorresse ou que terceiro o praticasse.

Em qualquer caso, havendo divergência de mérito ou de convicção entre os integrantes da comissão acerca da decisão de absolver o servidor ou de propor sua responsabilização, remete-se ao que já se aduziu em **4.3.10.5**.

#### **4.9.1 - Elementos do Relatório**

O relatório deve conter:

- preâmbulo (identificação da comissão);
- antecedentes do processo;
- fatos apurados pela comissão na instrução;
- motivos da indicição;
- apreciação das teses da defesa (todas as alegações da defesa devem ser abordadas ponto a ponto, para acatamento ou refutação; esta análise deve ser feita com equilíbrio, sem embate pessoal, ainda que a defesa tenha sido ofensiva contra a comissão; no caso de refutar os argumentos apresentados, isto não se confunde com ofender, denegrir, usar termos subjetivos com a defesa);
- conclusão (se for o caso de concluir pela responsabilização do servidor, deve-se indicar os dispositivos legais transgredidos, as circunstâncias agravantes e atenuantes referentes

apenas ao fato em si e não a toda vida funcional do servidor, e os bons ou maus antecedentes funcionais; no caso de absolvição, deve-se apresentar as razões e fatos que geram tal entendimento);

- a questão de a comissão propor ou não a pena será abordada linhas abaixo;
- informação de indícios de possível configuração de crime (sempre destacando que o servidor não é competente para afirmar o crime) e de danos a serem ressarcidos ao erário;
- recomendações ou sugestões, se cabíveis, de acatamento não obrigatório, sobre medidas que podem ser adotadas pela Administração, de melhoria de gestão, objetivando evitar a repetição dos fatos, quando se percebem fatores propiciadores na rotina de procedimentos ou nas condições de trabalho reinantes na unidade.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 165. Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção.*

*§ 1º O relatório será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor.*

*§ 2º Reconhecida a responsabilidade do servidor, a comissão indicará o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.*

Sendo um texto em geral extenso, podendo atingir algumas dezenas de folhas, convém dedicar atenção às convenções formais de grafia de nomes compostos e de suas siglas e de menção a normas, expostos em **4.3.11.4**

Como elementos que instruem o julgamento e a dosimetria da pena a ser aplicada pela autoridade julgadora, convém que a comissão junte aos autos elementos que permitam sopesar não só os parâmetros dispostos no § 2º do art. 165 mas também os demais do art. 128, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, cuidando, sobretudo, de individualizar tais parâmetros na hipótese de haver mais de um indiciado.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.*

Para o fim acima, as condições atenuantes ou agravantes com que se configurou o cometimento do fato (condicionantes de ordem prática da conduta fática em si) não se confundem com os antecedentes funcionais, avaliados pelos assentamentos, abonadores ou não de boa conduta profissional pretérita. Enquanto agravantes sempre atuam negativamente e atenuantes sempre atuam positivamente ao interesse da defesa, os antecedentes são um gênero, que comporta as espécies maus e bons antecedentes, cada uma atuando em um sentido antagônico (contra e a favor).

Assim, por exemplo, em tese, podem atuar como agravantes no momento em que o servidor comete a infração, tornando mais criticável a conduta: os fatos de ele ocupar cargo ou função comissionada, demonstrando que detém confiança da Administração; de ele ter sido capacitado e treinado na área técnica em que cometeu o ilícito; de ele já ser servidor há muito tempo ou estar há muito tempo desenvolvendo aquela atividade, com experiência no assunto; as satisfatórias condições físico-operacionais e de infraestrutura que a Administração disponibiliza para o bom desempenho das atividades laborais; ter agido em associação com outro servidor; ter agido em conluio com particular na perpetração da conduta ilícita em favor daquele; ter agido com violência ou com grave ameaça, quando não elementares à infração; ter promovido ou organizado a atuação de outro coator ou ter instigado, proposto, solicitado ou determinado que outro servidor concorresse com a infração; ou ainda quaisquer outras condicionantes que, no que cabível, se possam adequar, por analogia, à lista de agravantes

enumerada nos arts. 61 e 62 do CP.

Por outro lado, em tese, podem atuar como atenuantes no momento em que o servidor comete a infração: os fatos de ele ser recém-ingresso no serviço público ou de estar há pouco tempo desempenhando aquela atividade e não ter sido capacitado e treinado na área técnica em que cometeu o ilícito, no que se pode incluir o desconhecimento justificado de norma de regência; de ele estar passando por gravíssimo problema na vida pessoal a ponto de prejudicar sua concentração, seu estado físico, mental ou emocional e sua dedicação no trabalho ou qualquer outro motivo de relevante valor social ou moral; as precárias condições físico-operacionais, de pessoal e de infraestrutura que a Administração disponibiliza para o desempenho das atividades laborais; de ter cometido a infração sob coação a que poderia resistir, ou no cumprimento de ordem superior ou sob influência de violenta emoção provocada por ato injusto de terceiro ou ainda na defesa (mesmo que sob erro ou com excesso moderado) de suas atribuições legais; e, embora sejam condicionantes que se operam já após o cometimento da infração, também podem ser considerados como atenuantes os fatos de o servidor ter contribuído para as apurações ou ter confessado a conduta, ter procurado, imediata, espontânea e eficientemente, evitar ou minorar as consequências de seu ato ou reparar o dano causado; ou ainda quaisquer outras condicionantes que, no que cabível, se possam adequar, por analogia, à lista de atenuantes enumerada no art. 65 do CP.

Como exemplos de bons antecedentes registram-se elogios, agradecimentos, menções honrosas que constem do assentamento do servidor, noticiando demonstrações de dedicação ao trabalho ou de desenvolvimento de tarefas especiais ou de forte grau de comprometimento com a instituição, etc. E, como exemplos de maus antecedentes, registram-se as consignações no assentamento do servidor de que ele sofreu pena com advertência há menos de três anos ou de suspensão há menos de cinco anos da data em que cometeu o ilícito em comento (que, na verdade, podem ser impositivas da configuração de reincidência), ou ainda de anotações de faltas, atrasos ou quaisquer indicadores de descompromisso com o trabalho, etc.

Prosseguindo na identificação dos parâmetros de dosimetria elencados no art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, no conceito de natureza e gravidade da infração podem ser compreendidos, por exemplo, o ânimo subjetivo da conduta (é mais grave cometer determinado ato irregular por dolo do que por mera negligência ou imperícia ou imprudência) bem como a identificação se a conduta infracional está associada a alguma mácula de caráter do infrator ou se foi apenas um aspecto procedimental ou comportamental indevido e se a conduta foi isolada ou ocasional ou se é continuada ou habitual, nos termos já dispostos em 2.5.3.4. Também pode ser inserido na leitura de natureza e gravidade da infração o fato de a conclusão final ter se limitado a apenas um enquadramento ou a mais de um enquadramento, seja em concurso de infrações, seja por infrações independentes, conforme se aduziu em 4.5.3.

Por fim, mencione-se ainda a relevância de a comissão informar (e, no grau de aprofundamento que lhe for possível e cabível ao caso, também quantificar) se houve dano ou não em decorrência do ato funcional cometido pelo servidor e, em caso positivo, se este dano atingiu à instituição, a categoria funcional ou a terceiros e se é de natureza material ou moral (por exemplo, repercussão negativa e desprestígio para a Administração ou para seus quadros junto à opinião pública) e se já foi ressarcido amigavelmente ou não.

*“Prescindindo do resultado maléfico que possa produzir contra a administração pública, consuma-se a falta disciplinar com a mera conduta exteriorizada pelo funcionário transgressor, ainda que não seja concretizado o seu resultado danoso. Daí dizer-se que o ilícito disciplinar é formal. Basta apenas que haja o risco de que tal dano possa ser produzido. São chamados, também, de ilícitos de risco ou de perigo. Não obstante, pode o regulamento exigir eventualmente que o dano, ou seja, o resultado, deva integrar a infração disciplinar. Nesse caso, perde a natureza de ilícito formal e passa para a categoria de ilícito de dano. (...)”*

*Por outro lado, ressalte-se que a efetiva produção do resultado danoso, desde que não esteja incluído na definição da falta, é sempre considerado circunstância agravante.” José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pg. 210, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

Neste ponto, expõe-se ao justificável risco de se estender além da fria literalidade da Lei. Mais do que simplesmente apontar para o julgador, à vista do caso concreto, todos os parâmetros indicadores de dosimetria de pena elencados no art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para que este apenas os sopesse na quantificação da punição, deve mesmo a comissão, de certa forma, antecipar seu emprego, permitindo que eles permeiem a conclusão do seu relatório, antes da fase de julgamento - embora, formalmente, estes parâmetros atuem sobre a aplicação da pena e apenação não seja matéria da comissão.

A rigor, os parâmetros do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, atuam apenas quantificando e graduando, no pouco que a Lei permite neste sentido, a pena vinculada para um enquadramento já definido - ou seja, não teriam o condão de desconfigurar o fato ilícito apurado ou de elidir a pena vinculada àquele enquadramento. Todavia, como aquela Lei contempla degraus de escalonamento de gravidade para fatos similares (conforme aduzido em 4.7.1.1) e vincula a pena a ser aplicada ao enquadramento julgado cabível (conforme melhor se abordará em 4.10.2.1, em 4.10.2.2 e em 4.10.2.5.1) e estes dois fatores causam natural senso de responsabilidade no aplicador, ninguém melhor que a comissão para, após meses de trabalho, em que travou o diálogo juridicamente aceito com o acusado (levando em conta todas as ferramentas jurídicas, princípios garantidores de defesa, fatores humanos, praxes administrativas, etc), em uma construção intelectual informal, adotar estes parâmetros como indicadores de, dentre os enquadramentos possíveis para o fato apurado, qual o mais razoável e qual tem a pena vinculada mais proporcional e neste rumo concluir o seu relatório, nos termos que se descreverão a seguir, em 4.9.2.

*“A solução para evitar injustiças é, ou não abrir o processo - se for possível sustentar a inexistência do ilícito - ou não enquadrar o servidor em uma das hipóteses do art. 132, mas em outro dispositivo legal cuja consequência seja uma pena mais branda. Isto é, para que um servidor não seja demitido a solução não é atenuar sua pena, mas sim, se for possível, enquadrar sua conduta num dispositivo da Lei 8.112/90 que não gere demissão, caso contrário não haverá discricionariedade para atenuar a pena. Assim, o princípio da proporcionalidade só pode ser utilizado para evitar a pena de demissão se ele não for invocado para atenuar a pena, mas para mudar o enquadramento para um tipo legal que não gere demissão.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 137, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

## **4.9.2 - Descrição Fática, Enquadramento e Proposta de Pena**

Formalmente, extrai-se da leitura sistemática da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao amparo de manifestações da Advocacia-Geral da União (seus Pareceres AGU nº GQ-12, GQ-35, GQ-55 e GQ-121) e da jurisprudência, que existe uma coerente linha evolutiva a se seguir em caso de responsabilização, reproduzida em 4.5.2, a cuja leitura se remete. Primeiramente, a portaria instauradora apenas se reporta ao nº do processo, sem indicar fato irregular, enquadramento e autor. Em seguida, a notificação inicial para acompanhar o processo como acusado é o primeiro momento em que se identifica o possível autor ou responsável nos autos, ainda sem descrever a irregularidade e enquadrá-la. Somente após a instrução contraditória, com toda a riqueza de verdade que lhe é inerente, eis então que a comissão, na indicição, pela primeira vez ao longo do processo, nos termos do art. 161 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, tem autorização legal para formalizar acusação do fato apurado e enquadrar a conduta (embora a ausência do enquadramento não tenha o condão de anular a indicição, se defende que a comissão já o faça). Por fim, no relatório, seu último ato, é que a comissão é legalmente

obrigada a enquadrar o fato.

Conforme aduzido em **4.5.2**, a indicição delimita faticamente a acusação, sendo vedado à comissão acrescentar à acusação fatos não incluídos naquela peça, pois sobre eles não terá sido ofertado o contraditório. A indicição, a defesa e o relatório reportam-se a fatos. Assim, não há nulidade pelo simples fato de a comissão, motivadamente, alterar, no relatório, o enquadramento legal acaso incluído na indicição. Até porque, a rigor, a ausência do enquadramento não anula o termo de indicação, conforme aduzido no Parecer AGU nº GQ-121. Mas não se pode alterar a descrição fática, acrescentando novos detalhes não incluídos na indicição.

*Parecer AGU nº GQ-121, não vinculante: “10. (...) A omissão ou substituição de dispositivo, com vistas ao enquadramento e punição da falta praticada, não implica dano para a defesa, advindo nulidade processual, em consequência. A este aspecto encontrava-se atento o legislador ao determinar que os preceitos transgredidos devem ser especificados no relatório, sem adstringir esse comando à elaboração da peça instrutória. No entanto, o zelo demonstrado pela c.i, quando indica, na indicição, os preceitos desrespeitados não desmerece a execução dos seus trabalhos.”*

*STF, Mandado de Segurança nº 21.321: “Ementa: (...) a defesa do indiciado em processo administrativo, como ocorre no processo penal, se faz com relação aos fatos que lhe são imputados, e não quanto a enquadramento legal.”*

Quanto à apresentação, por parte da comissão, de proposta de pena no relatório, é de se reconhecer que a matéria comporta polêmica. De um lado, pode-se interpretar que, no art. 165 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, o legislador cuidou de elencar todos os elementos essenciais ao relatório e não incluiu proposta de pena por parte da comissão. Esta interpretação vem a favor da visão estanque de que a segunda fase do processo, o inquérito administrativo, funda-se em diálogo entre comissão e acusado acerca tão somente do fato, não devendo o colegiado se reportar à pena. Nesta corrente, se entende que a comissão, ao abordar a pena, antecipa a terceira fase, do julgamento, invadindo a competência do julgador e criando-lhe maiores dificuldades caso este tenha entendimento diverso.

Por outro lado, pode-se adotar o entendimento de que a interpretação extraída do art. 165 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, acima reproduzido, é meramente literal e não pode prosperar sobre a interpretação sistemática da Lei, obtida quando se lê o seu art. 168. Nesta linha, se compreende que, além da descrição do fato e de seu enquadramento, a comissão deve apresentar a proposta de penalidade a ser aplicada. O *caput* do art. 168 do Estatuto estabelece que o julgamento, como regra, acata o relatório. Se não se discute que o ato de julgar inclui a aplicação da pena, defende-se então que o relatório, que *a priori* é de ser acatado, deve abordar a pena. Além disto, se o parágrafo único do mesmo artigo menciona que a autoridade pode abrandar ou agravar a “pena proposta”, é porque a Lei prevê que algum agente proporá pena ao julgador, restando óbvio, nesta linha, que tal agente só pode ser a comissão.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.*

*Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.*

Diante de duas formas aceitáveis de se interpretar, parece mais recomendável a segunda linha. Afinal, ninguém mais habilitado que a comissão para se manifestar sobre o objeto de apuração e sobre a conduta do acusado. Por este fato, é de se defender que pode a comissão destacar, para o julgador distanciado do fato, qual a exata dosimetria da pena que, na visão qualificada de quem apurou, melhor atende às condicionantes de atenuação ou de agravamento. Ademais, a recomendação de proposta de pena no relatório contribui para incutir no integrante da comissão maior senso de responsabilidade ao indiciar e enquadrar, ao

fazê-lo ver a repercussão do enquadramento proposto.

*“Interpretando-se o Regime Disciplinar, previsto no Título IV da Lei n.º 8.112/90, e o Processo Administrativo Disciplinar, disciplinado no Título V da mesma lei, de forma sistemática, percebe-se, ao serem privilegiadas a coerência do sistema jurídico e o sentido correto do seu conteúdo normativo, que descrição dos fatos, enquadramento e recomendação da penalidade são, quando comprovada a ocorrência de irregularidade, consectários lógicos dos trabalhos da CPAD, que deve ter, dada a proximidade com a realidade fática apurada, conhecimentos suficientes para subsidiar a decisão da autoridade julgadora.*

*Afasta-se, pois, qualquer dúvida quanto à obrigatoriedade de a CPAD, após constatar o cometimento de certa irregularidade, proceder ao correto enquadramento administrativo e sugerir a penalidade a ser aplicada pela autoridade competente.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 353, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

*“(…) apresentação, pela Comissão Processante, de um relatório, no qual apreciará, em relação ao indiciado ou indiciados, as irregularidades apontadas, as provas colhidas, as razões de defesa apresentadas, propondo ou indicando absolvição ou punição, inocência ou responsabilidade, mencionando, no caso positivo, a pena cabível e sua fundamentação legal.” Edmir Netto de Araújo, “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, pg. 148, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

*“Apesar da Lei não ser clara, deverá ser sugerida a penalidade a ser aplicada. Porém, a ausência de indicação de pena não é causa de deficiência no relatório.” Simone Baccarini Nogueira, “Manual de Sindicância Investigatória, Sindicância Punitiva e Processo Administrativo Disciplinar do Servidor Público Federal”, pg. 46, Universidade Federal de Minas Gerais, 1ª edição, 2004*

*“(…) a indicação da penalidade é procedida pela comissão à autoridade superior. De acordo com o apurado no processo, e a gravidade dos fatos acontecidos segundo ficou demonstrado, irá a comissão indicar uma pena ao indiciado (…).” Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis”, pgs. 276 e 277, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

Mas, a rigor, a discussão parece ser apenas teórica, diante da vinculação reinante na instância disciplinar para a pena legalmente prevista para cada infração. Configurado o ato, a Lei prevê exatamente qual pena é cabível. A única margem de relativa discricionariedade na matéria disciplinar é entre aplicação de advertência ou suspensão. E, nestes casos, reforça-se a tese de que pode a comissão, como melhor conhecedora do fato, opinar ao julgador qual das duas penas melhor se aplica (registrando-se que, no caso de a comissão propor a pena de suspensão, é recomendável, inclusive, que quantifique os dias - de um a noventa, atentando que, acima de trinta dias, a autoridade julgadora alça-se ao Ministro de Estado da Fazenda). Já nas hipóteses graves, puníveis com pena capital, tal discricionariedade não se aplica, sendo inafastável a aplicação da pena expulsiva.

Por fim, diante da inconclusividade do tema, por um lado, não se configura qualquer nulidade se a comissão acatar a recomendação de apresentar a proposta de pena no relatório (que não vincula o julgador) e tampouco caso se restrinja a descrever o fato e a enquadrá-lo, deixando a matéria punitiva a cargo apenas da autoridade julgadora.

A propósito, seja de uma forma ou de outra, convém aqui reforçar o que já foi exposto não só para a fase pré-processual de admissibilidade mas também para todo o trabalho apuratório a cargo da comissão: a instância disciplinar deve sempre permear sua atuação pela

absoluta atenção a princípios caros e informadores do Direito público punitivo, como os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da presunção de inocência e da intervenção mínima, dentre outros. E tal acepção se sedimenta e se concretiza, destacadamente, no momento final do trabalho do colegiado, na elaboração do relatório. Conforme já aduzido desde 4.5.2, a comissão jamais deve, por submissão a qualquer dispositivo legal ou normativo, se afastar daqueles primados essenciais quando se lida com instância jurídica punitiva com poder de interferir de forma tão gravosa sobre bens jurídicos relevantes da pessoa como é a instância disciplinar.

Embora a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não contemple de forma expressa este tipo de construção, deve a comissão atentar, destacadamente, para os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade desde o momento de, se for o caso, mencionar, na indicição, o enquadramento da conduta fática apurada e, com muito mais ênfase, neste momento conclusivo de elaborar o relatório, obrigatoriamente enquadrando a conduta e, conforme se recomenda, propondo a pena, na hipótese de propor responsabilização. Não é de se confundir que a instância disciplinar, seja pela Lei de regência, seja pelo restante do ordenamento infralegal, desatende àqueles dois princípios tão somente porque nela prevalece que, uma vez enquadrada a conduta, não cabe sopesar condicionantes com o fim de alterar a pena (atenuando-a ou agravando-a). Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são sim acatados e são desde os trabalhos da comissão, antes mesmo da fase final do julgamento. A razoabilidade e a proporcionalidade, na instância disciplinar, permeiam a definição do melhor enquadramento adequado à conduta apurada mas não atuam no sentido de, uma vez comprovada determinada conduta para a qual melhor se amolda determinado enquadramento, se cogitar de que alguma condicionante ou parâmetro de dosimetria ou de individualização da pena alterem a sanção vinculadamente associada àquele enquadramento. De fato, uma vez definido o enquadramento, a pena é vinculada; mas a definição do enquadramento, que antecede a vinculação da pena, esta sim é plenamente sujeita à percepção dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Então, conforme já aduzido em 4.9.1, em termos práticos, é sob esta ótica que, quando for o caso, deve a comissão enquadrar a conduta no relatório, tomando para si todos os parâmetros de dosimetria e de individualização da pena que, a rigor, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seu art. 128, confere e atribui ao julgador (natureza e gravidade da infração, dano dela decorrente, antecedentes, atenuantes e agravantes), antecipando a aplicação daquelas condicionantes (que, a princípio, se empregariam somente em momento posterior, na definição da pena) para que atuem já desde a definição do enquadramento, o qual vinculadamente, traz a pena associada. Assim agindo, quando for o caso, a comissão logrará adotar, dentre todos os enquadramentos possíveis para o fato apurado (já que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, contempla degraus de escalonamento de gravidade para fatos similares), aquele que se demonstra mais razoável e que tem a pena vinculada absolutamente proporcional à gravidade da conduta.

Uma vez que o Superior Tribunal de Justiça reiteradamente expressou que os Pareceres AGU nº GQ-177 e GQ-183 são ilegais por supostamente afrontarem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (como, por exemplo, nos Mandados de Segurança nº 12.991 e 13.341, ora não reproduzidos como referências porque não cabe ao agente administrativo questionar as manifestações vinculantes da Advocacia-Geral da União), não convém que a comissão, se for o caso de propor pena no relatório, mencione tais Pareceres (sem que aqui não confunda com desrespeitá-los, até porque, a rigor, se voltam ao julgador, ao ratificarem a ausência de discricionariedade para alterar a pena associada ao enquadramento), com o fim de evitar possível crítica judicial à condução dos trabalhos, crítica esta que restaria injusta na presunção de que o colegiado tenha considerado a atuação daqueles preceitos em seus trabalhos, desde antes da definição do enquadramento.

*Parecer AGU nº GQ-183, vinculante: “7. Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, de 1990, arts. 129, 130, 132, 134 e 135, comina a aplicação de penalidade, esta*

*medida passa a constituir dever indeclinável, em decorrência do caráter de norma imperativa de que se revestem esses dispositivos. Impõe-se a apenação sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa para omitir-se nesse mister. (...)*

*8. Esse poder é obrigatoriamente desempenhado pela autoridade julgadora do processo disciplinar (...).”*

*Parecer AGU nº GQ-177, vinculante: “Ementa: Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato. (...)*

*10. (...) Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, arts. 132 e 134, cominam a aplicação da pena de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, esta medida se impõe sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa (...) para omitir-se na apenação.”*

A comissão deve mesmo expressar no relatório que a conclusão ali apresentada atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e que a proposta final (seja ela qual for, desde arquivamento até de aplicação de pena expulsiva), além de razoável, guarda estrita proporcionalidade com a menor ou maior gravidade da conduta apurada, atentando, quando é o caso de proposta de responsabilização, para a necessária individualização da pena.

Não obstante o acima exposto, não cabe à comissão se manifestar subjetivamente acerca da justeza ou não da penalidade cabível; todos os itens que se exige constar do relatório são de natureza objetiva, para subsidiar a decisão da autoridade competente.

Caso a comissão tenha, por dúvida, no momento da indicição, optado por provocar a defesa - em atitude de *in dubio pro societate* aceitável até aquele momento -, no relatório, após sopesar as teses de defesa, ela deve concentrar sua convicção (se for o caso de responsabilização), em termos de enquadramentos, atentando não só para os critérios já expostos em 4.5.3 mas também para a necessária inversão da postura, agora a favor do *in dubio pro reo*.

Em seu relatório, pode a comissão sugerir remessa de cópia dos autos à CEPS-RFB, caso entenda que, após os trabalhos apuratórios, tenham restado tão somente indícios de transgressão a princípio ou norma ética, ressalvando-se que a interpretação sistemática do art. 2º da Portaria RFB nº 3.286, de 24/08/11, com o art. 4º, III da Portaria RFB nº 3.262, de 19/08/11, indica pela não superposição de instâncias (tendo havido repercussão disciplinar, não há que se cogitar de provocação, pelo mesmo fato, da instância ética no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil). Ressalve-se também que, em qualquer caso de provocação à CEPS-RFB, o material a ser remetido a este foro deve se restringir apenas aos elementos que noticiam o suposto desvio ético.

*Portaria RFB nº 3.286, de 24/08/11 - Art. 2º Na hipótese de arquivamento de sindicância ou processo administrativo disciplinar, a autoridade julgadora, por sua iniciativa ou por proposta da Comissão de Inquérito ou Sindicância, enviará cópia dos autos à CEPS-RFB, se entender presentes elementos que configurem possível desvio ético.*

*Portaria RFB nº 3.262, de 2011 - Art. 4º Incumbirá à CEPS-RFB:  
III - aplicar a penalidade de censura ética, exclusivamente mediante decisão devidamente motivada, depois de esgotados o contraditório e a ampla defesa, aos agentes públicos em exercício na RFB, desde que a falta ética não configure infração sujeita a sanção mais grave, hipótese em que os autos serão encaminhados à autoridade competente para instauração de procedimento disciplinar; e*

Mas, neste ponto, convém relembrar o já abordado em 2.5.7, no sentido de que em nenhum momento processual cabe à comissão ofertar Termo de Ajustamento de Conduta

(TAC) ao servidor e tampouco, neste estágio processual de apresentação de relatório, ainda que se proponha aplicação de pena de advertência, pode a autoridade instauradora acatar eventual pedido apresentado a destempo (nos termos do § 1º do art. 6º da Instrução Normativa CGU nº 2, de 30 de maio de 2017, o prazo para se cogitar da celebração do acordo se encerra em cinco dias contados do recebimento da notificação inicial que comunica a condição de acusado).

O relatório é o último ato da comissão, que se dissolve com sua entrega, junto com todo o processo, à autoridade instauradora, para julgamento. Convém a comissão redigir termo de entrega de processo, registrando o encaminhamento dos autos à autoridade instauradora e descrevendo o seu total de volumes, anexos e folhas. Concluído o relatório, nada mais a comissão pode apurar ou aditar, pois juridicamente ela não mais existe (a menos que a autoridade a redesigne, seja para refazer, seja para ultimar atos instrucionais, por meio de específica portaria).

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 166. O processo disciplinar, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento.*

*STJ, Mandado de Segurança nº 8.259: “Ementa: 6. Inexiste qualquer determinação legal no sentido de que o indiciado seja intimado pessoalmente do relatório final elaborado pela comissão processante, não havendo falar, assim, em violação do princípio do devido processo legal”*

Convém que a comissão, juntamente com os autos originais, entregue cópia do processo, preferencialmente, digitalizada (escaneada) em mídia eletrônica, a ser arquivada no Escor responsável pela instauração.

Não há previsão legal para que a comissão forneça cópia do relatório ao servidor. Ao contrário, não convém que o acusado tenha cópia antes de a peça chegar à autoridade instauradora, para evitar que a ela chegue recurso sobre matéria de que ainda nem teve conhecimento. Por se inserir na garantia à ampla defesa e ao contraditório, caso seja solicitada, a cópia deve ser fornecida, mas pela autoridade instauradora (até porque, juridicamente, não mais existe comissão desde a entrega do relatório). Com mais rigor, uma vez que não há previsão legal para atuação ou participação do servidor na fase de julgamento e levando-se em conta que o relatório é uma peça propositiva, da qual poderá discordar a autoridade julgadora, com o fim de se evitar premeditados questionamentos e instabilidades eventualmente desnecessárias, o relatório, salvo comprovada urgência, somente deve ser franqueado à defesa após o julgamento. Mas, reconhecendo-se a dificuldade de manutenção desta postura conservadora, é de se ratificar que, no mínimo, somente deve ser concedido pela autoridade instauradora, já após dissolvida a comissão. Não obstante, o acesso do servidor ao relatório não contamina por nulidade o processo.

*STJ, Mandado de Segurança nº 8.249: “Ementa: O procedimento administrativo disciplinar detém norma reguladora específica, qual seja a Lei 8.112/90, que em seu Título V trata exaustivamente da matéria, inexistindo em seu âmbito norma que determine a intimação pessoal do acusado do conteúdo do relatório final da comissão disciplinar.”*

*STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.526: “Ementa: 4. Não há preceito legal que imponha a intimação pessoal dos acusados, ou permita a impugnação do relatório da Comissão processante, devendo os autos serem imediatamente remetidos à autoridade competente para julgamento [arts. 165 e 166 da Lei n. 8.112/90].”*

*STF, Mandado de Segurança nº 23.268: “Ementa: Mandado de Segurança. Servidor Público. Processo Administrativo. Pena Disciplinar de Demissão. Alegação de violação à ampla defesa pela ausência de notificação quanto às conclusões do relatório final rejeitada, porquanto regular o exercício do contraditório ao longo do processo, tendo a servidora constituído advogado e*

*apresentado defesa escrita. Não restou demonstrado, ademais, o prejuízo que teria sido causado pela falta da referida intimação. Mandado de segurança que se indefere.”*

*“(…) destacamos que não existe na legislação específica dispositivo que determine a intimação do indiciado do conteúdo do relatório final da comissão disciplinar.” Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, “Processo Administrativo Disciplinar - Manual”, pg. 366, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

Em processos digitais, o termo de entrega dos autos é formalizado automaticamente no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), quando a comissão movimenta os autos para a equipe Gabin do Escor. Ademais, as duas recomendações acima, acerca de cópia dos autos para o Escor e de cópia do relatório para o acusado, perdem sentido. Obviamente, não há que se falar em gerar cópia integral digitalizada para o Escor, pois o processo já é digital, ou seja, o sistema já comporta automaticamente uma cópia digitalizada dos autos. E, quanto à cópia do relatório para o acusado, se este está na ativa (e não licenciado ou afastado), deverá permanecer habilitado para o acesso a qualquer tempo aos autos, podendo consultar, obter cópia ou imprimir partes ou a íntegra do processo até a fase de julgamento, no que, obviamente, se inclui aquela peça final da comissão.

Por força do *caput* do art. 7º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21/11/13, e também do *caput* do art. 9º da Portaria Coger nº 14, de 30/01/14, que dispõem sobre apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Fazenda (MF) como um todo e especificamente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), após a entrega dos autos, com o relatório, à autoridade instauradora, esta deve comunicar ao titular da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do acusado, por meio de memorando de dispensável autuação, a conclusão exarada pela comissão (se houve proposta de arquivamento ou de responsabilização e, se for o caso, qual o enquadramento adotado e qual a pena proposta) bem como também deve informar o rito da fase de julgamento (especificando os diferentes trâmites caso a decisão resida na competência da própria autoridade instauradora e caso se requeira decisão ministerial com assessoramento jurídico por parte da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, devendo-se, desde já, aproveitar a oportunidade para, caso se cogite de pena expulsiva, alertar à autoridade local do seu efeito imediato com a publicação oficial. Tendo em vista que permanece a condição de o servidor estar respondendo a processo disciplinar, este comunicado deve incluir ainda o teor do art. 10 da Portaria Coger nº 14, de 30/01/14, qual seja, as repercussões na vida funcional em razão de sua condição de acusado, apresentadas em **4.3.7.1**.

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 7º A autoridade instauradora comunicará ao titular do órgão ou da unidade de lotação ou de exercício do acusado a conclusão exarada pela comissão de inquérito, cientificando-o, outrossim, da decisão final, para adoção das medidas que se fizerem necessárias.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 9º A autoridade instauradora comunicará ao titular da unidade de lotação ou exercício do acusado a conclusão exarada pela comissão de inquérito, o informará acerca do posterior trâmite do processo até a decisão final a ser proferida pela autoridade julgadora e, após o julgamento, o cientificará da decisão final, para adoção das medidas que se fizerem necessárias.*

Conforme já mencionado em **2.1.4**, nos termos exigidos pelos arts. 2º e 3º da Portaria Coger-MF nº 17, de 30/01/14, o encaminhamento dos autos à autoridade julgadora deve ser informado pelo Escor (ou pela Coger, nas hipóteses excepcionais em que o Corregedor figura como autoridade instauradora) na base de dados externa, do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, do Ministério Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU).

Conforme determina a Ordem de Serviço Coger nº 1, de 13/06/13, ao final dos trabalhos da comissão, deve ser disponibilizada, na pasta virtual compartilhada referente ao Escor (ou Nucor), cópia em formato editável do relatório, em subpastas específicas organizadas por ano, e deve também ser disponibilizada cópia digitalizada atualizada dos autos, identificada de acordo com a Portaria Coger nº 55, de 20/07/12, em subpastas específicas organizadas por nº de processo.

*Portaria Coger nº 55, de 20/07/12 - Art. 1º Deverão ser digitalizados todos os processos disciplinares, sindicâncias acusatórias e sindicâncias investigativas no âmbito da Corregedoria-Geral, dos Escritório de Corregedoria nas Regiões Fiscais (Escor) e no Núcleo de Corregedoria em Manaus (Nucor).*

*Ordem de Serviço Coger nº 1, de 13/06/13 - Art. 1º A Divisão de Controle da Atividade Correcional (Dicac) criará, em pastas identificadas com os nomes dos Escritórios e do Núcleo de Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil (Escor/Nucor), no endereço <\\compartilhamentos.rfoc.srf\RFOC\ESCORXXDIGITAL>, subpastas denominadas:*

*I - PAD EM ANDAMENTO, onde serão armazenados cópias dos Processos Administrativos Disciplinares (PADs) e das Sindicâncias Disciplinares que estiverem em curso no Escor/Nucor;*

*IV - DOCUMENTOS EDITÁVEIS, onde serão disponibilizados, em formato editável, cópias dos relatórios finais produzidos pelas Comissões de Inquérito (CI) e pelas Comissões de Sindicância Disciplinar (CS), dos pareceres de juízo de admissibilidade, dos pareceres de julgamento, dos pareceres de análise de recursos e das informações relativas às atividades supervisionadas pela Divisão de Análise Correcional (Diac) prestadas ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à Advocacia-Geral da União, à Controladoria-Geral da União e a outros órgãos externos à Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

*§ 1º As subpastas PAD EM ANDAMENTO, PAD CONCLUÍDO e PROCESSOS CONCLUÍDOS COM JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NEGATIVO serão subdivididas em subpastas identificadas pelos números dos respectivos processos, cujas cópias deverão ser armazenadas com separação em volumes, anexos e apensos, conforme padrão estabelecido no Anexo I da Portaria Coger nº 55, de 20 de julho de 2012.*

*§ 2º A subpasta DOCUMENTOS EDITÁVEIS será subdividida nas subpastas RELATÓRIOS FINAIS DE CI E CS, PARECERES DE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE, PARECERES DE JULGAMENTO, PARECERES DE ANÁLISE DE RECURSOS e INFORMAÇÕES.*

*§ 3º As subpastas mencionadas no parágrafo anterior deverão estar organizadas por ano.*

*Art. 2º As Comissões de Inquérito e as Comissões de Sindicância Disciplinar enviarão à autoridade instauradora, a cada prorrogação, a cada recondução e após a autuação do relatório final, cópia digitalizada (em formato .pdf) da versão atualizada do PAD ou da Sindicância Disciplinar, para disponibilização na subpasta PAD EM ANDAMENTO.*

*Art. 5º Os presidentes de Comissão de Inquérito, os presidentes de Comissão de Sindicância Disciplinar e os demais servidores do Escor/Nucor, no âmbito de suas atividades, enviarão ao respectivo chefe de Escor/Nucor, para disponibilização na subpasta DOCUMENTOS EDITÁVEIS, a versão final, em formato editável (.doc ou .odt), de cópia das seguintes peças: relatórios finais produzidos pelas Comissões de Inquérito e de Sindicância Disciplinar, pareceres de juízo de admissibilidade, pareceres de julgamento, pareceres de análise de recursos e informações relativas às atividades supervisionadas pela Diaco prestadas ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à Advocacia-Geral da União, à Controladoria-Geral da União e a outros órgãos externos à Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

Também, o relatório deve ser inserido na base de dados do Sistema Normas - Atos

Decisórios, no perfil específico da corregedoria, a que somente servidores da Coger e dos Escor têm acesso. Esta ferramenta tecnológica, que conta com recurso de pesquisa, opera no sentido da celeridade processual e da uniformização, ao dispor para o usuário a base de dados de relatórios feitos nas demais subunidades. Para tal recurso de busca se viabilizar, faz-se necessário que os relatórios ganhem numeração, que se padronizou, a exemplo dos pareceres, em contagem anual acumulada por Escor (e não por comissão individualizada).

## **4.10 - 3ª FASE: JULGAMENTO**

### **4.10.1 - Abordagem Inicial**

Após o inquérito administrativo, terminada a participação da comissão, o rito se encerra com a terceira fase do processo, chamada julgamento e, por força do art. 166 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, os autos são devolvidos à autoridade instauradora.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:*

*I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;*

*II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;*

*III - julgamento.*

*Art. 166. O processo disciplinar, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento.*

É comum o processo administrativo disciplinar chegar a esta fase bastante volumoso, podendo atingir alguns milhares de folhas, em vários volumes e anexos. Nestes casos, como mera recomendação prática para a autoridade iniciar o julgamento, convém que se altere a ordem de leitura, começando do relatório. Presume-se que um relatório bem feito contenha uma síntese do fato concreto objeto da apuração e um resumo do rito processual (quais os atos de instrução realizados, a indicição e a defesa). Prosseguindo, convém ler a indicição e a defesa, confrontando um com o outro e cotejando com as conclusões constantes do relatório. Assim, ao se fazer a leitura dos atos de instrução propriamente ditos, na sequência de realização no processo, a autoridade já possui uma relativa noção do todo e um certo senso crítico, tanto em aspectos formais quanto de mérito, que lhe permitirão enfatizar a análise nos atos de instrução mais relevantes. Não obstante se recomendar aqui que a autoridade julgadora faça tal leitura analítica dos autos, sabe-se que, na prática, quem de fato o faz é o parecerista incumbido do assessoramento prestado por meio de pareceres opinativos ou propositivos, conforme se detalhará em **4.10.3.2**.

Antes, porém, de se adentrar sobre as nuances do julgamento, convém informar que esta fase se desdobra em duas análises, consecutivas. Primeiramente, a autoridade instauradora (ou qualquer autoridade hierarquicamente superior) é competente para analisar o processo sob aspectos formais, vícios e nulidades. Superadas as questões formais, aprecia-se o mérito da questão. Nesta análise, grosso modo, pode haver proposta de arquivamento ou de responsabilização e aplicação de pena (abstraindo-se, por ora, da prescrição).

Neste segundo momento, acerca do mérito da questão, é de se esclarecer que o julgamento se debruça sobre a análise se estão configuradas ou não no processo a materialidade e a autoria do ato ilícito. No julgamento, a autoridade competente manifesta como o Direito enxerga o fato configurado nos autos, ou seja, aplica ao fato concreto a legislação de regência e, por fim, conclui pela inocência do servidor ou por sua responsabilização. Nesta última hipótese, quando o julgador, após ponderar os fatos autuados e aplicar a legislação de regência, decide pela responsabilização do servidor, o julgamento encerra a aplicação da penalidade prevista em norma, já considerando os parâmetros de dosimetria de pena especificamente válidos para o caso concreto (natureza e gravidade da infração, existência de dano, agravantes, atenuantes e antecedentes).

O que aqui se quer destacar é que, neste caso, o julgamento e a aplicação da pena não são atos dissociáveis e produzidos em momentos distintos e muito menos por autoridades diferentes; ao contrário, o julgamento contém a aplicação da penalidade, sendo ele todo um ato único da autoridade que valorou os fatos autuados à luz do Direito. O que pode sofrer diferimento no tempo e até ser atribuída a outra autoridade é tão somente a execução (a efetividade) da pena - e o melhor exemplo disto é a pena de suspensão, que pode ser executada em momento posterior à sua aplicação (à publicação da portaria punitiva) e a cargo da autoridade local, conforme se verá em **4.10.2.4.4**, enquanto a advertência e as penas expulsivas têm a execução no exato momento da aplicação (que é a publicação da portaria punitiva). Então, assevera-se que, em um ato único e indissociável, a autoridade julgadora julga pela inocência (ou insuficiência de provas acusatórias) e decide pelo arquivamento; ou julga pela responsabilização e aplica a pena vinculada, exigindo tal ato a publicação como elemento essencial de sua validade. Quando se concretiza o julgamento com sua publicação, a pena já resta aplicada (podendo apenas, no caso de suspensão, ter sua efetividade postergada), com todos os seus efeitos, conforme se verá em **4.10.3.1**.

Antecipe-se desde já uma peculiaridade que irradia sobre toda a fase de julgamento para o caso de processo digital. Em atenção à máxima da amplitude de defesa, o acesso do acusado aos autos, por meio de sua habilitação individualmente realizada sob seu nº de inscrição no CPF, deve ser mantida a qualquer tempo, não só em toda fase de inquérito administrativo, mas também na fase de julgamento. Assim, cabe aos respectivos responsáveis que se intercalam no curso das diversas movimentações e redistribuições do processo atentarem para manter a habilitação do acusado. Esta recomendação é válida no âmbito do Escor, após a equipe da comissão movimentar os autos para a equipe Gabin, até a manifestação do julgamento, se a competência residir na alçada do respectivo Chefe, e também é válida no âmbito da Coger, após o Escor movimentar os autos para aquela unidade central, até a movimentação daí para a PGFN, nos casos de competência de alçada do Ministro de Estado da Fazenda. Obviamente, embora se permita manifestar que também na PGFN seria recomendável manter a habilitação, não cabe ditar regra ou sequer rotina de trabalho para aquele órgão de assessoramento jurídico. Com tal habilitação, permanece possível ao acusado não apenas consultar, obter cópia ou imprimir partes ou a íntegra do processo, bem como ainda formalizar eventual (e *a priori* extemporânea) solicitação de juntada de documento (SJD) de seu interesse.

#### **4.10.1.1 - Análise Formal de Nulidade e Determinação de Refazimento dos Trabalhos**

Preliminarmente, o julgamento deve abordar aspectos formais, vícios insanáveis e nulidades. E, para isto, a autoridade instauradora é competente (sem prejuízo de nova análise por parte de autoridade superior), mesmo nos casos em que a penalidade cabível extrapola sua competência.

Configurada, na condução do processo, irregularidade que implique cerceamento à defesa, a autoridade instauradora (ou outra de hierarquia superior) declara nulidade total ou parcial do feito e constitui outro trio (com os mesmos integrantes ou não) para refazer o processo a partir dos atos declarados nulos, conforme se verá em **4.12**. A declaração de nulidade não obsta o dever de apurar, por meio da designação de nova comissão. E é à luz da proposta a ser emitida por esta nova comissão que se redefine a competência para julgar, conforme se abordará em **4.10.3.1**.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 169. Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração do novo processo. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 285. Ao*

*Corregedor incumba, sem prejuízo das atribuições do Secretário da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

*III - declarar a nulidade parcial ou total de sindicância ou processo administrativo disciplinar, quando verificada a existência de vícios insanáveis; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 11 de dezembro de 2014)*

*Art. 287. Ao Chefe de Escor incumba, no âmbito de sua competência:*

*III - declarar a nulidade parcial ou total de sindicância ou processo administrativo disciplinar, quando verificada a existência de vícios insanáveis;*

*“O que me parece questionável neste artigo é o fato [de] (...) em razão de declaração de nulidade parcial, ter que instaurar novo processo. O certo é dar continuidade ao processo a partir do momento processual declarado nulo. Novo processo somente teria cabimento na hipótese da nulidade total do processo.” Wolgran Junqueira Ferreira, “Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União”, pg. 152, Edições Profissionais, 1ª edição, 1992*

*STJ, Agravo Regimental nº 15.463: “Ementa: 3. Não foi demonstrado interesse direto ou indireto de membro de Comissão Processante no deslinde do PAD. Respeitados os aspectos processuais em relação ao impedimento e suspeição, não há prejuízo na convocação de servidores que tenham integrado anteriormente uma primeira Comissão Processante cujo relatório conclusivo fora anulado por cerceamento de defesa. Precedente do STJ.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 13.986: “Ementa: 3. Respeitados todos os aspectos processuais relativos à suspeição e impedimento dos membros da Comissão Processante previstos pelas Leis 8.112/90 e 9.784/99, não há qualquer impedimento ou prejuízo material na convocação dos mesmos servidores que anteriormente tenham integrado Comissão Processante, cujo relatório conclusivo foi posteriormente anulado (por cerceamento de defesa), para compor a segunda Comissão de Inquérito.”*

E ratifique-se que, seja qual for a decisão (arquivando ou determinando refazimento dos atos), por força do *caput* do art. 7º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21/11/13, e do art. 9º da Portaria Coger nº 14, de 30/01/14, que dispõem sobre apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Fazenda (MF) como um todo e especificamente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), a autoridade é obrigada a comunicar ao titular da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do acusado, por meio de memorando de dispensável autuação, visando também a que esta dê ciência ao servidor, na forma exposta em **4.10.6.7**.

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 7º A autoridade instauradora comunicará ao titular do órgão ou da unidade de lotação ou de exercício do acusado a conclusão exarada pela comissão de inquérito, cientificando-o, outrossim, da decisão final, para adoção das medidas que se fizerem necessárias.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 9º A autoridade instauradora comunicará ao titular da unidade de lotação ou exercício do acusado a conclusão exarada pela comissão de inquérito, o informará acerca do posterior trâmite do processo até a decisão final a ser proferida pela autoridade julgadora e, após o julgamento, o cientificará da decisão final, para adoção das medidas que se fizerem necessárias.*

#### **4.10.1.2 - Proposta de Arquivamento e Determinação de Ultimação dos Trabalhos**

Ainda que se reconheça que a digressão que se fará no início deste tópico possui cunho meramente teórico, cabe começar a abordagem do enfrentamento do mérito simulando um fictício fracionamento consecutivo de atitudes e análises a cargo da autoridade em fase de

juízo. Na verdade, trata-se de exercício de fim apenas didático, pois sabe-se que, na prática, as análises de diferentes focos se misturam e se superpõem simultaneamente no tempo.

Feita esta ressalva, pode-se imaginar que, ultrapassada a análise preliminar já mencionada em **4.10.1.1**, a autoridade instauradora prossegue numa primeira e superficial avaliação já acerca do mérito, aquilatando se o trabalho da comissão, em conteúdo (e não mais em forma), foi suficiente e capaz de atender à sua determinação, expressa na portaria inaugural, para que se esclarecesse determinado conjunto fático. Independentemente de qual autoridade ao final será de fato competente para emitir o julgamento (em razão da pena porventura proposta pela comissão), neste momento (que aqui apenas ficticiamente se separou), o Chefe de Escor (na grande maioria dos casos em geral, ou o Corregedor, em hipóteses excepcionais) atua ainda e tão somente como autoridade instauradora, à luz do art. 166 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, mesmo que ele próprio posteriormente venha a ser o efetivo julgador do caso. Nesta pré-análise de mérito, a autoridade instauradora tão somente verifica se sua determinação para a apuração fática foi exaustiva e satisfatoriamente atendida pela comissão, atendo-se apenas a apreciar o exaurimento das vias de apuração ordenada, não se confundindo - até porque a antecede - com a dicção em si do Direito. Mal comparando, é como se primeiramente a autoridade avaliasse apenas quantitativamente se a comissão exauriu a busca da verdade material que lhe foi determinada na portaria, sem ainda se preocupar em verificar se, qualitativamente, concorda ou não em mérito com a conclusão a que chegou o colegiado. Neste momento aqui simulado como isolável, a autoridade ainda não manifesta como o Direito enxerga o fato comprovado nos autos e muito menos aplica a este fato concreto a legislação hipotética de regência. Ainda não há, portanto, que se cogitar de um julgamento *stricto sensu*, como manifestação decisória, mas sim se trata apenas de um ato intermediário de aferição do cumprimento do escopo apuratório determinado na portaria inaugural.

*Orientação Coger nº 47*

*O Chefe de Escor ou o Corregedor, ao analisar a instrução probatória com o fim de verificar se sua determinação inaugural, para que a comissão apurasse o fato, restou exaustiva e satisfatoriamente cumprida, atua na condição de autoridade instauradora, independentemente da pena porventura proposta.*

Avançando na inteligência teórica da procedimentalização, a autoridade instauradora depara-se enfim com a necessidade de enfrentar o mérito da conclusão da comissão. Relembre-se que a sucessão fracionada de atos aqui simulada é mera digressão teórico-didática, pois, na verdade, em leitura única, simultaneamente, a autoridade tanto avalia se a busca da verdade material foi esgotada quanto analisa se concorda ou não com a conclusão proposta pela comissão. Mas, seguindo na modelação teórica, no que se refere à análise em si do mérito, neste ponto, a abordagem desdobra-se em algumas possibilidades viáveis.

No caso de a comissão, no mérito, estar convicta da inocência ou não ter obtido prova condenatória, decerto consta do seu relatório proposta de arquivamento do processo. E, concordando com a proposta da comissão (ou seja, tendo verificado que se esgotou a apuração e não sendo a proposta flagrantemente contrária às provas dos autos), a autoridade instauradora é competente para determinar o arquivamento do processo.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 167.*

*§ 4º Reconhecida pela comissão a inocência do servidor, a autoridade instauradora do processo determinará o seu arquivamento, salvo se flagrantemente contrária à prova dos autos. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

Destaque-se que pode a autoridade competente para o julgamento, seja por iniciativa própria, seja atendendo provocação constante no relatório da comissão, entendendo que os trabalhos apuratórios, embora não tenham coletado provas de infração disciplinar, tenham levantado tão somente indícios de desvio ético, remeter cópia dos autos para a CEPS-RFB.

Mas é de se ressaltar que a interpretação sistemática do art. 2º da Portaria RFB nº 3.286, de 24/08/11, com o art. 4º, III da Portaria RFB nº 3.262, de 19/08/11, indica pela não superposição de instâncias (tendo havido repercussão disciplinar, não há que se cogitar de provocação, pelo mesmo fato, da instância ética no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil). Ressalve-se também que, em qualquer caso de provocação à CEPS-RFB, o material a ser remetido a este foro deve se restringir apenas aos elementos que noticiam o suposto desvio ético.

*Portaria RFB nº 3.286, de 24/08/11 - Art. 2º Na hipótese de arquivamento de sindicância ou processo administrativo disciplinar, a autoridade julgadora, por sua iniciativa ou por proposta da Comissão de Inquérito ou Sindicância, enviará cópia dos autos à CEPS-RFB, se entender presentes elementos que configurem possível desvio ético.*

*Portaria RFB nº 3.262, de 2011 - Art. 4º Incumbirá à CEPS-RFB:  
III - aplicar a penalidade de censura ética, exclusivamente mediante decisão devidamente motivada, depois de esgotados o contraditório e a ampla defesa, aos agentes públicos em exercício na RFB, desde que a falta ética não configure infração sujeita a sanção mais grave, hipótese em que os autos serão encaminhados à autoridade competente para instauração de procedimento disciplinar; e*

Mas podem ocorrer hipóteses mais complexas: seja diante de proposta de arquivamento, seja diante de proposta de responsabilização do servidor, pode a autoridade competente para o julgamento (ou mesmo a autoridade instauradora, se diferentes) se sentir insegura e não devidamente instruída para emitir sua decisão em razão de vislumbrar que a instrução por parte da comissão foi insatisfatória ou insuficiente. Caso tenha restado da instrução algum ponto suscitador de dúvida para a autoridade, ela pode, de ofício, postergar o seu julgamento e determinar a realização de algum ato de instrução em busca de produção de determinada prova.

Neste rumo, imprescindível ratificar que, se a autoridade instauradora ou autoridade superior tem o poder de anular até todo o processo administrativo disciplinar quando detecta vício insanável, com mais certeza ainda se afirma que esta mesma autoridade instauradora ou julgadora pode requerer a produção de prova e até mesmo a lavratura da indicição e as consequente coleta de defesa escrita e reelaboração de relatório. Mas, a rigor, esta providência não se confunde com a designação de novo colegiado para o refazimento de trabalhos declarados nulos em razão da verificação de vícios insanáveis e tampouco com esta autoridade estar completamente satisfeita com a instrução por ela mesma determinada, seja para exercer a competência julgadora que lhe cabe, ainda que discordando motivadamente da proposta da comissão, seja para encaminhar para o Ministro de Estado da Fazenda, em razão de a pena proposta exceder sua alçada, conforme arts. 167 a 169 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Tanto é assim que, se for o caso, a autoridade deve declarar sem efeito ou inválidos determinados atos processuais já realizados, não cabendo anulá-los ou revogá-los. Em outras palavras, o poder que detém a autoridade instauradora ou julgadora para determinar a ulatimação dos trabalhos, à margem de não estar previsto expressamente na Lei nº 8.112, de 11/12/90, encontra sólido amparo na base principiológica informadora da processualística disciplinar.

*STJ, Mandado de Segurança nº 2.047: “Ementa: Antes da decisão final a ser proferida em processo administrativo disciplinar, (...) cabe a juntada de documentos que noticiam fatos novos que poderiam influenciar no julgamento, em observância ao princípio da ampla defesa.”*

*“(...) é perfeitamente razoável admitir-se que a autoridade julgadora, que não está inteiramente jungida ao relatório da Comissão, conforme preceitua o art. 168 seguinte, possa buscar novos esclarecimentos para decidir, de modo a promover a indispensável Justiça. Tudo isto sem ferir o princípio constitucional*

*do contraditório e da ampla defesa.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 176, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

*“O órgão julgador não está adstrito às razões ofertadas pela comissão processante e pelo acusado, podendo, se entender conveniente ou necessário, determinar a designação de novo colegiado para ultimar a coleta de novas provas ou para elucidar dúvidas em torno do acervo probatório já constante dos autos, nesse caso convertendo o julgamento em diligência.*

*Muitas vezes, a realização de diligências preliminares ao julgamento visa a evitar um decreto absolutório precipitado, baseado na dúvida favorável ao réu, quando poderia ser elucidada a controvérsia ou obscuridade, em torno da culpa ou inocência do acusado, por meio de novos atos de coleta de provas, como refere Amini Haddad Campos ao mencionar que o julgador não é um espectador inerte da produção de provas, mas lhe cabe intervir na atividade processual e ordenar, de ofício, antes do julgamento, a realização dos meios probatórios úteis ao esclarecimento da verdade, pois não deve, enquanto houver fonte de prova não exaurida, pronunciar a absolvição por dúvida em favor do acusado.” Antônio Carlos Alencar de Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pgs. 684 e 686, Editora Fortium, 1ª edição, 2008*

*“Quando a autoridade não se sentir à vontade para julgar com o que lhe foi apresentado, tem o direito - e o dever - de promover medidas complementares (...) em nome do princípio da precaução, há que se determinar o esclarecimento das obscuridades ou o refazimento da prova.” Leo da Silva Alves, “Processo Disciplinar em 50 Questões”, pgs. 50 e 135, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2002*

A determinação de realização de ato instrutório pode requerer ou não que se garanta contraditório no momento da coleta da prova. Como exemplo do primeiro tipo, não requerendo contraditório na sua feitura, pode a autoridade simplesmente solicitar algum documento ou informação a uma outra autoridade, unidade ou órgão, oportunizando ao acusado o contraditório acerca do teor do que passou a fazer parte dos autos, após a juntada, se o documento for contrário à defesa. Por outro lado, sendo necessário assegurar contraditório já na própria feitura do ato, como é o caso mais comum (tais como provas orais ou periciais, diligências, dentre outras), deve a autoridade designar, por meio de portaria, nova comissão para ultimar ou complementar os trabalhos (preferencialmente com os mesmos integrantes, adequando-se o rito já descrito).

Por força da condição de atuar primeiramente como autoridade instauradora, à luz do art. 166 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, esta autoridade pode determinar a realização de provas e a ultimação em geral dos trabalhos mesmo em caso em que a comissão tenha proposto pena que extrapola a sua competência julgadora. A propósito, a conversão do julgamento em simples ato instrutório ou em designação de nova comissão não têm o condão de superar o mandamento de que é a proposta da comissão - no caso, a última proposta - que define a competência para julgar, conforme se abordará em **4.10.3.1**.

Na hipótese mais frequente de ter de designar comissão, dependendo do tipo de prova, do alcance constante da portaria de designação do colegiado e da repercussão da realização do ato, pode o trio tão somente produzir a prova e juntá-la aos autos, sem se manifestar. Mas, em regra, convém que a comissão, no mínimo, se manifeste acerca desta nova prova para a autoridade que a designou. Pode ocorrer de, em função desta nova prova, a comissão vislumbrar necessidade de realizar outros atos de instrução bem como de alterar a indicição (reinterrogar e reindiciar são atos indispensáveis no caso de a nova prova atuar em desfavor do acusado, analogamente ao disposto em **4.4.16.6** e em **4.8.4**). Mas, se a portaria ampara apenas a realização de um ato, convém que o colegiado primeiramente provoque a autoridade a aditar o ato de designação.

*Caso a autoridade instauradora considere a instrução probatória insuficiente para atender à sua determinação deflagradora dos trabalhos, pode requerer a produção de prova e até a elaboração de termo de indicição, necessariamente com a designação de nova comissão, com os mesmos integrantes ou não, que dispõe de todos os mesmos poderes instrutórios que o colegiado original.*

Inequivocamente, a comissão designada para ultimar os trabalhos possui todos os poderes instrutórios e pode empregar todos os meios válidos de prova para buscar o esclarecimento fático, tais quais os poderes que detinha o colegiado originalmente designado, no que se inclui até a juntada de outros elementos relacionados com o caso, como provas emprestadas, constantes de outros processos administrativos ou judiciais, de que a autoridade tenha conhecimento e que não haviam sido ainda utilizados no processo em curso. Ademais, na mesma linha que já se afirmou para os poderes da autoridade, caso tenha de refazer atos que já haviam sido realizados (tais como interrogatório, indicição e relatório), a comissão deve deliberar declará-los sem efeito ou inválidos, não cabendo anulá-los ou revogá-los. Acrescente-se que, em processo em que a autoridade designa comissão para ultimar os trabalhos e em que a indicição é tornada inválida ou sem efeito, o servidor que já havia sido originalmente indiciado readquire a condição de acusado.

*Orientação Coger nº 49*

*Na últimação da instrução, podem ser utilizadas informações derivadas de outros processos administrativos disciplinares ou de ações judiciais que possuam relação com o caso e que não tenham sido apreciadas ou que não eram de conhecimento da comissão.*

*Orientação Coger nº 50*

*Na últimação da instrução, o servidor, ainda que originalmente indiciado, retorna à condição jurídica de acusado, condição esta que deve lhe ser informada ao ser notificado da reabertura dos trabalhos.*

Inclui-se no presente tema a hipótese de a comissão, liminarmente, sem sequer indiciar (e, portanto, sem coletar defesa escrita), propor arquivamento e a autoridade instauradora ou julgadora discordar, cogitando de responsabilizar o servidor ou não se sentindo segura e convencida para julgar. Primeiramente, deve-se dizer que tal hipótese cinge-se ao dispositivo do § 4º do art. 167 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, segundo o qual tal posicionamento por parte da autoridade somente se justifica se a proposta de arquivamento for flagrantemente contrária à prova dos autos (pois, conforme o art. 168 da mesma Lei, em princípio, o relatório é de ser acatado). Na sequência de tal hipótese, em respeito a garantias fundamentais da pessoa (devido processo legal, ampla defesa e contraditório), tem-se que a autoridade não pode julgar pela responsabilização, uma vez que não houve formalização da acusação (indicição) e, conseqüentemente, o servidor não se defendeu do fato.

Sabe-se que a indicição é momento crucial no processo administrativo disciplinar, por se revelar o ato processual em que a comissão - quando é o caso - delimita o raio fático acusatório contra o servidor e obriga que este, pessoalmente ou por seu procurador, labore peça escrita de defesa, com o fim de suprir o necessário e salutar equilíbrio de forças com que deve o julgador sopesar ambas as teses.

Caso a comissão indicie o acusado e colete sua defesa, a autoridade julgadora até pode, em tese, ao final, não acatar o relatório e decidir, motivadamente e com sua livre valoração da prova, de forma discrepante da proposta relatada por aquele colegiado. Todavia, na hipótese em comento, não tendo havido indicição e tendo a comissão promovido uma absolvição antecipada, restando lacunas na instrução e incoerências na conclusão do seu relatório, é perfeitamente plausível que a autoridade julgadora não se sinta convencida e segura para emitir o julgamento sem a devida últimação dos trabalhos, de forma que não lhe cabe aplicar de imediato o parágrafo único do art. 168 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e liminarmente decidir, seja pela absolvição, seja pela responsabilização branda ou grave do acusado.

Este tipo de incidente pode mesmo ocorrer em ritos em que se prevejam diferentes agentes a instruir e a julgar. No rito do processo administrativo disciplinar, havendo proposta da comissão de absolvição antecipada, pode a autoridade instauradora (ou julgadora, se diferente), por um lado, concordar e acatar a proposta, encerrando o feito sem contestação; todavia, pode, por outro lado, a autoridade não se sentir convencida a acatar a proposta de absolvição mas também, ao mesmo tempo, perceber que a ausência de indicição e, por conseguinte, de defesa escrita, lhe impede de emitir seu julgamento. Em tais casos, evidentemente, é de se declarar incompleta a instrução probatória e tornar sem efeito ou inválido o relatório (não é caso de se anular e tampouco de revogar aquelas peças), promovendo-se a ultimação dos trabalhos, com o fim de completar a instrução, redesignando outro colegiado - nas pessoas dos mesmos integrantes ou não - para que sejam coletados novos atos de prova, se necessários, ou para que diretamente seja redigida a indicição, coletada defesa e formulado novo relatório, propiciando totais condições de se emitir julgamento.

*“Na hipótese de reconhecer a comissão, com base nas provas dos autos, que os fatos são mesmo da autoria do servidor imputado, mas que foram perpetrados em circunstâncias licitantes (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito), deverá o processo, na mesma forma do caso anterior [quando conclui que o servidor imputado não é o autor dos fatos], ser submetido ao julgamento antecipado da autoridade instauradora, a qual, concordando com o ponto de vista desse colegiado, absolverá o acusado e determinará o arquivamento do feito.*

*Discrepando a autoridade julgadora da comissão de processo, em qualquer uma das hipóteses enfocadas, deverá fundamentar a sua discordância, destituir o trio processante referido e nomear, em seu lugar, uma nova comissão para o processamento do caso. Os autos do processo anterior deverão instruir o novo procedimento.*

*Como não há, nesse caso, apresentação formal de defesas escritas dos acusados, não poderá a autoridade julgadora, quando divergir das conclusões dessas comissões, condenar, de maneira alguma, os servidores imputados. Como dissemos acima, a única alternativa para essas discrepâncias consiste em a autoridade hierárquica dar por encerradas essas comissões de processo e, em seus lugares, designar novos colegiados, para que os procedimentos sigam todos os seus passos.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 232, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Caso tenha havido indicição e defesa escrita e esta defesa tenha convencido a comissão a propor absolvição no relatório, até é possível que a autoridade, discordando da proposta, decida pela apenação, se adstrita ao fato constante da indicição. Neste caso, não se cogita de cerceamento ao direito de defesa, conforme se abordará em **4.10.4.1**, a cuja leitura se remete.

De certo é que a apuração incompleta não afasta nem impede a sua complementação, com vista à elucidação do fato.

*STF, Mandado de Segurança nº 22.755: “Ementa: (...) Inexiste, em nosso sistema jurídico, dispositivo legal que tenha por inviável a punição de infração disciplinar se a sua apuração somente se tornou possível após o sucessivo fracasso de quatro comissões de inquérito em concluir o seu trabalho no prazo de lei.”*

E também ratifique-se que, seja qual for a decisão (arquivando ou determinando ultimação dos trabalhos), por força do *caput* do art. 7º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21/11/13, e do art. 9º da Portaria Coger nº 14, de 30/01/14, que dispõem sobre apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Fazenda (MF) como um todo e especificamente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), a autoridade é obrigada a comunicar ao titular da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do

acusado, por meio de memorando de dispensável autuação, visando também a que esta dê ciência ao servidor, na forma exposta em **4.10.6.7**.

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 7º A autoridade instauradora comunicará ao titular do órgão ou da unidade de lotação ou de exercício do acusado a conclusão exarada pela comissão de inquérito, cientificando-o, outrossim, da decisão final, para adoção das medidas que se fizerem necessárias.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 9º A autoridade instauradora comunicará ao titular da unidade de lotação ou exercício do acusado a conclusão exarada pela comissão de inquérito, o informará acerca do posterior trâmite do processo até a decisão final a ser proferida pela autoridade julgadora e, após o julgamento, o cientificará da decisão final, para adoção das medidas que se fizerem necessárias.*

#### **4.10.1.3 - A Contraposição da Competência da Autoridade com a Autonomia da Comissão**

Pode ocorrer, na fase de julgamento de determinado processo administrativo disciplinar, de a autoridade legalmente competente entender que os autos não se encontram devidamente instruídos para exarar seguramente sua decisão e, em função disto, considerar necessário primeiramente designar nova comissão (com os mesmos membros ou não da composição original) para fazer ou refazer ato instrucional. Na sequência, há a hipótese de se estabelecer o incidente de esta comissão manifestar discordância quanto à reabertura da instrução, manifestando que sua convicção confere com o teor do relatório já apresentado.

Em tal situação, de imediato, por um lado, não se nega a autonomia de que goza a comissão na condução dos trabalhos investigatórios, até porque está prevista no art. 150 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Mas, por outro lado, não há de se perder de vista a irrenunciável competência da autoridade - sob pena inclusive de responsabilizações pessoais - em proceder da melhor maneira à decisão por que clama o processo ainda em andamento. E, para desempenhar tal mister, deve a autoridade competente prover-se de todos os meios instrucionais que, a seu exclusivo talante, julga necessários, sem os quais prejudica-se o cumprimento de seu dever decisório.

Conforme já aduzido em **4.5.2**, uma vez que aqui se refere a entendimento, por parte da autoridade, de instrução incompleta, no presente tema se inclui, destaque-se, até mesmo o seu entendimento de se fazer necessário notificar um servidor como acusado ou de indiciá-lo, uma vez que, segundo o art. 151, II da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a segunda fase do processo, o inquérito administrativo, compreende a instrução, defesa e relatório, sendo então extraível do texto legal que o termo “instrução” engloba a notificação inicial e até mesmo a indicição do servidor, a fim de se ter nos autos a defesa do acusado, e, por fim, o relatório. De outra forma não poderia ser, vez que a autoridade pode considerar necessária, para poder emitir seu julgamento, a provocação da defesa. A elaboração de indicição e a coleta de defesa podem ser consideradas inseridas no dever de atender ao mencionado art. 151, II da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e ao próprio comando encartado na portaria de designação da comissão, tanto quanto o é o indiscutível dever de lavrar relatório. Todos estes atos, da mesma forma que o conjunto probatório da instrução, se destinam à autoridade competente para julgar, subsidiando-a, como em um trabalho preparatório.

Sem adentrar na competente leitura de mérito que a comissão pode extrair de cada ato instrucional, soa irrazoado que o colegiado regularmente designado para cumprir um dever legal (qual seja, instruir um procedimento que merecerá futura decisão da autoridade legalmente competente), recuse-se a fazê-lo, invocando tão somente sua autonomia. Ora, sabe-se que a matéria jurídica, por sua própria natureza, desde sempre, comporta, em inúmeros exemplos, pesos e contrapesos, poderes e limites, em necessária contraposição e

confronto que visam ao equilíbrio de forças entre os mais diversos agentes. Nenhum princípio, brocardo ou instituto deve ser entendido ou aplicado de forma estanque, dissociada e imune a limites por parte dos demais que o amoldam e que com ele façam fronteira. É com base neste entendimento, apoiado na interpretação sistemática e na visão mais ampla do ordenamento e dos princípios que regem a atuação pública, que se posiciona a presente discussão, em que, em determinado processo, pode-se ter a contraposição do dever decisório a ser exercido pela autoridade baseado em autos devidamente instruídos e a mencionada autonomia da comissão.

Na ausência de indicição e de peça de defesa, tidas como essenciais para a autoridade julgadora, esta pode determinar suas realizações. Do contrário, se teria de crer na tese absurda de que competiria à comissão impedir que o processo prossiga, de paralisar o feito de impor sua convicção absolutória à autoridade superior.

A resolução do confronto está em que o cumprimento do dever legal por parte do colegiado não é de ser confundido com violação de sua autonomia, aqui lida como a liberdade de expressar sua convicção extraída do ato instrucional requerido. A autonomia da comissão apenas freia, dentro do necessário equilíbrio de poderes e limitações, a imposição nefasta que a autoridade poderia fazer sobre a convicção extraída pelo próprio colegiado acerca do ato em si. Mas não lhe confere o condão de se negar a realizar o ato. A autoridade violaria a autonomia da comissão se lhe impusesse não só a feitura do ato mas também que dele externasse determinada convicção, com a qual o colegiado não concordasse. No entanto, não se confunde com tal hipótese a também inafastável convicção da autoridade em considerar indispensável, para o cumprimento de seu insubstituível dever decisório, a feitura de determinado ato instrucional.

Neste rumo, atendem-se, simultaneamente, aos dois polos em confronto: a comissão tem preservada sua autonomia, podendo, acerca do ato, manifestar sua inatacável convicção no segundo relatório; e a autoridade tem o processo devidamente instruído para exarar seu julgamento. Tanto isto é verdade que a instância administrativa disciplinar funda-se, dentre outras, na máxima de que o julgamento não se vincula ao relatório do colegiado, conforme se abordará em **4.10.4.1**. Desde que motivadamente e sabendo que, em caso de arbítrio, assume o ônus de assim agir, pode a autoridade se divorciar do relatório que lhe é proposto (esse é o justo termo: o relatório lhe é apresentado em caráter propositivo), cabendo a ela decidir.

## **4.10.2 - Penas Previstas**

Por outro lado, estando a comissão convicta da responsabilização do indiciado, obrigatoriamente constam do relatório a descrição e o enquadramento legal da infração apurada e, conforme se recomenda ao longo deste texto, a pena proposta para aquela infração, visto que há uma vinculação entre estes dois institutos na instância disciplinar. Neste caso, a competência para julgar depende da pena proposta (ou da pena mais grave, em caso de diversidade de penas para mais de um indiciado).

Daí porque, neste ponto do texto, após ter abordado a parte inicial do julgamento (referente à análise de forma e de nulidade), convém abrir um parêntese na explanação sobre o ato de julgar para antes expor as penas previstas em Lei e as respectivas autoridades competentes para aplicá-las, a fim de que, em **4.10.3** e **4.10.4**, se retome a descrição do julgamento, já no que diz respeito à análise de mérito.

A lista expressa e enumerada das penas administrativas previstas na Lei nº 8.112, de 11/12/90, é a seguinte:

- advertência;
- suspensão;

- demissão;
- cassação de aposentadoria ou de disponibilidade;
- destituição de cargo em comissão ou de função comissionada.

Considerando apenas as penalidades mais comumente aplicadas na Secretaria da Receita Federal do Brasil, pode-se sintetizar, antecipadamente, na tabela abaixo, os enquadramentos associados a cada pena, conforme se descreverá nos tópicos seguintes.

Penal originária	Enquadramento
Aplicação por previsão expressa da Lei nº 8.112, de 11/12/90	
Advertência	Art. 116, todos os 12 incisos Art. 117, incisos I a VIII e XIX
Demissão e cassação de aposentadoria ou de disponibilidade	Art. 117, incisos IX a XVI Art. 132, todos os 13 incisos
Aplicação residual	
Suspensão	Art. 117, incisos XVII e XVIII

Pelo princípio da prévia cominação legal, não se admitem no processo administrativo disciplinar outras penas.

*CF - Art. 5º*

*XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;*

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 127. São penalidades disciplinares:*

*I - advertência;*

*II - suspensão;*

*III - demissão;*

*IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;*

*V - destituição de cargo em comissão;*

*VI - destituição de função comissionada.*

Diante desta lista exaustiva de penas expressamente previstas no art. 127 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, é de se questionar os respectivos alcances subjetivos, retomando os conceitos de servidor ativo, inativo (aposentado e em disponibilidade) e ex-servidor (já punido com pena expulsiva em PAD anterior e exonerado), apresentados em **3.2.2.2.a**.

As penas de advertência, suspensão e de demissão ofertam o espectro punitivo de sanções leve, mediana e grave ao servidor detentor de cargo efetivo e que, na condição inafastável de ser ativo, comete o ato ilícito e, ainda em plena atividade, é processado e apenado.

Esclareça-se que a menção a servidor da ativa detentor de cargo efetivo e passível dos três graus de apenação estatutária alcança não só o caso comum de o provimento ter se dado por meio da nomeação após prévia habilitação em concurso público, mas, conforme já aduzido em **3.2.2.2.1** e em **3.2.4.2.1**, atinge também as duas espécies eventuais de provimento efetivo, a saber, a reversão (retorno à atividade por parte de servidor aposentado sob determinadas condições) e a reintegração (reinvestidura de ex-servidor demitido após invalidada a demissão por decisão administrativa ou judicial), detalhadas em **4.10.2.5** e em **5.1.3.3** e **5.2**, e até mesmo as três espécies mais incomuns de provimento efetivo (ao menos na RFB), a saber, a readaptação (investidura de servidor ativo em outro cargo com atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação física ou mental por ele sofrida), a recondução (retorno de servidor estável ao cargo anteriormente ocupado em razão de inabilitação em estágio probatório) e o aproveitamento (retorno à atividade de servidor estável que estava em disponibilidade), todas previstas nos incisos I e V a IX do art. 8º e nos *caputs* dos arts. 24, 25, 28 e 29 e no art. 30, e em conjunto ainda com o *caput* do art. 182, todos da Lei nº 8.112, de

11/12/90. E, já que se estende o espectro, é de se mencionar ainda aqueles servidores que haviam sido objeto de penas expulsivas tidas por arbitrárias e que foram beneficiados por anistia, concedida nos moldes do inciso VIII do art. 48 da CF (atribuição do Congresso Nacional, com sanção do Presidente da República), a exemplo do que operou a Lei nº 8.878, de 11 de maio de 1994. Após qualquer uma destas seis hipóteses excepcionais, estando o servidor na ativa e, nesta condição, tendo cometido o fato e ainda nesta condição tendo sido processado, é passível de ser advertido, suspenso ou demitido.

Já as penas de advertência e de destituição do cargo em comissão são as únicas sanções aplicáveis a servidor detentor apenas de cargo em comissão que, igualmente na ativa, comete o ato ilícito e é processado e apenado.

De outro giro, as penas de cassação de aposentadoria ou de cassação de disponibilidade são as únicas sanções aplicáveis a inativo (seja aposentado, seja servidor estável posto em disponibilidade) decorrentes de investidura efetiva e que, ainda ao tempo da condição inafastável de ser ativo, cometeu o ato ilícito mas que vem a ser processado e apenado já na inatividade, conforme já se aduziu em **3.2.2.2.2.b**. Antecipe-se que não há pena de cassação de aposentadoria para quem completou os critérios do regime geral de previdência social apenas sob vínculo comissionado, sem cargo efetivo, e também a disponibilidade - com reflexo na sua consequente cassação - é um instituto exclusivo dos servidores detentores de cargo efetivo - e mais que isto, exclusivo de servidores efetivos estáveis, conforme se detalhará em **4.10.2.5**.

Cabe avaliar de forma mais detida a possibilidade de se aplicarem penas de advertência e de suspensão a inativos e a ex-servidores, ambos em gênero, ou seja, a todo rol de agentes alcançáveis pela Lei nº 8.112, de 11/12/90, que não sejam servidores ativos (já que a possibilidade de conclusão pela única pena capital - cassação de aposentadoria ou disponibilidade - para inativos será abordada exclusivamente no tópico acima indicado e a possibilidade de conclusão por qualquer pena capital - seja demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade ou destituição de cargo em comissão - para ex-servidor já foi mencionada em **3.2.2.2.2.c** e será abordada em **4.10.2.5.2** e a possibilidade de conclusão contrária a ex-servidor já exonerado foi aduzida em **3.2.2.2.2.d** e será reiterada em **4.10.2.6**).

Relembre-se que o gênero dos inativos se compõe de duas espécies, a saber, os servidores estáveis postos em disponibilidade e os aposentados; já o gênero dos ex-servidores se compõe dos exonerados de ofício ou a pedido e dos expulsos por demissão ou por cassação de aposentadoria ou disponibilidade ou por destituição de cargo em comissão em PAD anterior. Dito isto e resgatando-se que, de um lado, a base principiológica já rascunhada desde o tópico introdutório **3.2.2.2** informa que estas condições de inativo ou de ex-servidor não vedam, por si sós, a deflagração da persecução disciplinar, reconhece-se que, de outro lado, a leitura do texto da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não esclarece de forma imediata se existe ou não a possibilidade jurídica de estes agentes, uma vez processados, virem a sofrer penas de advertência ou de suspensão.

O esclarecimento da questão requer o aprimoramento da mera leitura pontual para a interpretação sistemática, por meio da qual o aplicador do Direito logra perceber e compreender a Lei como um todo, de forma harmônica e coerente em si mesma. Assim, ao se antecipar a leitura do *caput* do art. 131 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, verifica-se que o cancelamento dos registros de aplicação de advertência e de suspensão se dá após três e cinco anos de “*efetivo exercício*”, condição temporal esta que não se harmonizaria com um apenado que estivesse em inatividade ou que já nem mais integrasse o serviço público. Esta percepção sistemática já seria suficiente para indicar a não aplicação de advertência e de suspensão a inativos e a ex-servidores. Mas, ainda que se reconheça que poderia ser discutida e questionada a tese, é de se delimitar a relevância do debate, uma vez que, caso se prosseguisse na aplicação de pena de advertência a inativo ou a ex-servidor e até mesmo na aplicação da pena de suspensão a ex-servidor, o efeito seria totalmente inócuo.

Já esta total ausência de efeito e de interesse argumentativo não se repetiria caso se insistisse na tese da aplicabilidade da pena de suspensão a inativo, que, diferentemente do ex-servidor, ainda preserva uma vinculação estatutária de reflexo pecuniário, pois, na inviabilidade prática de se operar o efeito suspensivo da atividade laboral, se poderia cogitar de se fazer impor a consequência punitiva em pecúnia, sob forma de conversão em multa, por exemplo, destacadamente sobre o provento da aposentadoria do servidor aposentado ou ainda sobre a remuneração do servidor estável em disponibilidade proporcional ao tempo de serviço (conforme estabelece o § 3º do art. 41 da CF, mas que, a rigor, também possui natureza de provento). Desta feita, no resíduo que resta a analisar, a impertinência da aplicação da pena de suspensão a inativo requer e justifica maiores esforços elucidativos, sobretudo para se eliminar a dúvida acerca da aplicabilidade a aposentados (já que aqui mencionam-se os inativos em disponibilidade apenas por preciosismo e esgotamento teóricos do tema, pois na RFB não é prática se colocar servidor estável sob tal espécie de inatividade).

Sendo assim, a se somar à já mencionada leitura do *caput* do art. 131, obtém-se cristalina interpretação sistemática com o auxílio do § 2º do art. 130, também da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Este segundo dispositivo legal condiciona a conversão da pena de suspensão em multa “*quando houver conveniência para o serviço*” em o apenado ser “*obrigado a permanecer em serviço*” na contraprestação de receber apenas “*50 % por dia de vencimento ou remuneração*”. Ora, em rasteiro exercício lógico, se descortina que não há pertinência em se cogitar de manter servidor inativo em serviço. Ademais, no foco de interesse prático, no caso de aposentado, acrescente-se que tampouco se confundem os institutos do vencimento e da remuneração, voltados para o servidor na ativa (conforme deixam claro os art. 40 a 42 e 44), com o adequado instituto pecuniário, que se chama provento de aposentadoria (conforme redige o art. 189) e aduzindo ainda, de forma bastante didática, que o *caput* do art. 45, o § 1º do art. 46 e o art. 48, todos aqui da mesma Lei, usam os três conceitos, em inequívoca percepção de que não são sinônimos jurídicos. Decerto, o § 2º do art. 130 da mencionada Lei se volta a servidores ativos e não a inativos, dentre os quais os aposentados ou postos em disponibilidade, e muito menos a ex-servidores.

Por fim, soterrando de vez qualquer pretensão de aplicação de efeitos pecuniários sobre o provento de aposentadoria em decorrência de comprovação de fato punível com pena de suspensão em face de aposentado, tal ilação careceria da indispensável previsão legal. O art. 127, na lista exaustiva de seus seis incisos, e o art. 134, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, foram específicos e restritivos, como devem mesmo ser comandos legais de natureza punitiva, ao mencionarem como única sanção a incidir sobre aposentadoria a grave pena expulsiva de sua cassação. Cogitar de aplicar pena de suspensão sobre aposentado e convertê-la em multa significa o disparate inconstitucional (conforme o acima reproduzido inciso XXXIX do art. 5º da CF) de o aplicador do Direito criar pena não prevista em lei. Similares entendimentos se aplicam para a ausência de previsão legal de incidência de outra pena sobre a disponibilidade (e sobre a remuneração proporcional, que também possui natureza de provento) que não seja a cassação. A idênticas conclusões já se havia chegado em **3.2.2.2.2.b**, em **3.2.2.2.2.c** e em **3.2.2.2.2.d**.

Obviamente, nada do que acima se expôs se confunde com a possibilidade de, em fase de admissibilidade diante de um inativo ou de um ex-servidor (sendo certo que já se assentou a plausibilidade principiológica sim de submetê-los ao processo disciplinar), em que se vislumbram indícios de suposta irregularidade grave, ensejadora, em tese, de pena expulsiva e, neste rumo, então, se decidir pela motivada e excepcional instauração de PAD, cujo fim, todavia, se resume em conclusão contraditória por cometimento de ilícito de leve ou mediana gravidade, que seria punível com penas de advertência ou de suspensão. Nesta hipótese, nada obsta - ao contrário, até se obriga - que se conduza o apuratório a seu fim e que se faça o vinculado registro do fato ilícito apurado nos assentamentos funcionais do inativo ou do ex-servidor, à luz do já antecipado e mencionado *caput* do art. 131 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Antecipe-se que o obrigatório registro do fato irregular apurado nos assentamentos funcionais

do faltoso não se confunde com apenação, dele se extraindo apenas o efeito de ser visto como desautorizador de um retorno daquele agente infrator, sob poder discricionário da Administração, aos quadros públicos em investidura comissionada, por exemplo. Daí, ratifica-se também a pequena relevância de se gastar esforços acerca da plausibilidade de se aplicar ou não pena de advertência a inativo ou a ex-servidor e a pena de suspensão a ex-servidor, visto que seu efeito, sem aspecto pecuniário, é praticamente o mesmo do mero registro do fato apurado nos assentamentos funcionais.

De outro giro, ao amparo da sedimentada base principiológica informadora da eficiência, da razoabilidade e da intervenção mínima com que se maneja a fase de admissibilidade no atual estágio de amadurecimento e de restritividade do sistema correccional, ratifica-se a pertinência de, uma vez estando-se diante de fato de leve ou no máximo de mediano grau infracional cometido por inativo ou por ex-servidor, que, uma vez comprovado, levaria no extremo à apenação por suspensão, operar-se o motivado arquivamento do feito sem nem sequer instaurar o oneroso processo disciplinar.

Ainda na esteira da análise dos incisos do art. 127 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, é de se mencionar que, embora incluída no seu inciso VI, a pena de destituição de função comissionada (função de confiança restou inaplicável, pois a Lei, nos artigos seguintes, não cuidou de expressar hipóteses de sua aplicação. O devido processo legal exige não só a previsão da pena mas também o estabelecimento de suas hipóteses de aplicação.

*“O art. 127 da Lei do Regime Jurídico único, no seu inciso VI, trata, ainda, de uma penalidade que não é disciplinada nos artigos específicos da Lei, a saber: VI - destituição de função comissionada.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pgs. 302 e 303, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Em exercício de interpretação sistemática do Estatuto, pode-se inferir que a intenção do legislador talvez fosse de que esta pena se aplicasse a atos praticados exclusivamente associados ao exercício da função de confiança, dissociados de seu cargo efetivo. Assim, ela recairia somente sobre esta função de confiança, fazendo com que o servidor a perdesse em decorrência de decisão administrativa disciplinar, sem repercutir em seu cargo efetivo. Tal pena teria, então, natureza diversa da dispensa *ad nutum* da função, em caráter discricionário, a cargo da autoridade nomeante. Todavia, sem a devida previsão legal das hipóteses em que seria aplicada, a pena resta inaplicável em instância disciplinar. Não obstante, pode servidor detentor de cargo efetivo e também ocupante de função de confiança cometer determinado ato irregular que lhe acarrete pena estatutária sobre o cargo efetivo e simultânea quebra da relação de confiança, de forma que a autoridade nomeante o dispense da função de confiança, mediante mero ato discricionário de gestão, independente da repercussão disciplinar.

#### **4.10.2.1 - Vinculação da Aplicação da Pena**

Em princípio, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, vincula uma única pena para cada infração, sem conceder à autoridade julgadora discricionariedade para decidir de forma diferente. Ou seja, em regra, uma vez configurado o ilícito, a pena é vinculada. Assim já se manifestou a Advocacia-Geral da União, no Parecer AGU nº GQ-183, vinculante:

*Parecer AGU nº GQ-183, vinculante: “7. Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, de 1990, arts. 129, 130, 132, 134 e 135, comina a aplicação de penalidade, esta medida passa a constituir dever indeclinável, em decorrência do caráter de norma imperativa de que se revestem esses dispositivos. Impõe-se a apenação sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa para omitir-se nesse mister. (...)*

*8. Esse poder é obrigatoriamente desempenhado pela autoridade julgadora do processo disciplinar (...).”*

*Parecer Dasp. Desqualificação de penalidade*

*As infrações disciplinares são específicas, não comportando desqualificação da respectiva penalidade.*

Os arts. 129, 130, 132, 134 e 135 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabelecem, respectivamente, que as penas de advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria e destituição de cargo em comissão serão aplicadas às hipóteses elencadas. Neste aspecto, não é dado à autoridade o poder de perdoar, de compor ou de transigir, aplicando algum tipo de pena alternativa. Neste ponto, convém lembrar o já abordado em 2.5.7, no sentido de que, em tal fase processual de julgamento, ainda que se decida pela aplicação de pena de advertência, já não mais cabe à autoridade instauradora ou julgadora ofertar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ao servidor e tampouco acatar eventual pedido apresentado a destempo (nos termos do § 1º do art. 6º da Instrução Normativa CGU nº 2, de 30 de maio de 2017, o prazo para se cogitar da celebração do acordo se encerra em cinco dias contados do recebimento da notificação inicial que comunica a condição de acusado).

*STF, Mandado de Segurança nº 22.656: “Ementa: A circunstância de encontrar-se o impetrante no gozo de licença para tratamento de saúde e em vias de aposentar-se por invalidez não constituía óbice à demissão, como não constituiria a própria aposentadoria que, para tanto, estaria sujeita à cassação, na forma do art. 134 da Lei nº 8.112/90.”*

*STF, Mandado de Segurança nº 23.310: “Ementa: O fato de encontrar-se o servidor em gozo de licença médica para tratamento de saúde não constitui óbice à demissão.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 18.163: Ementa: Cabe destacar que a jurisprudência desta Corte já consolidou a orientação de que o fato de o acusado estar em licenças para tratamento de saúde não impede a instauração de Processo Administrativo Disciplinar, nem mesmo a aplicação de pena de demissão.”*

Esta vinculação é absolutamente inafastável para as penas capitais. Como penas capitais (ou expulsivas), aqui se refere à demissão, à cassação de aposentadoria, à cassação de disponibilidade e à destituição de cargo em comissão. Ou seja, uma vez configurada hipótese de aplicação de pena capital, não há previsão legal para que a autoridade julgadora atenuar para suspensão ou advertência, em que pese a todos os atenuantes ou bons antecedentes que o servidor possa ter para o fato. Assim se manifestou a Advocacia-Geral da União, no Parecer AGU nº GQ-177, vinculante:

*Parecer AGU nº GQ-177, vinculante: “Ementa: Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato. (...)*

*10. (...) Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, arts. 132 e 134, cominam a aplicação da pena de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, esta medida se impõe sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa (...) para omitir-se na apenação.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 12.790: “Ementa: 4. Não obstante os bons antecedentes funcionais, os autos revelam que o impetrante, ciente de que não poderia exercer a gerência ou administração de empresa privada, constituiu em nome de irmãos a empresa privada, os quais lhes outorgaram procuração com amplos poderes. 5. Do cotejo entre antecedentes e ilícitos administrativos praticados, não há como se afastar a sanção imposta para que, observando-se o princípio da proporcionalidade, fosse-lhe aplicada penalidade mais branda.”*

Também, uma vez configurada hipótese de aplicação de advertência ou de suspensão, não há previsão legal para que se agrave para pena capital, em que pese a todos os agravantes ou maus antecedentes que o servidor possa ter para o fato. Da mesma forma, não se pode

arquivar processo em que se configurou ilícito punível, ainda que com advertência, e não cabe aplicar-se advertência nas hipóteses de aplicação originária de suspensão (art. 117, XVII e XVIII da Lei nº 8.112, de 11/12/90).

*“Importante ressaltar, que pelo princípio da proporcionalidade não se poderá deixar de aplicar penalidade, devendo o mínimo legal (advertência) ser respeitado. Do mesmo modo, um fato enquadrado em advertência ou suspensão ser agravado para demissão, sendo o artigo 132 da Lei nº 8112/90 taxativo nos casos de demissão e cassação de aposentadoria.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 378, 2013, disponível em [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual_PAD.pdf), acesso em 07/08/13*

Acerca deste tema, conforme já aduzido em **4.5.2**, em **4.9.1** e em **4.9.2**, não convém que o julgamento (seja no ato de assessoramento de parecer opinativo, seja na decisão em si da autoridade julgadora), em caso de responsabilização do acusado, mencione os Pareceres AGU nº GQ-177 e GQ-183. Não obstante, como de outra forma não se poderia cogitar para qualquer órgão inserido no Poder Executivo federal, esta recomendação em nada se confunde com desrespeitar aquelas manifestações vinculantes da Advocacia-Geral da União e nem mesmo delas discordar. A recomendação de não mencionar aqueles dois Pareceres AGU decorre apenas de prévia proteção ao risco de ver um correto trabalho apuratório ser alvo de declaração judicial de nulidade, posto que o Superior Tribunal de Justiça tem adotado entendimento de que seus textos afrontariam o princípio da proporcionalidade, ao defenderem a inafastável apenação diante de conduta enquadrável (a exemplo do julgado nos Mandados de Segurança nº 12.991 e 13.341, aqui não reproduzidos para que não sejam confundidos como válidas referências, já que, com todas as vênias, não se concorda com seus teores especificamente neste aspecto).

Sabe-se que, diferentemente do que restou consignado nos mencionados julgados, em instância disciplinar, já desde os trabalhos da comissão (ou seja, antes mesmo de o rito atingir sua última fase, de julgamento), os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são forte e inequivocamente respeitados e empregados, de forma que o bom trabalho correcional se reflita, já desde a indicição e posteriormente no relatório, na adoção, por parte do colegiado, de enquadramento razoável (no sentido de contemplar fatores humanos, condicionantes externas, condições de trabalho, grau de complexidade da tarefa, praxes administrativas ou qualquer outro parâmetro) e ao qual, em consequência, se associa pena vinculada que guarda estreita proporcionalidade com a menor ou maior gravidade da conduta apurada (pois tem-se certo que, na inteligência sistemática da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao se adotar o enquadramento permeado por aqueles indicadores da razoabilidade, a pena vinculada não soará desproporcional).

Não se tem a menor dúvida que é perfeitamente possível e compatível que a comissão e que a autoridade julgadora atentem, em seus trabalhos, para os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao mesmo tempo em que a Administração não afronta ao mandamento dos Pareceres AGU nº GQ-177 e GQ-183. A leitura aprofundada destes Pareceres AGU não deixa dúvida de que, em nenhum momento, o órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo federal pugna pela desconsideração daqueles dois princípios; apenas o que se tem é que, em instância disciplinar, com a estrita vinculação da pena que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, atribui a cada enquadramento, as pertinentes, relevantes e imprescindíveis construções razoáveis e proporcionais antecedem a apenação, pois se aplicam já desde a definição do enquadramento, antecipando-se a aplicação dos parâmetros elencados no art. 128 da citada Lei, que nada mais são que o reflexo positivado daqueles dois preceitos em busca da necessária individualização da pena. Aí, sim, uma vez enquadrada a conduta, não cabe abrandar ou agravar a pena vinculada, conforme a Advocacia-Geral da União interpretou e se manifestou de forma vinculante para toda a Administração Pública federal.

*“Há pareceres vinculantes da AGU (Parecer n. GQ 177/1998; Parecer n. GQ 183/1998) que vedam a aplicação do art. 128 da Lei n. 8.112/90 para atenuar pena de demissão e determinam a inflexível aplicação da pena expulsiva se for tipificada a conduta em uma das hipóteses do art. 132 do RJU.*

*O STJ, todavia, parece discordar desse entendimento, com abundantes precedentes sinalizadores da possibilidade de o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade servir de amparo para afastar a sanção capital e respaldar pena menos grave. (...)*

*No âmbito do STF, encontram-se precedentes a favor da aplicação da proporcionalidade em caso de demissão (RMS 24129, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 30-04-2012), como também caso a favor dos pareceres vinculantes da AGU (STF, MS 26.023/DF, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 17/10/2008). Neste último julgado, foi entendido que o fato de o servidor ter usado litros de combustível da repartição pública caracteriza o tipo de utilização de bens públicos em proveito particular (atrativo da demissão), ainda que tenha sido causado prejuízos financeiros baixos ao ente público. Como anotou o Ministro Relator: ‘O só fato da utilização dos recursos materiais da repartição em questão para fins particulares, especialmente no que se refere ao automóvel, expõe a Administração Pública a danos’.*

*- Opção: tendo em vista a necessidade de observância ao entendimento vinculante no âmbito da Administração Pública, a Comissão poderá servir-se da seguinte técnica: a Comissão enquadra a conduta em outro tipo administrativo que não os do art. 132 da Lei n. 8.112/90, de molde a afastar a pena expulsiva. A propósito dessa opção, diga-se que os tipos disciplinares são, de certa maneira, sobrepostos, ante a sua natureza aberta, de maneira que seria possível, por exemplo, deixar de enquadrar uma ofensa física em serviço no tipo do art. 132, VII, da Lei n. 8.112/90 (que enseja demissão) para encaixá-la no tipo do art. 117, V, da Lei n. 8.112/90 (que atrai advertência ou suspensão), desde que a pena expulsiva releve-se excessiva ante o caso concreto. Acresça-se que tal procedimento é de notória aceitação na comunidade jurídico-disciplinar (...).”, Carlos Eduardo Elias de Oliveira, “Precedentes Judiciais do STF e do STJ sobre Processos Disciplinares: Descrição e Reflexões”, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/22453/precedentes-jurisprudenciais-do-stf-e-do-stj-sobre-processos-disciplinares-descricao-e-reflexoes>, acesso em 21/01/13*

Mencione-se que o próprio STJ, em julgados mais recentes, voltou a sinalizar a favor da vinculação da pena expulsiva, uma vez configurada a hipótese legal do enquadramento proposto.

*STJ, Mandado de Segurança nº 15.517: “Ementa: 9. A Administração Pública, quando se depara com situações em que a conduta do investigado se amolda nas hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por tratar-se de ato vinculado. Configurada a infração do art. 117, XI, da Lei 8.112/90, deverá ser aplicada a pena de demissão, nos termos do art. 132, XIII, da Lei 8.112/90, sob pena de responsabilização criminal e administrativa do superior hierárquico desidioso.”*

*(Idem: STJ, Mandados de Segurança nº 15.437 e 12.200 )*

*STJ, Mandado de Segurança nº 17.515: “Ementa: 3. Não está configurada afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, visto que, por força do disposto no art. 132 da Lei 8.112/90 e dos fatos apurados, à autoridade administrativa não cabia optar discricionariamente por aplicar pena diversa da demissão.”*

E, visto que o julgamento guarda autonomia em relação ao caráter propositivo do relatório, ainda que, em seu entendimento, a comissão não tenha atentado da forma devida aos dois princípios, deve a autoridade julgadora atuar. Caso discorde do enquadramento adotado no relatório, e, por conseguinte, da pena proposta pela comissão, deve a autoridade julgadora,

motivadamente, alterar o enquadramento e a vinculada pena.

Assim, seja acatando na íntegra as propostas constantes do relatório da comissão, seja motivadamente alterando-as em sua decisão final, para evitar o risco de um trabalho formal e materialmente bem conduzido ser objeto de declaração judicial de nulidade, convém que o ato de julgamento (destacadamente no parecer opinativo) expresse que a decisão (seja ela qual for, de arquivamento ou de responsabilização) ali apresentada, devidamente permeada pelos parâmetros de dosimetria e de individualização da pena estabelecidos pelo art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista que, dentre todos os enquadramentos possíveis para o fato apurado (já que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, contempla degraus de escalonamento de gravidade para fatos similares, conforme aduzido em **4.7.1**), adotou-se o que se demonstrava mais razoável e que tem a pena vinculada absolutamente proporcional à menor ou maior gravidade da conduta apurada, não sendo recomendável mencionar os citados Pareceres AGU (embora, em nenhum momento, se deixe de acatá-los).

#### **4.10.2.2 - A Aplicação dos Parâmetros de Dosimetria de Pena (Natureza e Gravidade da Infração, Dano, Atenuantes, Agravantes e Antecedentes)**

As definições propriamente ditas dos parâmetros elencados no art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (natureza e gravidade da infração, dano decorrente da conduta, agravantes, atenuantes, bons ou maus antecedentes), bem como alguns exemplos diferenciadores de cada um, foram apresentados em **4.9.1**, a cuja leitura se remete, de desnecessária repetição. No presente ponto, busca-se apresentar as formas de aplicação daqueles parâmetros por parte da autoridade julgadora -, em busca das necessárias dosimetria e individualização da pena, refletindo a previsão legal para atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, primeiramente dentro do sentido estrito da literalidade da Lei; e, em segundo momento, com um sentido mais abrangente que o texto legal.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.*

Sem necessidade de se ir além da literalidade da Lei, como exceção à estrita vinculação da pena cabível para cada irregularidade, na primeira forma de aplicação daqueles parâmetros elencados no art. 128, em combinação com a parte final do art. 129 e com o art. 130, todos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, pode a autoridade julgadora decidir pela imediata aplicação de suspensão (sem se cogitar de reincidência) em todos os ilícitos originalmente puníveis com advertência. Assim, à vista da leitura conjunta daqueles parâmetros, mitigando e ponderando a vinculação da pena ao enquadramento, pode a autoridade julgadora, absolutamente amparada na Lei nº 8.112, de 11/12/90: primeiramente, graduar entre aplicação de advertência ou suspensão (parte final do seu art. 129) para os ilícitos cuja pena base é a advertência; e ainda na sequência, uma vez tendo se decidido pela aplicação da suspensão, graduar a quantidade de dias a suspender o infrator (art. 130 da mesma Lei, conforme se verá em **4.10.2.4.3**).

Relembre-se que aquele conjunto de parâmetros apenas atua na gradação e na dosimetria da pena aplicável à conduta, naquelas duas situações descritas acima em que cabe certa discricionariedade, não sendo capazes de desconfigurar o fato em si e, por conseguinte, de fazer a pena vinculada ao enquadramento cabível migrar de advertência ou suspensão para pena capital ou vice-versa. Ademais, restam tão somente estas duas aplicações previstas expressamente na Lei nº 8.112, de 11/12/90, já que a advertência e as penas expulsivas não comportam nenhum tipo de gradação ou quantificação.

A autoridade julgadora deve empregar aqueles parâmetros de forma dinâmica e não

estática ou estanque, uma vez que não há uma escala prévia de valores entre eles; cabe ao julgador ponderá-los com as peculiaridades de cada caso em concreto. Por exemplo, um parâmetro negativo pode ser compensado por outro parâmetro positivo de similar relevância, mantendo-se a pena básica de advertência; ou um parâmetro negativo de relevância pode indicar o agravamento da pena básica de advertência para suspensão; e a existência de mais outro parâmetro negativo pode indicar a apenação por uma quantidade razoável de dias. Por outro lado, um parâmetro positivo e um outro negativo podem ponderar pela manutenção da pena básica ou pelo agravamento, dependendo se um é de maior relevância que o outro ou vice-versa. Em outra linha de análise, um determinado parâmetro pode ser mais ou menos relevante em função da localidade de ocorrência do fato ilícito ou de características pessoais e funcionais do infrator.

Ao abordar este emprego previsto na Lei nº 8.112, de 11/12/90, dos parâmetros de dosimetria, por parte da autoridade julgadora, assim se manifestou a Advocacia-Geral da União, novamente no Parecer AGU nº GQ-183, vinculante (de teor repetido nos Pareceres AGU nº GQ-140 e GQ-167):

*Parecer AGU nº GQ-183, vinculante: “11. A incidência do art. 128 da Lei nº 8.112 é adstrita aos tipos das condutas delituosas dos servidores indiciados, ligados aos deveres e proibições, os quais não impedem a aplicação de penas mais severas que as previstas em lei, como regra geral (arts. 129 e 130 da Lei nº 8.112), ante a gravidade da infração e as circunstâncias agravantes. A autoridade julgadora possui o poder de agravar a apenação do servidor faltoso, pois na ‘aplicação da penalidade serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais’. A Lei prescreve à autoridade que, na oportunidade do julgamento, observe esses aspectos, todavia, só e só, para, num juízo de valor, graduar a penalidade. Extrapolaria o sentido e o alcance do regramento da matéria considerar esses aspectos com o objetivo de amenizar indevidamente a punição. 12. Autoriza pena mais grave que a advertência, com o seguinte jaez, o próprio art. 129 da Lei nº 8.112: (...) 13. Assim Ivan Barbosa Rigolin expressou sua opinião a respeito da inteligência do transcrito art. 129, ‘verbis’: ‘Prescreve ainda o artigo que, caso deixe de observar dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, será o servidor advertido, quando aquela falta não determine imposição de penalidade mais grave. Quem decide se cabe ou não pena mais grave é evidentemente a administração, por suas autoridades competentes a cada caso, e conforme o critério estabelecido no art. 128’ (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Ed. Saraiva, 1992, p. 220).”*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/2.

*Nota Técnica Coger nº 2005/2: “10. Como exceção à estrita vinculação da pena cabível para cada irregularidade, de acordo com parâmetros tais como natureza e gravidade da infração, danos decorrentes e antecedentes funcionais e, sobretudo, circunstâncias agravantes para a conduta, elencados no art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, em leitura conjunta com os arts. 129 (parte final) e 130, pode a autoridade julgadora decidir pela imediata aplicação de suspensão (sem se cogitar de reincidência) em todos os ilícitos originalmente puníveis com advertência.”*

E, analogamente ao que já se antecipou em 4.9.1, quando se estimulou, extensivamente, a comissão a refletir sobre aqueles parâmetros do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, antes de concluir seu relatório, defende-se também para a autoridade julgadora uma segunda forma de aplicação deste conjunto, agora além da estrita previsão legal. A rigor, pela literalidade do dispositivo legal, os parâmetros ali elencados seriam considerados apenas na aplicação das penalidades, ou, seja, após a definição do enquadramento, visto que a definição

da pena requer o pré-requisito de já se saber qual o enquadramento adotado para o fato ilícito. Assim, estes parâmetros atuam limitadamente, apenas graduando e quantificando a pena, não possuindo o condão de elidir a pena vinculada ao enquadramento cabível para a conduta. Todavia, como aquela Lei contempla degraus de escalonamento de gravidade para fatos similares (conforme aduzido em **4.7.1.1**) e vincula a pena a ser aplicada ao enquadramento julgado cabível (conforme aduzido em **4.10.2.1** e ainda se aduzirá em **4.10.2.5.1**) e estes dois fatores causam natural senso de responsabilidade no aplicador, deve a autoridade julgadora aplicar estes parâmetros como indicadores de, dentre os enquadramentos possíveis para o fato apurado, qual o mais razoável e qual tem a pena vinculada mais proporcional e neste rumo julgar da maneira mais justa e equilibrada.

*“A solução para evitar injustiças é, ou não abrir o processo - se for possível sustentar a inexistência do ilícito - ou não enquadrar o servidor em uma das hipóteses do art. 132, mas em outro dispositivo legal cuja consequência seja uma pena mais branda. Isto é, para que um servidor não seja demitido a solução não é atenuar sua pena, mas sim, se for possível, enquadrar sua conduta num dispositivo da Lei 8.112/90 que não gere demissão, caso contrário não haverá discricionariedade para atenuar a pena.*

*Assim, o princípio da proporcionalidade só pode ser utilizado para evitar a pena de demissão se ele não for invocado para atenuar a pena, mas para mudar o enquadramento para um tipo legal que não gere demissão.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 137, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Ademais, conforme já aduzido em **4.6.1.1**, **4.6.3.1**, **4.6.3.2** e **4.6.3.3**, quando se alertou à comissão no momento de indiciar, e ainda em **4.9.1**, no momento de concluir seu relatório, claramente que aqui se exige também da autoridade julgadora bom senso e razoabilidade, ao se deparar com conduta caracterizada como um equívoco meramente voluntário ou eventual e escusável, de ínfimo poder ofensivo às normas e aos princípios ou caracterizada como incapaz de afrontar materialmente o bem jurídico tutelado, embora o faça formalmente, bem como se pode, ainda, com as devidas cautelas, atentar para os princípios da intervenção mínima e da insignificância. Conforme aduzido em **3.3.2**, ao se abordar o enfoque mais complexo com que deve ser compreendido o princípio da legalidade, a atuação da Administração tanto deve atender à lei, mas sem se afastar do bom Direito. Mas, por outro lado, mesmo pequeno prejuízo, desde que em atitude comprovadamente dolosa, pode caracterizar infração grave, pois não há autorização na lei para aplicar análise quantitativa (legalmente, não há “parâmetro de corte”).

#### **4.10.2.3 - Advertência**

Descrita pelo art. 129 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a advertência é pena de menor gravidade e de menor repercussão no trabalho. Em geral, resulta de condutas comportamentais associadas a valores básicos para o funcionamento da Administração, tais como zelo, dedicação, lealdade, hierarquia, discricção, presteza, assiduidade, pontualidade, urbanidade, desde que não sejam reincidentes.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

Cabe a aplicação de advertência nas hipóteses de descumprimento de qualquer dos deveres funcionais elencados no art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e de afronta a proibições do art. 117, I a VIII e XIX.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 116. São deveres do servidor:*

- I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;*  
*II - ser leal às instituições a que servir;*  
*III - observar as normas legais e regulamentares;*  
*IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;*  
*V - atender com presteza:*  
*a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;*  
*b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;*  
*c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública;*  
*VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração; (Redação dada pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011)*  
*VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;*  
*VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;*  
*IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;*  
*X - ser assíduo e pontual ao serviço;*  
*XI - tratar com urbanidade as pessoas;*  
*XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.*
- Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.*
- (Nota: Na forma como oficialmente publicado, o parágrafo único do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, impropriamente assegura a ampla defesa ao “representando”; subentende-se que o correto seria ao “representado”.)*
- Art. 117. Ao servidor é proibido:*
- I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;*  
*II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;*  
*III - recusar fé a documentos públicos;*  
*IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;*  
*V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;*  
*VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado;*  
*VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;*  
*VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;*  
*XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

Acrescente-se que a leitura conjunta do art. 129 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, na passagem em que menciona “dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna” com o art. 116, da mesma Lei, dá a clara notícia de que a lista de deveres funcionais não se encerra neste último, pois, além de outras leis que porventura existam impondo deveres a servidor, pode haver, em cada órgão da Administração, deveres funcionais internamente regulados na normatização infralegal.

*“Por fim, convém ressaltar que o rol dos deveres dos servidores públicos constante no citado artigo 116 é exemplificativo, e não taxativo, pelo que outros deveres para os servidores podem ser previstos em regulamentação ou norma interna. A inobservância desses deveres também constitui ilícito administrativo sujeito à penalidade de advertência, a teor da segunda parte do art. 128 da Lei nº 8.112/90, ou de suspensão, a teor da segunda e terceira parte do art. 129 da Lei nº 8.112/90, conforme o caso”. Adriane de Almeida Lins e*

*Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pg. 164, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

Em instância disciplinar, não há advertência verbal. A pena é aplicada por escrito, por meio de portaria da autoridade competente, com registro do fato nos assentamentos funcionais do servidor, que toma ciência da punição ao final do processo ou pela publicação no DOU, caso tenha sido ato ministerial. Em síntese, a advertência se concretiza com um registro nos assentamentos e com a publicação para conhecimento por parte do apenado, não comportando gradação.

Na hipótese de processo aberto contra inativo ou ex-servidor concluir pelo cometimento de ilícito que seria punido com advertência, diante da impossibilidade de aplicação, apenas registra-se o fato apurado nos seus assentamentos funcionais, conforme já aduzido com detalhe em **4.10.2**.

#### **4.10.2.4 - Suspensão**

##### **4.10.2.4.1 - Aplicação Originária Residual**

A suspensão é modalidade punitiva que se dirige à reincidência das faltas puníveis com advertência e às faltas de maior intensidade por desrespeito a deveres e proibições reveladoras de desvio de comportamento grave que, todavia, não implicam demissão.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita à penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias.*

Excluindo-se a hipótese de injustificada recusa de submissão à inspeção médica (para a qual o art. 130, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, impõe expressamente pena de suspensão de até quinze dias), a aplicação originária da suspensão na citada Lei é de caráter residual, ou seja, a Lei não estabelece, de forma expressa e enumerada, a que irregularidades ela se impõe. Nas listas de infrações dos arts. 116, 117 e 132, descartando-se as hipóteses expressas de aplicação originária de advertência (qualquer inciso do art. 116 e incisos I a VIII e XIX do art. 117) e de aplicação de pena capital (incisos IX a XVI do art. 117 e art. 132), por exclusão, restam originalmente puníveis com suspensão apenas os incisos XVII e XVIII do art. 117, todos da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 117. Ao servidor é proibido:  
XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;  
XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho.*

##### **4.10.2.4.2 - Reincidência e Gradação**

Além disto, aplica-se a suspensão na reincidência das faltas puníveis com advertência. A Lei não especificou se considera como reincidência o cometimento de uma segunda falta qualquer punível com advertência (reincidência genérica), ou se considera apenas o segundo cometimento da mesma falta (reincidência específica). Mas, trazendo à tona o conceito penal de reincidência, prevalece a interpretação mais ampla, pois naquela instância, não só para consideração do reincidente em contravenção penal, mas até mesmo para o crime, a lei trata do cometimento de nova infração de forma genérica, não se importando com a natureza da infração antecedente.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/2.

*Nota Técnica Cogex nº 2005/2: “Ementa: (...) A aplicação de suspensão por reincidência com base no art. 130 pode decorrer da aplicação de advertência por motivo diverso - reincidência genérica. (...)”*

Importa ainda destacar que mesmo a instância penal, sabidamente mais conservadora à vista do relevante bem jurídico sobre o qual faz sentir a pena, reporta-se ao momento do cometimento do segundo crime para a partir daí demarcar a reincidência, não cabendo espaço para interpretar que a presunção de inocência somente permitiria cogitar de reincidência no trânsito em julgado da sentença condenatória desta conduta posterior. Na esteira, extrai-se a interpretação teleológica de que o instituto da reincidência busca agravar a situação do autor que, mesmo após ter sido definitivamente condenado por uma primeira conduta, ou seja, já tendo sofrido o efeito da ação estatal condenatória, ainda assim reitera a prática ilícita. Refletindo esta conceituação para a instância administrativa, tem-se que o servidor pode ser considerado reincidente a partir do momento concreto em que efetiva a prática da segunda infração, não restando justificativa para diferir tal qualificação agravante para o momento em que a Administração tem conhecimento da segunda irregularidade ou que promove a respectiva apuração ou em que julga o feito ou em que aplica a correspondente sanção.

#### *CP - Reincidência*

*Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)  
Decreto-Lei nº 3.688, de 03/10/41 - Lei das Contravenções Penais - Reincidência*

*Art. 7º Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.*

Ou seja, configura-se a reincidência quando, do cometimento de uma segunda irregularidade, qualquer que seja, punível com advertência, já tenham sido a primeira infração definitivamente julgada na esfera administrativa e a advertência aplicada, podendo-se valorar contrariamente ao acusado, com maior número de dias de suspensão, especificamente quando a reincidência é da mesma infração pela qual o servidor já foi punido. Sendo requisito essencial que a primeira pena já tenha sido aplicada, a ocorrência de prescrição, por exemplo, impede que se cogite de reincidência.

*“Reincidência é a prática reiterada da infração, da mesma natureza ou de outra, pela qual o funcionário já tenha sido punido.*

*A reincidência pode ser específica ou genérica, conforme se verifique a repetição do ato infracional, com a mesma ou com outra modalidade de atuação.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 58, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Na esteira da consideração acima de que a reincidência é genérica, também, se o servidor já foi apenado com suspensão e comete uma segunda irregularidade, punível em princípio com advertência, é cabível a interpretação por parte da autoridade competente de considerá-lo reincidente e, daí, agravar a segunda pena para suspensão, conforme art. 130 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

O efeito da reincidência não perdura por toda vida funcional do servidor. Conforme se aduzirá em **4.10.6.3**, os registros de aplicação de penas de advertência e de suspensão são cancelados nos assentamentos funcionais do servidor, respectivamente, após três e cinco anos de efetivo exercício sem cometimento de nova infração disciplinar (e não julgamento, conforme já aduzido linhas antes). Nesta hipótese, um novo cometimento não é considerado reincidência ensejadora de pena de suspensão.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 131. As penalidades de advertência e de suspensão terão seus registros cancelados, após o decurso de 3 (três) e 5 (cinco) anos de efetivo exercício, respectivamente, se o servidor não houver, nesse período,*

*praticado nova infração disciplinar.*

A suspensão pode ser de até noventa dias (com exceção da hipótese prevista no art. 130, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de suspensão de até quinze dias), sendo a única pena que comporta gradação, de acordo com os parâmetros do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em atendimento ao princípio da proporcionalidade. Salvo melhor juízo, à luz da vinculação entre infração e pena e do princípio da legalidade, a redação deste artigo parece inadequada, ao se reportar, genericamente no plural, à aplicação das penas - como se fosse a todas as penas -, visto que natureza e gravidade da infração, danos, agravantes e atenuantes do fato e antecedentes funcionais não se aplicam às penas capitais.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.*

Conforme já antecipado em **4.10.2.2**, as condições atenuantes ou agravantes de ordem prática da conduta fática atuam na gradação da pena aplicada àquela conduta e não elidem a pena vinculada ao enquadramento cabível para a conduta e também não se confundem com os antecedentes funcionais, avaliados pelos assentamentos, abonadores ou não de boa conduta profissional pretérita.

Relembre-se que, nos termos do art. 131 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, independentemente de haver sido cancelado nos assentamentos ou não, o registro de aplicação de pena de advertência ou de suspensão, decorridos respectivamente três e cinco anos de efetivo exercício sem nova infração disciplinar, não pode ser considerado como antecedente funcional e muito menos como ensejador de reincidência.

#### ***4.10.2.4.3 - Aplicação da Pena de Suspensão em Hipóteses Originariamente Puníveis com Advertência***

A interpretação conjunta dos arts. 128, 129 (em sua parte final) e 130 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, permite entender que, no único caso em que a Lei confere à autoridade julgadora certa discricionariedade na aplicação da pena, é legalmente cabível a aplicação de pena mais grave que advertência (ou seja, suspensão) em hipótese que, em princípio, seria punida com advertência, conforme parâmetros expostos em **4.9.1**. Assim, em função sobretudo da natureza ou da gravidade da infração e/ou das circunstâncias agravantes e/ou maus antecedentes, pode a autoridade competente, a seu critério, aplicar suspensão em caso de afronta a deveres funcionais do art. 116 e de proibições dos incisos I a VIII e XIX do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ainda que na primeira irregularidade cometida pelo servidor, sem se cogitar de reincidência. Destaque-se que pode ser considerado negativamente na avaliação da natureza ou da gravidade da infração o fato de a conclusão final ter se limitado a apenas um enquadramento ou a mais de um enquadramento, seja em concurso de infrações, seja por infrações independentes, conforme se aduziu em **4.5.3**, de forma que, se ambos enquadramentos teria como pena básica advertência, o concurso pode justificar o agravamento para suspensão; e que, se um dos enquadramentos já teria como pena básica suspensão, o concurso pode justificar um agravamento na quantidade de dias da suspensão.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*Parecer AGU nº GQ-127, não vinculante: “Ementa: Nada obstante a advertência ser a penalidade estatuída para os casos de inobservância de dever funcional, os fatores de gradação de pena, especificados no art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, podem justificar punição mais grave.*

8. Assim é que a apenação do servidor faltoso é compulsória e pode ser agravada pela autoridade julgadora, de lege lata, pois o art. 128 da Lei nº 8.112 estabelece que, na “aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”. A Lei impõe à autoridade que, na oportunidade do julgamento, observe esses aspectos, mas, tão-só, para, num juízo de valor, graduar a penalidade. Extrapolaria o sentido e o alcance do regramento da matéria considerar esses aspectos com o fito de descaracterizar o ilícito administrativo ou de amenizar indevidamente a punição, sob o pretexto singelo de que somente teriam sido inobservados deveres ou transgredidas proibições.”

STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.635: “Ementa: 1. Desde que se justifique a imposição de pena mais grave, nos casos de inobservância de dever funcional, é cabível a pena de suspensão (art. 129 da Lei 8.112/90). 2. Decisão fundamentada de autoridade administrativa que avaliou a falta cometida.”

STJ, Mandado de Segurança nº 5.935: “Ementa: 1. À inobservância de dever funcional (artigo 116, incisos I, III e IX, da Lei 8.112/90), aplica-se a pena disciplinar de advertência, desde que a conduta praticada pelo servidor não justifique a imposição de penalidade mais grave, conforme os critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública. 2. Em se tratando de penalidade disciplinar de suspensão superior a 30 dias, compete ao Ministro de Estado aplicá-la (artigo 141, inciso II, da Lei 8.112/90). 3. Ajustamento do ato administrativo disciplinar à lei.”

“Como a lei não tem palavras inúteis, observa-se, porém, em uma análise cuidadosa, que a parte final do art. 129 da Lei n.º 8.112/90 admite, também, aplicação da pena de suspensão nos casos mais graves de violação das proibições constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna. (...)”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 359, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13

“O Direito Administrativo Disciplinar (...) não é casuístico como o Direito substantivo penal, porém, tampouco ele é atípico (...) porque ele envolve os mais heterogêneos, os mais genéricos e os mais objetivos ou subjetivos interesses do Estado. (...)”

Na falta de um elenco infracional, que seria atípico para a absoluta identidade com o Direito Penal, o Direito Administrativo Disciplinar repousa a sua parte substantiva em dispositivos estatutários que, ora referindo-se aos deveres, ora reportando-se às proibições, dizem bem alto que o desrespeito a qualquer deles acarreta punições que tenham a variação especificada em lei.

Enquanto o Código Penal estabelece os ilícitos acompanhados das respectivas penas e contém um artigo especial para a dosagem correta das mesmas, tendo em vista os antecedentes e personalidade do agente, intensidade do dolo ou grau da culpa e aos motivos e circunstância do crime, o Direito Administrativo Disciplinar, embora não o fazendo formalmente pelo mesmo princípio de sequência, estabelece a tipicidade dos ilícitos que a administração desejou prever e, também, a variação das penas que entendeu cominar, tais como a repreensão, a suspensão, a demissão simples ou qualificada (a bem do serviço público), etc, ele especifica os mesmos princípios.

No tocante à dosagem da pena, leva em consideração (...) as comprovadas circunstâncias determinantes do evento e da conseqüente responsabilidade (...) Convém salientar que a Administração Pública, ao cominar a pena sugerida na capitulação conclusiva do relatório do processo administrativo, toma uma atitude absolutamente idêntica à do juiz, preceituada no art. 59 do Código Penal, que determina a dosagem da pena, levando em consideração a

*intensidade do dolo ou o grau da culpa e ainda as circunstâncias do ilícito, bem como da personalidade do agente.*

*Isto quando sopesadas várias circunstâncias que gravitam em torno do ilícito administrativo e do seu agente, até mesmo quanto à reincidência deste.*

*As circunstâncias que, criteriosamente, devem ser consideradas na cominação das penas (...) são, especificamente, a natureza, a gravidade e os motivos determinantes da infração, os danos que dela provierem para o serviço público, a personalidade e os antecedentes do agente e, por fim, a intensidade do dolo ou o grau da culpa.” Egberto Maia Luz, “Direito Administrativo Disciplinar”, pgs. 66, 74, 76, 77 e 85, Edições Profissionais, 4ª edição, 2002*

*“Enquanto a sanção criminal pressupõe a absoluta correspondência entre o fato e a previsão hipotética da lei (todos os elementos do tipo penal devem ser realizados pelo autor do crime), a sanção disciplinar, em princípio, não reclama senão uma aproximação razoavelmente justificada entre a conduta do agente e a previsão legal do fato punível, deixando uma certa margem de liberdade para que a autoridade administrativa proceda ao enquadramento legal pertinente com substancialmente menor ou quase inexistente liberdade nos casos de faltas funcionais sujeitas a penalidades mais graves, como a demissão e a cassação de aposentadoria.*

*Por isso, fala-se, como regra geral, em atipicidade das faltas disciplinares, no sentido de que a avaliação dos fatos imputados ao acusado e respectivo enquadramento legal, para escolha da punição própria, confere alguma margem discricionária para a autoridade administrativa, liberdade que não existe nos lindes do direito penal: neste a conduta descrita deve amoldar-se rigorosamente de acordo com todos os elementos do tipo definido na lei penal, sob pena de o fato ser considerado atípico e não configura crime.” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual do Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pg. 76, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

*“É pacífico na doutrina e jurisprudência que a aplicação do artigo 128 da Lei 8.112/90 pode elevar a pena de advertência para uma suspensão ou atenuar uma suspensão para advertência.” Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 136, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

*“Prescreve ainda o artigo [129 da Lei nº 8.112/90] que, caso deixe de observar dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, será o servidor advertido, quando aquela falta não determine imposição de penalidade mais grave. Quem decide se cabe ou não pena mais grave é evidentemente a administração, por suas autoridades competentes a cada caso, e conforme o critério estabelecido no art. 128.” Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis”, pg. 220, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

Ou seja, à luz do princípio da proporcionalidade, cabe ao julgador contrapor a gravidade da falta, o dano dela decorrente, o grau de responsabilidade do servidor e seus antecedentes funcionais, buscando assim maior justiça na aplicação da sanção.

Em contrapartida à leitura estritamente literal do art. 129 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de que o agravamento de advertência para suspensão somente seria cabível em hipóteses de inobservância de deveres, a presente interpretação, de que se pode aplicar suspensão por afronta tanto aos deveres do art. 116 quanto às proibições do art. 117 da mesma Lei encontra apoio em manifestações da Advocacia-Geral da União, como no Parecer AGU nº GQ-183, vinculante (de teor repetido nos Pareceres AGU nº GQ-140 e GQ-167), reproduzindo ainda idêntico posicionamento doutrinário:

*Parecer AGU nº GQ-183: “11. A incidência do art. 128 da Lei nº 8.112 é adstrita aos tipos das condutas delituosas dos servidores indiciados, ligados aos deveres e proibições, os quais não impedem a aplicação de penas mais severas que as previstas em lei, como regra geral (arts. 129 e 130 da Lei nº*

8.112), ante a gravidade da infração e as circunstâncias agravantes. A autoridade julgadora possui o poder de agravar a pena do servidor faltoso, pois na aplicação da penalidade serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. A Lei prescreve à autoridade que, na oportunidade do julgamento, observe esses aspectos, todavia, só e só, para, num juízo de valor, graduar a penalidade. Extrapolaria o sentido e o alcance do regramento da matéria considerar esses aspectos com o objetivo de amenizar indevidamente a punição. 12. Autoriza pena mais grave que a advertência, com o seguinte jaez, o próprio art. 129 da Lei nº 8.112: (...)

13. Assim Ivan Barbosa Rigolin expressou sua opinião a respeito da inteligência do transcrito art. 129, 'verbis':

*‘Prescreve ainda o artigo que, caso deixe de observar dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, será o servidor advertido, quando aquela falta não determine imposição de penalidade mais grave. Quem decide se cabe ou não pena mais grave é evidentemente a administração, por suas autoridades competentes a cada caso, e conforme o critério estabelecido no art. 128’ (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Ed. Saraiva, 1992, p. 220).’*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/2.

*Nota Técnica Coger nº 2005/2: “Ementa: Cabe aplicação direta da penalidade de suspensão, com base na parte final do art. 129, sem necessidade de prévia aplicação de advertência, para qualquer infração aos deveres do art. 116 ou proibições do art. 117, I a VIII e XIX, todos da Lei nº 8.112, de 1990. (...)”*

Destaque-se que as extensões acima não alcançam as penas capitais, cuja lista de hipóteses de aplicação é exaustiva. Nos termos literalmente expostos nos arts. 128 a 130 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não há reincidência ou migração de pena que justifique proposta de penas expulsivas se o fato literalmente não se enquadra em algum dos incisos do art. 132 da mesma Lei.

#### **4.10.2.4.4 - Efetivação da Pena ou Sua Conversão em Multa**

Por óbvio que a punição com suspensão não significa para o servidor dispensa remunerada de suas atribuições legais. Os dias de pena (de um a noventa) não são contados como de efetivo exercício para nenhum efeito. O efeito punitivo reside, precipuamente, no aspecto patrimonial, com que o servidor tem sua remuneração descontada na proporção dos dias sem comparecer ao serviço, além de também repercutir em demais direitos associados a tempo de efetivo exercício do cargo.

*“A modalidade punitiva de suspensão, além do caráter corretivo, tem inegáveis efeitos patrimoniais, pecuniários, na medida em que os dias de afastamento são descontados dos vencimentos do servidor apenado. Reflete, também, negativamente, na aquisição de vantagens e promoções, ante a interrupção na contagem do tempo de serviço.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 59, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Não obstante, a Administração, à vista exclusivamente do interesse público, independentemente da preferência do servidor apenado, pode converter a pena de suspensão em multa de 50% por dia do(s) vencimento(s) ou da remuneração, a critério da autoridade julgadora, em função da imprescindibilidade ou não das atividades que o servidor desempenha à época do julgamento e também da gravidade do ilícito, devendo o servidor permanecer em serviço. Não há previsão legal de consulta ao servidor acerca de sua preferência, mas nada impede que ele espontaneamente se manifeste. A opção pela efetiva

aplicação da pena de suspensão, com o afastamento não remunerado por determinado período, ou pela conversão em multa independe da vontade do servidor e atende tão somente ao interesse público. Formalmente, esta decisão é de competência da autoridade julgadora, sem prejuízo de se recomendar que esta busque, junto à autoridade local, a melhor forma de se atender ao interesse público na unidade onde a pena será cumprida.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 130.*

*§ 2º Quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço.*

Percebe-se a atecnia do § 2º do art. 130 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao definir que a multa incide sobre o “vencimento” ou sobre a “remuneração” do servidor, uma vez que, para muitos cargos, à luz dos seus arts. 40 e 41, vencimento é a parcela fixa integrante da remuneração. A prevalecer o caráter alternativo, a Lei teria conferido extrema discricionariedade a esta conversão, permitindo que se aplicasse a sanção a toda a remuneração ou apenas a parte dela, no caso de cargos que possuem vencimento. Uma vez que não faria sentido interpretar aplicação apenas em parte da remuneração, na contrapartida de dias efetivamente não trabalhados, aduz-se que a Lei quis se referir à remuneração, que pode ter como sinônimo o termo “vencimentos”, ali mal redigido no singular. Acrescente-se ainda a possibilidade de ali também se compreender o termo “subsídio”, inovado pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, como mais uma espécie remuneratória, mediante parcela única, de servidores de determinados cargos, organizados em carreira, sobretudo para diversas funções típicas de Estado, como já foi o caso da Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil .

*“(…) Essa conversão somente ocorre quando houver ‘conveniência para o serviço’, hipótese em que o servidor ficará obrigado a permanecer na repartição, exercendo suas tarefas durante todo o expediente, percebendo, nos dias fixados, os vencimentos do cargo pela metade.*

*A multa, tal como prevista na Lei nº 8.112/90, não constitui modalidade de apenação autônoma, mas forma alternativa, substitutiva, aplicada no exclusivo interesse da administração, e na consideração única de que o afastamento do servidor afetará o serviço.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 59, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“Remuneração (...) significa o vencimento acrescido das vantagens pecuniárias estabelecidas em lei. Vencimento corresponde ao padrão, sem os acréscimos. Vencimentos, no plural, é o mesmo que remuneração, na terminologia adotada pela legislação. Pode haver desencontro no uso das expressões, seja na Constituição, seja na lei. No entanto, o que vale é o conteúdo do conceito.” Regis Fernandes de Oliveira, “Servidores Públicos”, pg. 57, Malheiros Editores, 1ª edição, 2004*

Na verdade, é de se entender que, exclusivamente para a suspensão, configuram-se dois momentos distintos. A aplicação da pena se dá de imediato, com a publicação da portaria, mas a sua efetividade pode ser postergada, conforme já aduzido em **4.10.1**. Isto porque antes da publicação da portaria de punição, recomenda-se que a autoridade competente para aplicar pena reporte-se ao titular da unidade de lotação do servidor para que esta segunda autoridade manifeste, quanto à efetivação da pena, se é interessante para a unidade o cumprimento integral da suspensão ou a manutenção do servidor em serviço, bem como indique o período para cumprimento da pena (que pode ser definido de duas formas: já a partir da data da publicação da portaria; ou posteriormente, que parece ser a mais adequada, a partir de data especificada na portaria, com mínimo prazo hábil para que o servidor seja cientificado).

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/2.

*Nota Técnica Cogex nº 2005/2: Ementa: (...)A autoridade competente para aplicar a penalidade de suspensão é a autoridade julgadora, que deverá definir na Portaria de aplicação a data em que a mesma será cumprida. (...)”*

De se destacar que, caso a Administração opte em converter a pena de suspensão em multa, este efeito pecuniário não significa uma sanção disciplinar autônoma, mas tão somente uma forma de execução daquela pena, mantendo o servidor em serviço com remuneração diminuída. Menos ainda a conversão da suspensão em multa pode levar ao entendimento equivocado de absolvição do cometimento do ilícito e nem mesmo abrandamento ou nulificação da pena, uma vez que esta subsiste em seus efeitos (exceto o do afastamento do serviço), mantendo-se outras repercussões funcionais que a Lei prevê para um servidor apenado (de ser considerado reincidente, por exemplo).

Da mesma forma como na advertência, na hipótese de processo aberto contra inativo ou ex-servidor concluir pelo cometimento de ilícito que seria punido com suspensão, diante da impossibilidade de aplicação, apenas registra-se o fato apurado nos seus assentamentos funcionais, conforme já aduzido com detalhe em **4.10.2**.

#### **4.10.2.4.5 - Não Submissão à Inspeção Médica**

Para encerrar a análise da suspensão, embora seja uma hipótese de rara aplicação, em função da escassez de fontes subsidiárias, releva abordar o enquadramento e a instrumentalização do ilícito previsto no art. 130, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

*Lei nº 8.112, de 11/12/90 - Art. 130.*

*§ 1º Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação.*

Antes de abordar tal instrumentalização, convém esclarecer a origem deste enquadramento, extraída do Título IV - Da Seguridade Social do Servidor, e, mais especificamente no Capítulo IV - Da Licença para Tratamento de Saúde, abrangendo os arts. 202 a 206 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Conforme já aduzido em **4.4.9.1**, diante de problemas de saúde, pode o servidor, a pedido ou de ofício, submeter-se à inspeção médica, a fim de obter licença para se tratar. Embora o mais comum seja o próprio servidor requisitar e provocar a inspeção, o art. 206 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, na hipótese que aqui interessa, estabelece o poder de a Administração, por meio de autoridades competentes em linha hierárquica ou de projeção de gestão de pessoas ou ainda de área médico-assistencial, determinar que o servidor, sob indícios de lesão orgânica ou funcional, submeta-se à inspeção dos profissionais legalmente competentes para afirmar ou negar a doença e decidir pelo seu afastamento ou não. Ao final da licença, o servidor deve novamente se submeter à inspeção médica, que determinará seu retorno ou a prorrogação da licença ou, no extremo, após 24 meses, a aposentadoria por invalidez.

Compreende-se, então, que, em função destes mandamentos, pode surgir a obrigação funcional de se submeter à inspeção médica; e, conseqüentemente, na inobservância injustificada, pode-se configurar a hipótese prevista no art. 130, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Obviamente, havendo justificativa para a omissão do servidor (por exemplo, a inação pode ser decorrência dos efeitos da própria doença), afasta-se a ilicitude da conduta.

O mandamento acima resguarda a Administração também da hipótese de o servidor continuamente tentar se valer de atestados particulares (no caso de não haver médico oficial) para obter sucessivas licenças, em detrimento do interesse público da continuidade dos serviços.

Uma vez que a Lei apenas estabeleceu a hipótese fática e a repercussão sancionadora, mas não expressou a forma, e também não há manifestações do Departamento Administrativo

do Serviço Público, da Advocacia-Geral da União, da Comissão de Coordenação de Correição do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU/CCC) ou de Tribunais Superiores acerca do tema, convém esclarecer se a aplicação de tal suspensão requer o rito disciplinar ordinário, com contraditório e ampla defesa, ou se o legislador criou um caso excepcional, de medida coercitiva para que o servidor se submeta à perícia médica oficial.

Tem-se certo que o deslinde da presente questão reside na determinação da natureza jurídica desta suspensão de quinze dias. Neste rumo, a previsão da mencionada sanção configura-se como constrição excepcional, que tem por finalidade encorajar o servidor a submeter-se ao exame médico de caráter oficial (ou seja, de interesse público), determinado pela autoridade administrativa. Sendo assim, a suspensão em comento é anômala na sistemática do Estatuto, pois se configura como medida de caráter coercitivo. Tanto é verdade que esta sanção não pode ser computada para efeito de reincidência e que a parte final do § 1º, do art. 130 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabelece que o comparecimento do servidor para submeter-se ao exame pericial extingue os efeitos da sanção. Ora, na matéria disciplinar, não se cogitaria de razoabilidade e de plausibilidade de um dispositivo legal que atribuísse ao próprio infrator o poder de interferir no efeito da pena estatutária que lhe é aplicada.

Pelo exposto, a suspensão em tela se reveste de um meio executivo para compelir o servidor a submeter-se ao exame médico oficial, com o fim de fazer vencer a sua resistência injustificada a cumprir determinação superior de qualquer autoridade competente. Uma vez que esta sanção assume natureza jurídica de elemento de força e de coerção dirigido a constranger e a subjugar o servidor recalcitrante à inspeção médica, despoja-se de caráter punitivo. Deste modo, tendo caráter apenas compulsivo e não de repressão punitiva, esta suspensão não é pena estatutária de natureza disciplinar.

Logo, por não ter natureza punitiva, a aplicação da suspensão prevista no § 1º do art. 130 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, prescinde de processo administrativo disciplinar e até mesmo de sindicância disciplinar instaurados por Chefe de Escor. Este entendimento ora esposado encontra amparo na doutrina de poucos autores que abordam o tema com alguma profundidade (já que a maioria se limita a tão somente reproduzir a literalidade do art. 130, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90).

#### *Orientação Coger nº 7*

*Regularmente instaurado o incidente de sanidade mental, a recusa injustificada para submeter-se à realização da perícia médica, após ser oportunizada a manifestação acerca dos motivos da contrariedade, enseja a aplicação, como mera medida coercitiva à margem do regime disciplinar, da sanção de suspensão de até quinze dias.*

*“Trata-se, por conseguinte, de punição disciplinar anômala, uma vez que o seu legítimo escopo não é propriamente punir, e sim coagir o servidor a submeter-se à inspeção médica determinada pela autoridade hierárquica competente, tanto assim que, uma vez atendida a determinação, cessam todos os efeitos da pena de suspensão imposta, o que significa que não deva sequer ser levada para registro nos assentamentos funcionais do servidor respectivo.*

*Em resumo, pode-se assentar que tal reprimenda, preordenando-se a constranger o servidor a submeter-se a essa providência de caráter médico, tem índole proeminentemente precautória, tal qual ocorre nas hipóteses das prisões do devedor alimentício e do depositário infiel. O mesmo ocorria em relação à prisão administrativa (que vigorou entre nós até o advento da carta Política de 1988), a qual, destinando-se a acautelar o patrimônio público, deveria ser relaxada tão logo fosse recomposto o erário.” José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pg. 381, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

*“Na eventual recusa a submeter-se a essa inspeção médica, a desobediência a esta ordem (que tem como fundamento averiguar o estado doentio do servidor,*

*capaz de causar dano - a ele próprio, ou à comunidade circundante, como no caso de moléstia infecto-contagiosa), cabe pena de suspensão de até 15 dias. Se durante o período de suspensão o servidor se apresenta à inspeção médica, cessa a aplicação da penalidade, a partir do cumprimento da ordem. Mas, se ultrapassado o prazo de 15 dias, o servidor, mesmo assim, não se apresentar à inspeção médica, terá para ele se encerrado o período punitivo, porém não poderá retornar ao trabalho, pelos mesmos motivos que deram causa ao afastamento. Caberá à autoridade registrar o término da penalidade, descontando-se as faltas ao trabalho que se seguirem, da sua remuneração. A sua ausência caracteriza a inassiduidade. Ademais, persistindo a situação, cabe ao dirigente registrar a repetição da desobediência e refazer a exigência do exame médico.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 282, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

*“Neste caso evidentemente não existirá processo contraditório, visto que de nada está sendo acusado o servidor; ocorre apenas que ele se nega a submeter-se a exame médico, o que a administração exige para deferir-lhe algum direito anteriormente previsto na L. 8.112, como licença ou readaptação, por exemplo. Ocorrendo a hipótese, recusando-se o servidor ao exame médico exigido na lei, ser-lhe-á simplesmente aplicada a penalidade.” Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis”, pg. 226, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

Não obstante, não é dado à autoridade que detém competência para sua imposição furtar-se ao dever de fundamentar sua decisão, sob pena de violar o princípio da motivação e de macular seu ato sancionatório com o não atendimento de um dos requisitos de validade de qualquer ato administrativo. Ademais, que não se confunda a desnecessidade de instauração de processo administrativo disciplinar e nem mesmo de sindicância disciplinar com absoluta discricionariedade e muito menos com arbitrariedade a favor da Administração.

Embora não se revista de todas as formalidades do processo administrativo disciplinar, requer-se mínima instrumentalidade no procedimento que pode redundar na aplicação da pena de suspensão em comento. O incidente deve transcorrer em um processo administrativo específico, protocolizado pela autoridade competente e instruído com os documentos que comprovem a conduta omissiva do servidor em não se submeter à perícia médica e no qual se oportunize ao faltoso o direito de se manifestar antes da decisão final.

Focando mais especificamente na hipótese de tal incidente ocorrer no transcurso de procedimento de índole correccional, se o servidor já estiver respondendo a processo administrativo disciplinar em cujo transcurso tenha se instaurado incidente de sanidade mental em que tenha se recusado a se submeter à perícia, nestes mesmos autos incidentais deve a autoridade instauradora oportunizar ao faltoso a prerrogativa de se manifestar e de apresentar justificativa para sua conduta omissiva. E, mesmo nas hipóteses menos comuns de se determinar a submissão à perícia médica ainda em fase de juízo de admissibilidade ou em fase de julgamento, deve ser formalizado um outro processo administrativo incidental, no qual se conceda ao servidor a oportunidade de se manifestar. Coletada a manifestação do faltoso no processo incidental, a autoridade instauradora pode solicitar a seu grupo de assessoramento a feitura de parecer, que, após analisar a justificativa apresentada pelo servidor, deve propor a aplicação da pena de suspensão por quinze dias ou propor o arquivamento do feito.

Retornando ao caminho comum, seja em transcurso de procedimento de índole correccional, seja em transcurso na unidade do faltoso ou na projeção de gestão de pessoas ou na área médico-assistencial, não acatando as justificativas apresentadas na manifestação do servidor, a autoridade (autoridade instauradora ou autoridade administrativa qualquer), faz publicar sua portaria de aplicação da suspensão.

Na verdade, o entendimento a que aqui se chega, no rigor da literalidade legal, não se limita apenas ao servidor objeto de algum procedimento correccional e que se recusa a se

submeter à perícia médica de interesse do processo disciplinar. O comando legal é genérico e aplica-se igualmente à hipótese de o servidor, em sua própria unidade, recusar-se a acatar a ordem de qualquer autoridade competente, seja na linha hierárquica, seja na projeção de gestão de pessoas ou mesmo da área médico-assistencial, para que se submeta à inspeção ou avaliação médica, de qualquer espécie, fim ou natureza. Se, por um lado, de forma tenuemente contrária à tese ora encampada, se argumentasse que a presença do dispositivo determinador da medida coercitiva no Capítulo legal referente ao regime disciplinar limitaria sua aplicabilidade aos casos de recusa de submissão à perícia médica de fins disciplinares, por outro lado, se apresenta com maior robustez o contra-argumento de que, em diversas outras passagens, o texto da Lei nº 8.112, de 11/12/90, regulando outros institutos estatutários, menciona a possibilidade ou a vinculação de servidor se submeter à perícia, inspeção ou avaliação médica oficial.

Seja a perícia médica a que o servidor injustificadamente se recusa a se submeter de interesse da matéria disciplinar, seja de interesse de qualquer outra área de atuação da Administração sobre seu corpo funcional, não cabe ao Chefe de Escor instaurar processo administrativo disciplinar ou sindicância disciplinar.

Por fim, para esclarecer a competência para a aplicação da mencionada medida coercitiva, faz-se necessário manter uma linha interpretativa coerente com tudo ao que acima se aduziu, mantendo harmonia sistemática com os comandos da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Ora, se acima se defendeu que a suspensão em tela não tem a natureza de pena inserida no regime disciplinar mas sim de um mero meio executivo de coerção ao dispor de qualquer autoridade, não estando abrangida pela matéria disciplinar, não há que se confundir a competência inespecífica para proceder a tal ato administrativo com a específica competência correccional, que o Regimento Interno e a Portaria Coger nº 14, de 30/01/14, associam com exclusividade aos Chefes de Escor e residualmente ao Corregedor. Portanto, de um lado, caso a submissão à perícia, avaliação ou inspeção tenha sido determinada pelo Chefe de Escor ou excepcionalmente pelo Corregedor em virtude de qualquer procedimento de índole correccional, recai sobre aquelas mesmas autoridades cuja ordem foi desatendida a competência para aplicar medida coercitiva de suspensão de quinze dias, com base no § 1º do art. 130 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Por outro lado, caso a submissão à perícia, avaliação ou inspeção tenha sido determinada por autoridade administrativa qualquer, na unidade do faltoso ou na projeção de gestão de pessoas ou na área médico-assistencial, recai sobre estas autoridades cuja ordem foi desatendida a competência a aplicação daquela medida coercitiva.

#### **4.10.2.5 - Penas Capitais (Demissão, Cassação de Aposentadoria ou de Disponibilidade e Destituição de Cargo em Comissão)**

Em princípio, a expressão “penas capitais” (ou “penas expulsivas”) refere-se à demissão, cassação de aposentadoria, cassação de disponibilidade e destituição de cargo em comissão, já se desconsiderando a destituição de função comissionada (função de confiança), conforme **4.10.2.1**.

A demissão, a cassação de aposentadoria e a cassação de disponibilidade têm as mesmas hipóteses de aplicação, variando apenas o estágio do vínculo estatutário do servidor detentor de cargo efetivo a figurar no respectivo polo passivo (servidor ativo para a primeira e servidor inativo para as duas demais). Estas penas são aplicadas nas violações das proibições constantes dos incisos IX a XVI do art. 117 e de todos os incisos do art. 132, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, sem comportar gradação.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:*

*I - crime contra a administração pública;*

*II - abandono de cargo;*

*III - inassiduidade habitual;*

*IV - improbidade administrativa;*

- V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;*  
*VI - insubordinação grave em serviço;*  
*VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;*  
*VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;*  
*IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;*  
*X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;*  
*XI - corrupção;*  
*XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;*  
*XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.*  
*(Nota: Art. 117. Ao servidor é proibido:*  
*IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;*  
*X - participar de gerência ou administração de empresa privada, sociedade civil, salvo a participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação do capital social, sendo-lhe vedado exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*  
*XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;*  
*XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;*  
*XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;*  
*XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;*  
*XV - proceder de forma desidiosa;*  
*XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;)*  
*Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.*  
*Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.*  
*Parágrafo único. Constatada a hipótese de que trata este artigo, a exoneração efetuada nos termos do art. 35 será convertida em destituição de cargo em comissão.*  
*(Nota: Art. 35. A exoneração de cargo em comissão e a dispensa de função de confiança dar-se-á: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*  
*I - a juízo da autoridade competente;*  
*II - a pedido do próprio servidor.)*

A demissão é a pena expulsiva aplicável ao servidor detentor de cargo efetivo que comete infração grave no exercício do cargo e que ainda se encontra na ativa quando da apuração e da apenação. É, portanto, o caso geral da aplicação de pena expulsiva.

Alguns fatos ensejadores de demissão estão descritos no próprio artigo 132, junto à previsão da pena, enquanto outros fatos estão descritos nos incisos IX a XVI do art. 117 e nos arts. 133, 138 e 139, todos da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Independentemente do fato ensejador, tem-se que todas as hipóteses de aplicação de demissão estão exaustivamente listadas no art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Com isto, mesmo nos casos de fatos enquadrados nos incisos IX a XVI do art. 117 ou nos arts. 133, 138 e 139 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, deve atentar a autoridade julgadora para a necessidade de embasar o ato de demissão nos incisos XIII, XII, II e III do art. 132 da norma (aqueles primeiros dispositivos apenas descrevem fatos, sendo necessária a capitulação nestes últimos para se aplicar a pena).

A inclusão da cassação de aposentadoria e da cassação de disponibilidade como penas estatutárias decorre do fato de o dever de apuração impor que o agente, já na inatividade remunerada, responda por atos cometidos na ativa, quando legalmente investido no cargo efetivo, em seu pleno exercício, não importando a sua condição à época em que transcorrer o processo. A aposentadoria e a disponibilidade são espécies de inatividade remunerada e, como tal, por óbvio, a incidência do regime disciplinar não se dá por atos praticados nesta condição de inativo mas sim por condutas cometidas ao tempo em que o servidor estava ativo e em pleno exercício do cargo, conforme já se abordou em **3.2.2.2.2.b**.

Compreenda-se que a inatividade, em suas duas espécies (aposentadoria e disponibilidade) é uma condição em que o agente mantém parte das vinculações estatutárias que mantinha com a Administração ao tempo em que estava em plena atividade no exercício do seu cargo efetivo. Se antes o servidor ativo mantinha vinculações laboral, pecuniária e previdenciária com a Lei nº 8.112, de 11/12/90, uma vez aposentado ou posto em disponibilidade já não mais se exige a dedicação laboral, preservando-se, não obstante, as vinculações estatutárias de natureza pecuniária e previdenciária, o que é suficiente para preservar-lhe a condição de servidor, já que ainda se submete àquela Lei (diferentemente do ex-servidor objeto de qualquer pena expulsiva ou exonerado, que não mais mantém nenhuma espécie de vinculação com o Estatuto), conforme já exposto em **3.2.2.2.2.a**.

Esclareça-se que a aposentadoria, como hipótese de vacância do cargo no inciso VII do art. 33 da Lei nº 8.112, de 1990 (por deixar vago o cargo outrora ocupado), é uma espécie de inatividade *a priori* definitiva, mantém a relação estatutária de servidor e é um benefício da seguridade social obtido em função de invalidez permanente ou do cumprimento de determinado parâmetro temporal (compulsoriamente ou a pedido), com jus ao recebimento do provento de aposentadoria, conforme estabelecem os incisos I, II e III do *caput* do art. 186, o art. 187, o *caput* e os §§ 1º e 2º do art. 188 e o *caput* do 189 da mesma Lei.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 33. A vacância do cargo público decorrerá de:  
VII - aposentadoria;*

*Art. 186. O servidor será aposentado:*

*I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, e proporcionais nos demais casos;*

*II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;*

*III - voluntariamente:*

*Art. 187. A aposentadoria compulsória será automática, e declarada por ato, com vigência a partir do dia imediato àquele em que o servidor atingir a idade-limite de permanência no serviço ativo.*

*Art. 188. A aposentadoria voluntária ou por invalidez vigorará a partir da data da publicação do respectivo ato.*

*§ 1º A aposentadoria por invalidez será precedida de licença para tratamento de saúde, por período não excedente a 24 (vinte e quatro) meses.*

*§ 2º Expirado o período de licença e não estando em condições de reassumir o cargo ou de ser readaptado, o servidor será aposentado.*

*Art. 189. O provento da aposentadoria será calculado com observância do disposto no § 3º do art. 41, e revisto na mesma data e proporção, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade.*

A Lei nº 8.112, de 11/12/90, não impôs restrição para a natureza, conforme os três incisos acima reproduzidos do art. 186, da aposentadoria a ser cassada, podendo, então, a pena ser aplicada inclusive em aposentado por invalidez. Tampouco importa, para a posterior responsabilização que, à época do fato, o servidor já tenha tempo para se aposentar voluntariamente. A perda da aposentadoria de servidor não impede que o apenado leve o tempo de contribuição previdenciária para o regime geral de aposentadoria. Da mesma forma, se a aposentadoria se deu por invalidez, não prejudica de se alegar a mesma cláusula no

regime geral. Por fim, embora por vezes seja alegada a inconstitucionalidade da pena, o certo é que, até a presente data, o foro competente para declará-la - qual seja, o STF - nunca o fez, sendo então o dispositivo expulsivo autoexecutável.

*STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.557: “Ementa: (...) III.- O Supremo Tribunal Federal assentou que não é inconstitucional a penalidade de cassação de aposentadoria: Lei 8.112/90, art. 127, IV: MS 21.948/RJ, Relator Ministro Néri da Silveira, Plenário, 29.9.94, “D.J.” de 07.12.95.”*

*STF, Mandado de Segurança nº 21.948: “Ementa: 4. Não pode prosperar, aqui, contra a demissão, a alegação de possuir o servidor mais de trinta e sete anos de serviço público. A demissão, no caso, decorre da apuração de ilícito disciplinar perpetrado pelo funcionário público, no exercício de suas funções. Não é, em consequência, invocável o fato de já possuir tempo de serviço público suficiente à aposentadoria. A lei prevê, inclusive, a pena de cassação da aposentadoria, aplicável ao servidor já inativo, se resultar apurado que praticou ilícito disciplinar grave, em atividade.”*

*STF, Mandado de Segurança nº 23.299: “Ementa: I. Cassação de aposentadoria pela prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão (L. 8.112/90, art. 134): constitucionalidade, sendo irrelevante que não a preveja a Constituição e improcedente a alegação de ofensa do ato jurídico perfeito.”*

*Idem: STF, Mandado de Segurança nº 21.948 e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.557; e STJ, Mandado de Segurança nº 7.795*

*STF, Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 23.219: “Ementa: 2. O fato do servidor público ter atendido aos requisitos para a concessão de aposentadoria não impede a instauração de processo administrativo para apurar a existência de falta eventualmente praticada no exercício do cargo. 4. Não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário, o Tribunal tem confirmado a aplicabilidade da pena de cassação de aposentadoria.”*

*“(…) Em outras palavras, significa dizer que a inatividade do servidor não é causa de extinção da responsabilidade funcional por atos praticados na atividade.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, Editora Forense, pg. 82, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“Devemos anotar que a cassação da aposentadoria pode se dar ‘por via reflexa’, quando do reconhecimento dos efeitos extrapenais da sentença penal condenatória, como se denota do excerto de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: ‘Legítima é a cassação de aposentadoria de servidor, decorrente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória pela prática de crime cometido na atividade, que lhe impôs expressamente, como efeito extrapenal específico da condenação, a perda do cargo público’. (RMS 13.934/SP, Ministro Felix Fischer, DJ 12/8/2003). (MS 14893/DF)”, Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, pg. 123, Editora Juruá, 1ª edição, 2013*

Já a disponibilidade instituído já mencionado em **3.2.4.2.1**, é aplicada ao servidor estável nos casos de reorganização ou extinção de seu órgão, de extinção de seu cargo (que depende de lei) ou de declaração de sua desnecessidade (possível por mero ato administrativo, como poderia ser *a priori* um decreto presidencial, motivado por critérios de oportunidade e conveniência), até que ele seja aproveitado em outro cargo de atribuições compatíveis, percebendo, neste período de inatividade, sua remuneração, em valor proporcional ao seu tempo de serviço. Mais do que “aplicada”, pode-se conceber que a disponibilidade é “concedida” ao servidor estável, como proteção de seu vínculo estatutário definitivo, uma vez que, se por um lado, o interesse público pode determinar a extinção ou a declaração de desnecessidade de seu cargo, por outro lado, o instituto da estabilidade não lhe é retirado

(tanto que, de outro giro, a extinção de cargo ocupado por servidor não estável ou a declaração de sua desnecessidade acarreta a exoneração de ofício do agente).

A disponibilidade, diferentemente da aposentadoria, não é uma espécie de vacância no art. 33 da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (já que, extinto ou declarado desnecessário o cargo outrora ocupado, não se fala em este ficar vago), mas sim uma inatividade desde sempre temporária, já que o servidor estável inativo deve ser repostado em atividade assim que possível em outro cargo, por meio do instituto do aproveitamento, previsto nos arts. 30 e 31 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a fim de não se perpetuar a situação onerosa aos cofres públicos e ao próprio agente. É de se destacar a inafastável transitoriedade da situação, em que o instituto da disponibilidade figura como a ferramenta a ser utilizada pela Administração para preservar seus servidores estáveis atingidos por remanejamentos da estrutura interna administrativa (de órgãos, de cargos e de servidores). Na disponibilidade, a exemplo do que também ocorre na aposentadoria, o inativo mantém sua condição de servidor, mas diferindo desta segunda espécie de inatividade, continua a contribuir para o regime previdenciário próprio e específico e ainda recebe a remuneração proporcional (embora o ordenamento mencione “remuneração”, esta pecúnia, advinda de uma espécie de inatividade tem sim a natureza de provento), tendo sido todos os atos administrativos de que aqui se trata (declaração de desnecessidade de cargos e colocação de servidores estáveis em disponibilidade) delegados pelo Presidente da República para os respectivos Ministros de Estado, conforme estabelecem o § 1º do art. 28 e os §§ 3º e 4º do art. 37, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e regulamenta o Decreto nº 3.151, de 23 de agosto de 1999, destacadamente em seus arts. 5º, 7º, 9º e 10. Antes e acima de todo este ordenamento legal e infralegal, diga-se que os institutos da disponibilidade e do aproveitamento são previstos no § 3º do art. 41 da CF, que dispõe sobre os servidores efetivos estáveis.

*CF - Art. 41*

*§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo. (Redação dada pela Emenda Constitucional - EC nº 19, de 4 de junho de 1998)*

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 28. A reintegração é a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens.*

*§ 1º Na hipótese de o cargo ter sido extinto, o servidor ficará em disponibilidade, observado o disposto nos arts. 30 e 31.*

*§ 2º Encontrando-se provido o cargo, o seu eventual ocupante será reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização ou aproveitado em outro cargo, ou, ainda, posto em disponibilidade.*

*Art. 30. O retorno à atividade de servidor em disponibilidade far-se-á mediante aproveitamento obrigatório em cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com o anteriormente ocupado.*

*Art. 31. O órgão Central do Sistema de Pessoal Civil determinará o imediato aproveitamento de servidor em disponibilidade em vaga que vier a ocorrer nos órgãos ou entidades da administração pública federal.*

*Parágrafo único. Na hipótese prevista no § 3º do art. 37, o servidor posto em disponibilidade poderá ser mantido sob responsabilidade do órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - SIPEC, até o seu adequado aproveitamento em outro órgão ou entidade. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 27 de dezembro de 1997)*

*Art. 37. Redistribuição é o deslocamento de cargo de provimento efetivo, ocupado ou vago no âmbito do quadro geral de pessoal, para outro órgão ou entidade do mesmo Poder, com prévia apreciação do órgão central do SIPEC, observados os seguintes preceitos: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997).*

*§ 3º Nos casos de reorganização ou extinção de órgão ou entidade, extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade no órgão ou entidade, o servidor*

*estável que não for redistribuído será colocado em disponibilidade, até seu aproveitamento na forma dos arts. 30 e 31. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*§ 4º O servidor que não for redistribuído ou colocado em disponibilidade poderá ser mantido sob responsabilidade do órgão central do SIPEC, e ter exercício provisório, em outro órgão ou entidade, até seu adequado aproveitamento. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*Decreto nº 3.151, de 1999 - Art. 5º Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável nele investido será imediatamente posto em disponibilidade, com remuneração proporcional ao respectivo tempo de serviço.*

*Art. 7º O servidor em disponibilidade contribuirá para o regime próprio de previdência do servidor público federal, e o tempo de contribuição, correspondente ao período em que permanecer em disponibilidade, será contado para efeito de aposentadoria e nova disponibilidade.*

*Art. 9º Presente a necessidade da administração e observados os critérios a serem definidos pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o aproveitamento de servidor posto em disponibilidade dar-se-á em cargo de atribuições, vencimentos, nível de escolaridade, especialidade ou habilitação profissional compatíveis com o anteriormente por ele ocupado.*

*Art. 10. Fica delegada competência aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União para a prática dos atos de declaração de desnecessidade de cargos públicos e de colocação dos respectivos ocupantes em disponibilidade remunerada.*

*Parágrafo único. A delegação prevista neste artigo não admite subdelegação.*

Importante destacar que as penas de cassação de aposentadoria e de cassação de disponibilidade se aplicam exclusivamente a inativos que são ocupantes de cargos efetivos. Na literalidade cristalina do § 13 do art. 40 da CF, e também de acordo com o § 1º do art. 183 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, os servidores em gênero ocupantes apenas de cargo em comissão não fazem jus à aposentadoria estatutária, sendo sua inatividade regida pelo regime geral de previdência social, não estando, portanto, submetidos à pena de cassação de aposentadoria. E, conforme já dito acima, a disponibilidade também é um instituto ao alcance apenas de servidores detentores de cargos efetivos, e mais especificamente estáveis, nos termos dos já reproduzidos art. 28 e §§ 3º e 4º do art. 37, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

*CF - Art. 40.*

*§ 13 Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social. (Incluído pela Emenda Constitucional - EC nº 20, de 15 de dezembro de 1998)*

*Lei nº 8.112, de 11/12/90 - Art. 183.*

*§ 1º O servidor ocupante de cargo em comissão que não seja, simultaneamente, ocupante de cargo ou emprego efetivo na administração pública direta, autárquica e fundacional, não terá direito aos benefícios do Plano de Seguridade Social, com exceção da assistência à saúde. (Redação dada pela Lei nº 10.667, de 14 de maio de 2003)*

Em caso de cassação de aposentadoria ou de disponibilidade, o ato punitivo deve combinar o art. 134 com o enquadramento do fato cometido na ativa (incisos IX a XVI do art. 117 ou I a XIII do art. 132, todos da Lei nº 8.112, de 11/12/90).

O servidor que já foi investido em cargo efetivo e se aposentou pode reverter a sua aposentadoria, por meio do instituto da reversão, como espécie de provimento, já mencionado em **3.2.4.2.1** e em **4.10.2**, conforme o art. 25 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e o Decreto nº

3.644, de 30/10/00 (nas hipóteses de aposentadoria por invalidez em que a junta médica afirma ter cessado o motivo, ou no interesse da Administração, desde que a aposentadoria tenha sido voluntária e ocorrido há menos de cinco anos e o inativo, já estável à época, tenha solicitado a reversão), para aquele mesmo cargo originalmente ocupado ou para o cargo decorrente de sua transformação. Com a reversão, aquele agente até então inativo sai da inatividade, volta a fazer jus a todos direitos, garantias e vantagens do servidor ativo (inclusive passando a fazer jus à remuneração do cargo efetivo e deixando de receber proventos de aposentadoria), sujeita-se a integralmente a todos os encargos e atribuições legais do cargo para o qual reverteu e, deste modo, caso cometa irregularidades, torna-se novamente passível de qualquer pena estatutária, inclusive de demissão sobre este provimento efetivo, restando-lhe apenas o tempo de contribuição para reingressar no regime previdenciário comum. Há ainda uma outra forma de o inativo retornar à atividade, assumindo cargo em comissão. Em razão da diferença da natureza deste novo provimento (comissionado) em comparação ao novo provimento da hipótese acima (também efetivo), caso este agente incorra em ilicitude, o objetivo da matéria disciplinar, que é de apurar atos ilícitos cometidos no exercício do cargo ou a ele associados, se manifesta de forma diferente. Nesta segunda hipótese de o inativo voltar a ser servidor ativo na acepção dos arts. 2º e 3º do Estatuto apenas por ter sido nomeado para ocupar um cargo em comissão, se, neste novo provimento, vier a cometer irregularidade média ou grave (punível com suspensão ou com demissão se efetivo fosse), cabe-lhe tão somente a pena de destituição daquele cargo comissionado, não sendo-lhe aplicável nem pena de demissão e tampouco de cassação de aposentadoria.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 25. Reversão é o retorno à atividade de servidor aposentado: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*I - por invalidez, quando junta médica oficial declarar insubsistentes os motivos da aposentadoria; ou (Inciso incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*II - no interesse da administração, desde que: (Inciso incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*a) tenha solicitado a reversão; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*b) a aposentadoria tenha sido voluntária; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*c) estável quando na atividade; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*d) a aposentadoria tenha ocorrido nos cinco anos anteriores à solicitação; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*e) haja cargo vago. (Incluída pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*§ 1º A reversão far-se-á no mesmo cargo ou no cargo resultante de sua transformação. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*Art. 27. Não poderá reverter o aposentado que já tiver completado 70 (setenta) anos de idade.*

*Decreto nº 3.644, de 30/10/00 - Art. 2º A reversão dar-se-á:*

*I - quando cessada a invalidez, por declaração de junta médica oficial, que torne insubsistentes os motivos da aposentadoria; ou*

*II - no interesse da administração, desde que seja certificada pelo órgão ou entidade a aptidão física e mental do servidor para o exercício das atribuições inerentes ao cargo.*

*§ 2º A reversão de que trata o inciso II deste artigo somente poderá ocorrer mediante solicitação do servidor e desde que:*

*a) a aposentadoria tenha sido voluntária e ocorrida nos cinco anos anteriores à solicitação;*

*b) estável quando na atividade; e*

*c) haja cargo vago.*

*Art. 4º Compete ao Ministro de Estado ou à autoridade por ele delegada:*

*I - publicar previamente, no Diário Oficial da União, o quantitativo das vagas*

*dos cargos que se destinam à reversão, no interesse da administração;*  
*II - expedir o ato de reversão, que deverá ser publicado no Diário Oficial da União; e*

*III - baixar instruções complementares relativas à execução da reversão, de acordo com a especificidade de cada órgão ou entidade.*

*Art. 8º São assegurados ao servidor que reverter à atividade os mesmos direitos, garantias, vantagens e deveres aplicáveis aos servidores em atividade.*

*Art. 9º O servidor que reverter à atividade, no interesse da administração, somente terá nova aposentadoria com os proventos calculados com base nas regras atuais, se permanecer em atividade por, no mínimo, cinco anos.*

*“(...) pode o servidor, que está aposentado ou posto em disponibilidade num cargo, sofrer as sanções do art. 134 por evento praticado em função de outro cargo, efetivo ou em comissão?*

*Seriam as seguintes, algumas das hipóteses:*

*I - servidor com acumulação constitucionalmente autorizada, aposenta-se de um cargo e, continuando no outro, comete, no exercício deste, um deslize capaz de ser demitido. Não será possível aplicar a sanção do art. 134, pois não há relação entre o antigo vínculo e o fato punível. Seria estender a mesma punição, ou punição equivalente, a outro vínculo, o que contraria o Direito;*

*II - servidor já aposentado passa a exercer cargo em comissão, de livre nomeação, sem mais ser ocupante de cargo efetivo. Ao proceder irregularmente neste, poderá ter sua penalidade aplicada na forma do art. 135 seguinte, não podendo ser utilizada a disposição contida neste artigo [art. 134].” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 301, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Na Secretaria da Receita Federal do Brasil, mediante competência regimental atribuída pelo Ministro de Estado da Fazenda, compete ao Secretário da Receita Federal do Brasil reverter servidor à atividade e definir sua nova lotação, nos termos do inciso XXVIII do art. 280 do Regimento Interno.

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 280. Ao Secretário da Receita Federal do Brasil incumbe*

*XXVIII - expedir atos de nomeação para cargo efetivo, promoção, progressão funcional, remoção, exercício, vacância, readaptação, reversão e recondução;*

De acordo com a imediata literalidade do art. 135 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a pena de destituição de cargo em comissão somente é aplicada ao servidor que ocupa apenas o cargo comissionado (ou seja, que não detém cargo efetivo). Uma vez que esta espécie de servidor não faz jus ao regime previdenciário estatutário, além de não ser sujeito à pena de cassação de aposentadoria, o fato de sofrer tal pena não o impede de levar o tempo de contribuição previdenciária para o regime geral de aposentadoria. Só que, por expressa vontade do legislador, no art. 135 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a aplicação da pena expulsiva deste servidor sem vínculo efetivo tem um maior alcance que a aplicação da pena expulsiva do servidor efetivo. A pena de destituição de cargo em comissão abarca não só as infrações que submeteriam o ocupante de cargo efetivo à pena de demissão mas também as infrações que o submeteriam à pena de suspensão.

E uma vez que a pena de suspensão contempla diferentes motivações (aplicação originária ou aplicação, seja por reincidência, seja por agravamento, em hipóteses que *a priori* seriam puníveis com advertência), tem-se que a exata compreensão do dispositivo legal requer maior detalhamento da expressão “infração sujeita à pena de suspensão”. De imediato, caso o servidor comissionado tenha cometido fato enquadrável nos incisos XVII ou XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para os quais se prevê originariamente a pena de suspensão, conforme já se expôs em **4.10.2.4.1**, de forma inequívoca, sobre ele recairá o mandamento do art. 135 da mesma Lei, impondo-lhe a pena expulsiva de destituição do cargo em comissão.

Mas não se esgotam aí as hipóteses de aplicação em comento. Some-se que, à luz do

que foi exposto em **4.10.2.4.2**, deve a comissão atentar para a possibilidade de o servidor comissionado já ter sido apenado com advertência em prazo inferior a três anos do cometimento de nova infração também merecedora originariamente de advertência, para a qual, obrigatoriamente, se aplicaria a pena de suspensão, conforme determina o art. 130 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. E tem-se ainda, por fim, de acordo com o que se aduziu em **4.10.2.4.3**, que cabe à comissão aquilatar se a infração cometida pelo servidor comissionado, embora originariamente seja punível com advertência, à luz dos parâmetros do art. 128, em conjunto com a parte final do art. 129, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, justifica a imposição de penalidade mais grave, ou seja, suspensão. Em qualquer das duas hipóteses acima, deve a comissão indicar que, por se tratar de servidor sem vínculo, a pena que efetivamente será sugerida é a de destituição do cargo em comissão, conforme o art. 135 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, determina.

Desta forma, a lista de enquadramentos com que se pode aplicar ao servidor apenas comissionado a destituição de cargo em comissão, além das hipóteses de aplicação de demissão de servidor efetivo (art. 117, IX a XVI, e art. 132, em todos seus incisos, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90), é ainda acrescida por todas as hipóteses legais de aplicação de suspensão, seja originariamente (art. 117, XVII e XVIII, e art. 130, § 1º, ambos da mencionada Lei), seja por agravamento da advertência (art. 116, em todos os seus incisos, e art. 117, I a VIII e XIX, ambos da mesma Lei). Em qualquer destes casos, deve o ato punitivo combinar o mencionado art. 135 do Estatuto com algum dos enquadramentos acima listados.

E apesar de a sindicância disciplinar ser rito hábil para aplicar pena de suspensão de até trinta dias, por força do art. 146 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, somente a suspensão, qualquer que fosse o seu quantum, concluída cabível no curso de PAD pode redundar na pena de destituição do cargo em comissão.

*“Finalmente, outro ponto que merece atenção especial é a hipótese em que a comissão sindicante propõe penalidade de suspensão para servidores públicos ocupantes apenas de cargo em comissão. Nota-se do art. 135 da Lei nº 8.112/90, que o servidor sem vínculo efetivo pode ser destituído do cargo em comissão em razão de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão. Por outro lado, extrai-se da leitura do art. 146 da Lei nº 8.112/90, que nos casos de aplicação das penalidades de suspensão superior a 30 dias, de demissão, de cassação de aposentaria ou disponibilidade, ou de destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar. Dessa forma, pode-se concluir que a sindicância não é meio hábil para se propor destituição de cargo em comissão, mesmo se a infração for sujeita, originariamente, à penalidade de suspensão inferior a 30 dias. Isso porque, a própria lei já exige o processo administrativo disciplinar em sentido estrito para a imposição da penalidade de destituição de cargo em comissão, independentemente de a infração ser punível com suspensão ou demissão.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 86 e 87, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Pelo exposto, para o servidor detentor apenas de cargo em comissão e que comete irregularidade grave, a quebra da relação funcional com a Administração se dá simplesmente com a destituição daquele cargo comissionado. Mas no caso de servidor que detém cargo efetivo e também ocupa cargo em comissão (ou ainda função comissionada) e que comete falta grave, não se aplica o art. 135 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para apenação expulsiva, mas sim aplica-se a pena de demissão, nas hipóteses do art. 132 da mesma Lei.

Neste caso, a relação comissionada (ou de confiança) pode ser mantida, a exclusivo critério discricionário da autoridade que nomeou, bem como pode ser por ela mesma rompida a qualquer momento - desde o recebimento da representação ou denúncia, ou durante o inquérito administrativo ou ainda somente após o julgamento demissório -, por mero ato

gerencial de gestão de pessoal, em nada se confundindo com a responsabilização disciplinar, que recai exclusivamente sobre o cargo efetivo. Conforme já aduzido em **4.10.2**, a hipótese em que o poder correccional poderia vir a se limitar à relação de confiança para servidor detentor de cargo efetivo talvez estivesse contida se a Lei nº 8.112, de 11/12/90, tivesse regulado a aplicação da pena prevista no art. 127, VI, de destituição de função comissionada, que, todavia, restou sem hipótese de aplicação definida na Lei. Não há, portanto, hipótese de aplicação do poder correccional expulsivo apenas sobre a relação de confiança no caso de servidor detentor de cargo efetivo sem quebrar a relação funcional efetiva, ou seja, sem se traduzir em demissão do serviço público federal.

E este entendimento não se altera mesmo se o servidor comete a infração grave no exercício de cargo em comissão (ou função de confiança) em órgão distinto daquele em que mantém seu cargo efetivo mas inserido em mesmo ente federado (União, Estado, Distrito Federal ou Município). Neste caso, a única diferença em relação à hipótese de as duas vinculações se darem no mesmo órgão é que, conforme já aduzido em **3.2.2.1.2** e **3.2.4.2.2**, o processo disciplinar é instaurado no órgão em que se deu o fato irregular, ou seja, onde o servidor exerce o cargo em comissão (ou a função de confiança), devendo, ao final, o julgamento (que inclui a pena) migrar para a autoridade competente do órgão em que se situa o cargo efetivo do servidor.

De acordo com o parágrafo único do art. 135, combinado com o art. 35, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se o servidor ocupante apenas do cargo em comissão tiver sido exonerado deste cargo (seja por motivada determinação da autoridade nomeante, seja a pedido) antes de ser processado ou, de forma mais excepcional, já no curso do PAD e, posteriormente, vier a ser responsabilizado administrativamente com algum dos enquadramentos acima descritos - de suspensão ou de demissão, a exoneração (não punitiva) é convertida na pena de destituição de cargo em comissão. Assim já se manifestou a Advocacia-Geral da União, no Parecer AGU nº GQ-35, vinculante:

*“22. (...) a) é compulsória a apuração das irregularidades atribuídas aos servidores em geral, inclusive as atribuídas aos titulares somente de cargos em comissão, indiciando-os e proporcionando ampla defesa aos ocupantes dos últimos, mesmo que tenham sido exonerados, pois a lei admite a conversão dessa desvinculação em destituição de cargo em comissão (...).”*

Todavia, para o caso de servidor ocupante de cargo efetivo, não há similar previsão na Lei nº 8.112, de 11/12/90, para converter em demissão a exoneração, operada de ofício ou a pedido antes de vir a ser processado disciplinarmente (a única ressalva é da previsão legal de conversão, em demissão, da exoneração de ofício, de servidor efetivo, em razão da não satisfação das condições do estágio probatório quando o agente também responde disciplinarmente, conforme o parágrafo único do art. 172, combinado com o inciso I do parágrafo do art. 34, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90). Fora esta hipótese residual, por inequívoca atenção à garantia constitucional de que não há pena sem previsão legal (art. 5º, XXXIX da CF), não há que se cogitar, à luz do Direito positivado, de qualquer tentativa de estender aquele comando do parágrafo único do art. 135 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para o servidor efetivo estável previamente exonerado. *A priori*, em termos estritamente legais, o remédio jurídico imediatamente encontrado no ordenamento é aquele prescrito no *caput* do art. 172 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que veda a exoneração a pedido no curso do PAD. A citada Lei prevê apenas, no *caput* do art. 172, que quando o agente pleiteia sua exoneração já no curso do processo disciplinar, tal medida deve ser sobrestada, até que se tenha a decisão. Não obstante, conforme já exposto em **3.2.2.2.2.d**, a impossibilidade de executar a eventual pena não inibe a instauração, a persecução, a publicação formal da portaria punitiva, o registro do fato nos assentamentos e a aplicação de medidas cautelares ou efeitos acessórios porventura cabíveis (destacadamente a vedação temporária ou definitiva de retorno a cargo e/ou emprego públicos federais), nos termos dos arts. 136 e 137 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 34. A exoneração de cargo efetivo dar-se-á a*

*pedido do servidor, ou de ofício.*

*Parágrafo único. A exoneração de ofício dar-se-á:*

*I - quando não satisfeitas as condições do estágio probatório;*

*II - quando, tendo tomado posse, o servidor não entrar em exercício no prazo estabelecido.*

*Art. 35. A exoneração de cargo em comissão e a dispensa de função de confiança dar-se-á: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*I - a juízo da autoridade competente;*

*II - a pedido do próprio servidor.*

*Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.*

*Parágrafo único. Constatada a hipótese de que trata este artigo, a exoneração efetuada nos termos do art. 35 será convertida em destituição de cargo em comissão.*

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

*Parágrafo único. Ocorrida a exoneração de que trata o parágrafo único, inciso I, do art. 34, o ato será convertido em demissão, se for o caso.*

*“(...) é possível [transformar exoneração em demissão] quanto ao ocupante de cargo em comissão que não seja titular de cargo efetivo, mas não ao ex-servidor que ‘antes mesmo da abertura de inquérito administrativo, já fora exonerado a pedido’ (Parecer Colepe/Dasp, Proc. nº 763/70, apr. 28.04.70). ‘Impossível tornar-se sem efeito a exoneração regular de funcionário para aplicar-lhe a pena de demissão’ (Parecer Colepe/Dasp nº 586/70, apr. 28.04.70).” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pgs. 285 e 286, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Não obstante a ausência de expresso comando legal que permita converter em demissão a exoneração previamente aplicada a servidor efetivo, cita-se, a mero título de referência, que a jurisprudência sinaliza favoravelmente à extensão da conversão de exoneração de servidor comissionado em destituição da função comissionada prevista no parágrafo único do art. 135 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

*STJ, recurso Especial nº 1.186.908: “Ementa: 1. Hipótese em que a recorrente, Analista Tributária da Secretaria da Receita Federal do Brasil, encontra-se respondendo a Processo Administrativo Disciplinar, em razão de suposto envolvimento com as irregularidades investigadas pela “Operação Têmis”, deflagrada pela Polícia Federal em conjunto com o Ministério Público Federal no ano de 2007. 2. Cinge-se a controvérsia à possibilidade de deferir pedido de exoneração de servidor público quando em curso processo administrativo disciplinar. 3. Ainda que a finalidade específica de aplicação de penalidade possa resultar prejudicada pelo afastamento voluntário do servidor (pedido de exoneração), restam outros fins a serem alcançados pela investigação na esfera administrativa, qual seja, a possibilidade de conversão da exoneração em demissão por interesse público, impossibilitando a impetrante de nova investidura em cargo público federal pelo prazo de cinco anos, nos moldes do art. 137 da Lei n. 8.112/90.”*

Na prática, tem-se que, dentre as penas expulsivas, as mais comumente aplicadas são as de demissão e de cassação de aposentadoria (a destituição de cargo em comissão somente é aplicável em órgãos com o hábito de se prover tais cargos com pessoas estranhas ao quadro efetivo e a cassação de disponibilidade somente se aplica ao caso específico de servidor estável colocado em disponibilidade, instituto que não é praxe na RFB, podendo-se dispensar, de forma geral, suas citações no restante deste texto). E como a demissão e a cassação de aposentadoria têm as mesmas hipóteses de aplicação, de forma mais sintética neste texto,

pode-se usar o termo “demissão” como representativo de tudo o que se aplica às penas capitais.

#### ***4.10.2.5.1 - Para Enquadramentos Graves, Impossibilidade de Atenuação das Penas Expulsivas***

Diante da gravidade da pena capital, o enquadramento nas irregularidades acima requer a adequação entre o fato configurado e o texto legal e também exige que a conduta tenha sido dolosa (com exceção da desídia, hipótese de demissão culposa), guardando então certa analogia com os requisitos de tipificação penal. Conforme já abordado em **4.7.4.4.1**, não se aplica para fim punitivo a hipótese de demissão por improbidade administrativa culposa, em razão de ato que cause prejuízo ao erário (embora prevista no *caput* e no inciso X do art. 10 da Lei nº 8.429, de 02/06/92).

*“Como já noticiado, os ilícitos supracitados [art. 132, I a XII e art. 117, IX a XVI da Lei nº 8.112, de 11/12/90] pressupõem, em regra, a responsabilidade subjetiva dolosa, quer dizer, o agente transgressor deve ter agido com intenção ou, ao menos, ter assumido os riscos do resultado, excepcionando-se o ilícito previsto no inciso XV do art. 117 da Lei nº 8.112/90 (“proceder de forma desidiosa”), que pressupõe responsabilidade subjetiva culposa.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 363, 2013, disponível em [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual\\_PAD.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual_PAD.pdf), acesso em 07/08/13*

Uma vez configurado o cometimento de alguma destas hipóteses previstas no art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a autoridade julgadora não dispõe de margem de discricionariedade para abrandar a pena. As penas de demissão e de cassação de aposentadoria ou de disponibilidade não se comunicam com advertência e suspensão, dentre as quais até cabe a aplicação do princípio da proporcionalidade, ponderando-se todas as condicionantes para se julgar qual das duas penas é mais justa. Se por um lado nenhum ilícito ensejador de alguma daquelas duas penas mais brandas pode ser punido com demissão ou cassações de aposentadoria ou de disponibilidade, por outro lado nenhum ilícito ensejador destas punições graves pode ter a pena abrandada, independentemente dos parâmetros do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90 (natureza e gravidade da infração, danos dela decorrentes, circunstâncias agravantes ou atenuantes e antecedentes funcionais). Conforme já mencionado em **4.10.2.1** (a cuja leitura se remete), embora não se recomende mencionar no julgamento, conta-se com manifestação neste sentido da Advocacia-Geral da União, no Parecer AGU nº GQ-177, vinculante:

*“Ementa: Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato. (...)*

*10. (...) Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, arts. 132 e 134, cominam a aplicação da pena de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, esta medida se impõe sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa (...) para omitir-se na apenação.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 12.790: “Ementa: 4. Não obstante os bons antecedentes funcionais, os autos revelam que o impetrante, ciente de que não poderia exercer a gerência ou administração de empresa privada, constituiu em nome de irmãos a empresa privada, os quais lhes outorgaram procuração com amplos poderes. 5. Do cotejo entre antecedentes e ilícitos administrativos praticados, não há como se afastar a sanção imposta para que, observando-se o princípio da proporcionalidade, fosse-lhe aplicada penalidade mais branda.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 13.340: “Ementa: 7. A sanção punitiva em causa decorreu de atividade administrativa do Poder Público que respeitou, com estrita fidelidade, as prescrições relativas à exigência de regularidade formal do procedimento disciplinar e à observância de todos os postulados constitucionais aplicáveis a espécie, mormente o da proporcionalidade e da razoabilidade, vez que a conduta apurada é grave e possui a demissão como sanção disciplinar a ela cominada (art. 132, II da Lei 8.112/90).”*

*Idem: STJ, Mandado de Segurança nº 13.622*

*STJ, Mandado de Segurança nº 13.169: “Ementa: 5. Não viola o dever de proporcionalidade o ato disciplinar que, levando em conta a gravidade e repercussão da falta funcional, impõe a penalidade de demissão previamente prevista na norma legal.”*

*Idem: STJ, Mandado de Segurança nº 12.689*

*“Entretanto, para os casos em que se configurarem as hipóteses previstas no art. 132 da Lei nº 8.112/90, o entendimento majoritário aponta no sentido da inadequação da aplicação do princípio da proporcionalidade para os casos de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, considerando a inexistência de comunicação entre as penas capitais e as penas de advertência e suspensão.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 375, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

*“A solução para evitar injustiças é, ou não abrir o processo - se for possível sustentar a inexistência do ilícito - ou não enquadrar o servidor em uma das hipóteses do art. 132, mas em outro dispositivo legal cuja consequência seja uma pena mais branda. Isto é, para que um servidor não seja demitido a solução não é atenuar sua pena, mas sim, se for possível, enquadrar sua conduta num dispositivo da Lei 8.112/90 que não gere demissão, caso contrário não haverá discricionariedade para atenuar a pena.*

*Assim, o princípio da proporcionalidade só pode ser utilizado para evitar a pena de demissão se ele não for invocado para atenuar a pena, mas para mudar o enquadramento para um tipo legal que não gere demissão.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 137, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

*“30) Não pode a autoridade julgadora, sob pretexto de incidência dos princípios da proporcionalidade, da individualização da pena ou da insignificância, enquadrar a conduta do acusado em tipo disciplinar passível do ato vinculado de demissão, mas aplicar, paradoxalmente, penalidade branda, devendo, nessas hipóteses, retificar os fatos, de forma que haja harmonia entre a infração efetivamente cometida e a correspondente penalidade instituída ou conforme ao estatuto disciplinar de regência.*

*31) Ainda que favoráveis os parâmetros do art. 128, da Lei federal nº 8.112/1990, não ofende os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena a imposição de penalidade demissória ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, em face da gravidade da conduta perpetrada pelo servidor, mormente quando existe prejuízo ao erário ou proveito ilícito para o transgressor ou para terceiro em razão da falta.” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pg. 1054, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/2.

*Nota Técnica Coger nº 2005/2: “6. (...) Ou seja, uma vez configurada hipótese de aplicação de penalidade de demissão, não há previsão legal para que a autoridade julgadora abrande para suspensão ou advertência, em que pesem todos os atenuantes que o servidor possa ter para o fato. (...)”*

*7. Também, uma vez configurada hipótese de aplicação de advertência ou de suspensão, não há previsão legal para que se onere para penalidade de demissão, em que pesem todos os agravantes que o servidor possa ter para o fato. Da mesma forma, não se pode arquivar processo em que se configurou ilícito punível, ainda que com advertência, e não cabe aplicar-se advertência nas hipóteses de apenação originária com suspensão (art. 117, incisos XVII e XVIII, da Lei nº 8.112, de 1990). (...)"*

#### **4.10.2.5.2 - Aplicação de Segunda Penalidade Expulsiva a Ex-Servidor Já Punido com Expulsão**

Uma vez que prevalece o interesse público de apurar o fato e não necessariamente de punir, pode novamente ser processado um ex-servidor já punido com pena capital de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade ou de destituição do cargo em comissão em processo disciplinar.

Aplica-se aqui a mesma base principiológica defendida em **3.2.2.2.2.c** (a cuja leitura se remete, inclusive da transcrição do Parecer AGU nº GM-1, vinculante, do Enunciado CGU/CCC nº 2, de 4 de maio de 2011, e da manifestação jurisprudencial lá mencionada) e reiterada em **4.10.2**, quando se justificou a instauração da instância disciplinar mesmo que o acusado seja ex-servidor, já apenado em outro processo com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade ou destituição do cargo em comissão. Ao final deste segundo apuratório, tendo-se novamente concluído por grave responsabilização, sem ser possível aplicar de forma concreta a correspondente pena expulsiva (no caso de o ex-servidor não ter obtido reintegração, administrativa ou judicial), deve-se não só registrar o novo fato apurado nos assentamentos funcionais, mas sobretudo dar publicidade ao segundo ato punitivo, para o que se apresentam duas opções de instrumentalização.

A primeira possibilidade, formalmente mais adequada, é publicar uma segunda portaria de punição os novos fatos e enquadramentos, com as devidas repercussões, e registrando que, por já ter o indiciado sofrido anterior penalização expulsiva, a efetiva aplicabilidade da segunda pena se operará em caso de já ter havido ou se vier a ocorrer futura reintegração administrativa ou judicial. Na outra solução, em extensão ao conceito administrativo do apostilamento, pode a autoridade julgadora republicar a portaria da primeira punição, renumerando-a, registrando que não se prejudicam seus efeitos jurídicos e acrescentando os novos fatos e enquadramentos, com as devidas repercussões.

Embora se recomende, por aspectos formais, a adoção da primeira dentre as duas soluções, é de se reconhecer que ambas atingem idênticos efeitos práticos e igualmente garantem o interesse maior da Administração. Mais do que a diferença formal entre as soluções, o que importa destacar é que não convém que simplesmente a autoridade julgadora despache para que se registre o segundo fato nos assentamentos funcionais do ex-servidor, sem publicação de portaria, pois assim o ato do julgamento não se configurará perfeito e acabado.

À vista da maior segurança jurídica, ao se assegurar a devida publicidade do resultado do julgamento, por alguma das duas opções acima descritas, permite-se presumir a necessária ciência do indiciado. A não materialização do ato punitivo, por não ter sido publicado, não protege a Administração do reingresso do ex-servidor, após a prescrição da segunda pena, seja por aprovação em concurso público, seja por anulação da primeira punição (por revisão administrativa ou reintegração judicial). No caso, por exemplo, de um servidor já demitido ou com aposentadoria ou disponibilidade cassada ou destituído de cargo em comissão sofrer nova responsabilização capital, devidamente publicada, e que venha a ser reintegrado daquela primeira pena, não só terá vedado o retorno como também não fará jus à reparação pecuniária por todo o período em que esteve excluído, restando-lhe apenas o direito da reparação entre a data da publicação das duas penalizações. Além das razões acima, associadas à vedação

temporária ou definitiva de retorno, conforme os arts. 136 e 137 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, pode ocorrer de a segunda responsabilização expulsiva acarretar repercussão diferente e mais gravosa que a simples expulsão, tais como indisponibilidade de bens, reparação de dano, representação penal, conforme se verá em **4.10.6.6, 4.14.1 e 4.14.2**.

Relembre-se o já exposto em **3.2.2.2.2.d** e em **4.10.2.5**: no caso de servidor detentor de cargo efetivo e que se exonera a pedido ou que sofre exoneração de ofício e que porventura venha a ser objeto de notícia de cometimento de grave irregularidade ao tempo em que ocupava o cargo, pode-se instaurar o PAD e apurar o fato e caso se o comprove, não cabe conversão da exoneração em pena expulsiva, por ausência de previsão legal, mas cabe o registro do fato nos assentamentos funcionais e a aplicação de medidas cautelares e dos efeitos acessórios, destacadamente a vedação temporária ou definitiva de não retorno a cargo e/ou emprego públicos federais, conforme os arts. 136 e 137 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

#### **4.10.2.6 - Diferenças entre Exoneração, Demissão, Demissão a Bem do Serviço Público e Perda do Cargo**

Embora tanto demissão quanto exoneração sejam espécies do gênero vacância (conforme o art. 33, I e II da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que deixam vago o cargo outrora ocupado pelo ex-servidor), comportam significativa diferença em suas naturezas. Enquanto a demissão tem fim punitivo e decorre da atuação do sistema correcional, a exoneração é ato administrativo sem natureza de penalidade e circunscreve-se nas competências da instância de gestão de pessoas.

A lei prevê para o servidor estável duas hipóteses de perda punitiva do cargo. A primeira, em decorrência de sentença judicial condenatória, transitada em julgado, com penalidade superior a um ano de detenção por qualquer crime funcional *lato sensu* ou por mais de quatro anos de detenção por crime comum, se assim se manifestar o juiz, conforme já abordado em **4.7.4.1.2**. A segunda, em função de processo administrativo disciplinar, com garantias da ampla defesa e do contraditório.

E o servidor efetivo estável tem três hipóteses de exoneração, todas aplicáveis sem processo disciplinar. A primeira, obviamente, a pedido do próprio servidor, conforme sua garantia constitucional de livre agir, refletida no *caput* do art. 34 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. A segunda, em decorrência do inciso III do § 1º do art. 41, em conjunto com o *caput* e com o parágrafo único do art. 247, ambos da CF e com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, mediante processo administrativo de avaliação periódica de desempenho, em que se assegure ampla defesa e contraditório, na forma de lei complementar ainda não existente e que assegure critérios especiais para servidores estáveis que desempenham atividades exclusivas de Estado. A terceira forma de exoneração aplica-se *a priori* apenas de servidores não estáveis quando for ultrapassado limite com gastos de pessoal, nos termos da redação dada ao inciso II do § 3º do art. 169 da CF pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, em que a lei complementar exigida no *caput* do comando constitucional é a Lei Complementar nº 101, de 04/05/00 (a Lei de Responsabilidade Fiscal), notadamente em seus arts. 18 a 23, que tratam daquelas despesas. De acordo com os §§ 4º e 5º do art. 169 da CF, caso a exoneração em tela de servidores não estáveis não atinja o patamar legal necessário, pode-se, suplementarmente, cogitar desta mesma espécie de exoneração para servidores estáveis, que obrigatoriamente decorrerá de ato normativo motivado e será indenizada. Em atendimento aos comandos do § 7º do art. 169 e do *caput* do art. 247, ambos da CF, a Lei nº 9.801, de 14/06/99, estabeleceu critérios para esta espécie residual de exoneração de servidores estáveis e, em especial, o seu art. 3º destacou que os servidores estáveis que desenvolvam atividades exclusivas de Estado serão atingidos por último e no limite máximo de 30% o quadro da respectiva carreira.

*§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98)*

*I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;*

*II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;*

*III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.*

*Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.*

*(Parágrafos incluídos pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98)*

*§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no “caput”, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:*

*I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;*

*II - exoneração dos servidores não estáveis.*

*§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.*

*§ 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço.*

*§ 7º Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º.*

*Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 14/06/98)*

*Parágrafo único. Na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 14/06/98)*

E o servidor efetivo não estável, além da possibilidade de exoneração a pedido e de exoneração de ofício nos termos do art. 169 da CF (neste caso, antecedendo os servidores efetivos estáveis), acima mencionadas, tem ainda mais três possibilidades de exoneração de ofício, não punitiva, sem processo disciplinar. A primeira, prevista no art. 34, parágrafo único, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se for reprovado no estágio probatório, também carecedora de motivação por parte da autoridade e de procedimento administrativo assegurador de ampla defesa e de contraditório (embora não se confunda com processo administrativo disciplinar, conforme já aduzido em **3.2.4.2.1**, a cuja leitura se remete); a segunda, se não entrar em exercício no prazo de quinze dias da posse, conforme o art. 34, parágrafo único, II da Lei nº 8.112, de 11/12/90; e a terceira, se seu cargo for extinto ou declarado desnecessário, por ainda não ter direito à disponibilidade, conforme leitura a *contrario sensu* do art. 41, § 3º da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14/06/98, em conjunto com a Súmula nº 22 do Supremo Tribunal Federal (“*O estágio probatório não protege o funcionário contra a extinção do cargo.*”).

Já o servidor não efetivo, detentor apenas de cargo em comissão, possui duas hipóteses de exoneração, no art. 35 da Lei nº 8.112, de 11/12/90: a pedido ou de ofício, a critério da autoridade que o nomeou.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 22. O servidor estável só perderá o cargo em*

*virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar no qual lhe seja assegurada ampla defesa.*

*Art. 33. A vacância do cargo público decorrerá de:*

*I - exoneração;*

*II - demissão;*

*Art. 34. A exoneração de cargo efetivo dar-se-á a pedido do servidor, ou de ofício.*

*Parágrafo único. A exoneração de ofício dar-se-á:*

*I - quando não satisfeitas as condições do estágio probatório;*

*II - quando, tendo tomado posse, o servidor não entrar em exercício no prazo estabelecido.*

*Art. 35. A exoneração de cargo em comissão e a dispensa de função de confiança dar-se-á: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*I - a juízo da autoridade competente;*

*II - a pedido do próprio servidor.*

*Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.*

*Parágrafo único. Constatada a hipótese de que trata este artigo, a exoneração efetuada nos termos do art. 35 será convertida em destituição de cargo em comissão.*

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

*Parágrafo único. Ocorrida a exoneração de que trata o parágrafo único, inciso I, do art. 34, o ato será convertido em demissão, se for o caso.*

Ainda sobre exoneração, conforme já aduzido em **4.3.7.1**, convém reiterar que o fato de o servidor estar no polo passivo do rito disciplinar impede o exercício do direito de se exonerar a pedido, prevendo-se conversão em demissão especificamente para os casos de servidor efetivo ainda não estável e que é exonerado de ofício pelo não cumprimento das condições do estágio probatório (art. 172, parágrafo único, combinado com art. 34, parágrafo único, I, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90) e para o servidor comissionado que, antes do PAD ou excepcionalmente em seu curso, se exonera a pedido ou que é exonerado de ofício (art. 135, parágrafo único, combinado com art. 35, ambos da mesma Lei). Acrescente-se ainda que, conforme já se expôs em **3.2.2.2.2.d** e se reiterou em **4.10.2**, a eventual exoneração, mesmo de servidor efetivo, não impede a instauração do PAD, a publicação da eventual portaria punitiva, o registro do fato nos assentamentos funcionais e a aplicação de medidas cautelares e dos efeitos acessórios, destacadamente a vedação temporária ou definitiva de não retorno a cargo e/ou emprego públicos federais, conforme os arts. 136 e 137 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Em toda forma, o exonerado compõe uma espécie do gênero ex-servidor, conforme já aduzido em **3.2.2.2.2.a**, não mantendo mais nenhuma linha de vinculação estatutária, nem laboral, nem pecuniária, nem previdenciária.

Quanto à demissão a bem do serviço público, que existia na Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (o então Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União - EF) e na Lei nº 8.027, de 12/04/90 (que apenas atualizava a lista de ilícitos do antigo Estatuto, sem alterar o rito processual), a Lei nº 8.112, de 11/12/90, que revogou as duas normas acima (a primeira, de forma expressa, e, a segunda, de forma tácita), não prevê a pena com aquela cláusula.

Atualmente, a cláusula ainda existe na Lei nº 8.429, de 02/06/92, para a hipótese de demissão em razão de não entrega ou entrega fraudulenta de declaração de bens para posse, já abordada em **4.7.4.4.4**, e na Lei nº 8.026, de 12/04/90. Esta Lei definiu dois ilícitos funcionais contra a Fazenda Nacional e para eles previu a pena de demissão, refletindo o contexto histórico muito específico em que foi sancionada, com o fim de impor aos agentes bancários e

fazendários o cumprimento das medidas econômicas de exceção arbitradas por um plano econômico da época. De acordo com o ordenamento então vigente, a Lei nº 8.026, de 12/04/90, indicava a aplicação do então Estatuto do servidor público civil federal (a Lei nº 1.711, de 1952). Mesmo tendo sido revogada aquela Lei estatutária, sendo a Lei nº 8.026, de 12/04/90, norma genérica, abstrata e sem prazo de vigência, teoricamente, seus dispositivos ainda permanecem em vigor e aceita-se que hoje seria aplicada adequando-se a remissão para o rito processual da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Na prática, todavia, sua aplicabilidade é remota, tendo em vista que os enquadramentos nela definidos foram encampados pela Lei nº 8.112, de 11/12/90, que lhe é posterior.

Mas nenhuma destas duas Leis esclarece o sentido da expressão. A doutrina entendia que significava vedação do retorno ao serviço público, afastada somente por revisão processual ou ato de graça do Presidente da República.

Atualmente, a discussão está superada, pois a Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabelece expressamente repercussões para a demissão, nos arts. 136 e 137, conforme se verá em **4.10.6.6**.

Por fim, apenas para esgotar o assunto, uma vez que não guarda correlação nenhuma com os atos administrativos descritos acima, aborda-se ainda a perda de cargo. Conforme já exposto em **3.2.1** e em **4.7.4.1.2**, a perda de cargo, decorrente de provimento penal, de competência exclusiva do Poder Judiciário, ao fim de ação penal, é prevista no CP, em seu art. 92, ou em leis especiais que definem crime e é um efeito acessório da condenação com pena privativa de liberdade, para determinados crimes - comuns ou funcionais - em que o agente criminoso seja servidor. Além dos crimes contra a Administração Pública dos arts. 312 a 326 do CP e do art. 3º da Lei nº 8.137, de 27/12/90, citam-se previsões deste instituto nas Leis nº 4.898, de 09/12/65 (que trata de abuso de autoridade, como espécie do gênero abuso de poder), nº 8.666, de 21/06/93 (a chamada Lei de Licitações e Contratos), nº 7.716, de 05/01/89 (que define crimes de discriminação e de preconceito) e nº 9.455, de 07/04/97 (que define crime de tortura). Este efeito pode ser automático ou não; ou seja, pode ser consequência direta da grave sentença condenatória ou pode depender de expressa manifestação do juiz na sentença.

A perda do cargo faz parte da decisão judicial e não se confunde com a pena administrativa de demissão e muito menos com o ato de exoneração, tanto que se configura como uma exceção de possibilidade de um ato de vida privada (um crime comum praticado por servidor, por exemplo) ter repercussão em sua vida funcional - mas não como resultado de processo administrativo disciplinar, pois a perda de cargo é uma ordem judicial a ser cumprida imediatamente pela projeção de recursos humanos e gestão de pessoas, já devidamente amparada no rito da apuração criminal. Neste tema, o ordenamento pátrio mantém coerência: quando prevê ato expulsivo de servidor a cargo do Ministro de Estado, como resultado do processo administrativo disciplinar regido pela Lei nº 8.112, de 11/12/90, dá a esta pena o nome de demissão; quando prevê ato expulsivo dos quadros públicos em decorrência da tutela judicial, exarado por autoridade do Poder Judiciário, dá a esta ordem o nome de perda do cargo.

Analogamente ao acima exposto para a perda do cargo decorrente de provimento penal, menciona-se ainda a perda do cargo decretada exclusivamente pelo Poder Judiciário, em instância civil, mais especificamente em ação civil de improbidade, conforme preveem os incisos I, II e III do art. 12 da Lei nº 8.429, de 02/06/92, nos termos já expostos em **4.7.4.2.2**, também em nada se confundindo com a pena de demissão, aplicável pelo Ministro de Estado, para ato de improbidade administrativa enquadrado no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

### **4.10.3 - Competência para Aplicar Penas**

O princípio do juiz natural é garantia constitucional, de forma que é nulo o ato punitivo emitido por autoridade incompetente.

*CF - Art. 5º*

*LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;*

Como regra geral, válida para toda a Administração Pública federal, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabelece competência para a aplicação das penas disciplinares.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 141. As penalidades disciplinares serão aplicadas:*

*I - pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, quando se tratar de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão, ou entidade;*

*II - pelas autoridades administrativas de hierarquia imediatamente inferior àquelas mencionadas no inciso anterior, quando se tratar de suspensão superior a 30 (trinta) dias;*

*III - pelo chefe da repartição e outras autoridades na forma dos respectivos regimentos ou regulamentos, nos casos de advertência ou de suspensão de até 30 (trinta) dias;*

*IV - pela autoridade que houver feito a nomeação, quando se tratar de destituição de cargo em comissão.*

Todavia, o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado a competência para julgar processos com penas capitais. No caso específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil, então, o Ministro de Estado da Fazenda, a quem, por determinação do inciso II do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, já cabia o julgamento de suspensão superior a trinta dias, passou a julgar também demissão e cassação de aposentadoria, com prévia manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

*Decreto nº 3.035, de 27/04/99 - Art. 1º Fica delegada competência aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União, vedada a subdelegação, para, no âmbito dos órgãos da administração pública federal direta, autárquica e fundacional que lhes são subordinados ou vinculados, observadas as disposições legais e regulamentares, especialmente a manifestação prévia e indispensável do órgão de assessoramento jurídico, praticar os seguintes atos:*

*I - julgar processos administrativos disciplinares e aplicar penalidades, nas hipóteses de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidores;*

*II - exonerar de ofício os servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo ou converter a exoneração em demissão;*

*III - destituir ou converter a exoneração em destituição de cargo em comissão de integrantes do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores, níveis 5 e 6, e de Chefe de Assessoria Parlamentar, código DAS-101.4;*

*IV - reintegrar ex-servidores em cumprimento de decisão judicial, transitada em julgado.*

*STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 25.367: “Ementa: Nos termos do parágrafo único do art. 84 da Magna Carta, o Presidente da República pode delegar aos Ministros de Estado a competência para julgar processos administrativos e aplicar pena de demissão aos servidores públicos federais. Para esse fim é que foi editado o Decreto nº 3.035/99.”*

*STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.619, Voto: “Inicialmente, ressalto que esta Corte firmou entendimento no sentido de que Ministro de Estado tem competência para aplicar pena de demissão a servidor em virtude de condenação em processo administrativo disciplinar, tendo em vista o disposto no art. 84 da CF e no Decreto 3.035/1999.”*

*STF, Mandado de Segurança nº 25.518: “Ementa: I. Presidente da República: competência para prover cargos públicos (CF, art. 84, XXV, primeira parte),*

*que abrange a de desprovê-los, a qual, portanto é susceptível de delegação a Ministro de Estado (CF, art. 84, parágrafo único): validade da Portaria do Ministro de Estado que, no uso de competência delegada, aplicou a pena de demissão ao impetrante.”*

*Idem: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.128*

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.985: “Ementa: A Lei nº 8.112/90, na letra do seu artigo 141, inciso I, efetivamente declara ser da competência do Presidente da República, entre outras, a aplicação da penalidade de demissão de servidor, competência essa, contudo, delegável, como previsto no artigo 84, incisos IV e VI, e parágrafo único, da Constituição da República e nos artigos 11 e 12 do Decreto-Lei nº 200/67.”*

*Idem: STJ, Mandados de Segurança nº 7.024 e 7.275*

Ainda na especificidade da processualística disciplinar no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme já exposto em **2.1.5**, no caso de processos em que a comissão disciplinar proponha apenação de suspensão superior a trinta dias ou pena expulsiva, além da pormenorizada análise a cargo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nos termos do art. 1º do Decreto nº 3.035, de 27/04/99, antes da decisão a cargo do Ministro de Estado da Fazenda, pode esta autoridade determinar que os autos passem pela Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda, a fim de que esta unidade seccional de correição se manifeste, conforme permite (mas não obriga) o disposto no art. 8º, III do Decreto nº 9.003, de 13/03/17. Segundo este dispositivo, pode o Ministro de Estado da Fazenda, já após o Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, antes de enfim decidir e emitir seu julgamento, determinar a manifestação da Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda. Não há que se confundir o comando do Decreto em tela com superposição de esforços, pois, em regra, o processo com proposta de apenação de alçada ministerial sequer tramita pela Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda e muito menos é instruído por parecer desta unidade de correição, ao passo que, de outro lado, os autos sempre passam pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional onde obrigatoriamente são instruídos por parecer de assessoramento da decisão ministerial. A existência de manifestação da Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda é excepcional e decorre de específica determinação da autoridade julgadora.

*Decreto nº 9.003, de 2017 - Art. 8º À Corregedoria-Geral compete:*

*III - manifestar-se previamente sobre processo administrativo disciplinar ou sindicância oriundos de outras corregedorias, cuja competência para julgamento seja do Ministro de Estado, mediante determinação deste, sem prejuízo das competências da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;*

Conforme já mencionado em **2.1.4**, nos termos exigidos pelos arts. 2º e 3º da Portaria Coger-MF nº 17, de 30/01/14, o encaminhamento dos autos à autoridade julgadora deve ser informado pelo Escor (ou pela Coger, nas hipóteses excepcionais em que o Corregedor figura como autoridade instauradora) na base de dados externa, do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, do Ministério Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU).

De ser observada que a delegação de competência constante do art. 1º do Decreto nº 3.035, de 27/04/99, não se aplica às hipóteses de demissão de titulares de autarquias e fundações públicas e aos ocupantes de cargo de natureza especial, conforme previsão expressa no § 2º do mesmo artigo. Assim, a demissão de tais autoridades - em que, no caso específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil, compreende apenas o cargo de Secretário da Receita Federal do Brasil, que é de natureza especial - ainda compete ao Presidente da República.

*Decreto nº 3.035, de 27/04/99 - Art. 1º*

*§ 2º O disposto neste artigo não se aplica ao ocupante de cargo de natureza especial e ao titular de autarquia ou fundação pública.*

E, de acordo com o art. 141, III da Lei nº 8.112, de 11/12/90, no caso específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil, o Regimento Interno define que a competência para aplicar penas de advertência e de suspensão de até trinta dias recai sobre o Corregedor e os Chefes de Escor, sem prejuízo das competências do Secretário da Receita Federal do Brasil.

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 285. Ao Corregedor incumbe, sem prejuízo das atribuições do Secretário da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

*II - julgar e aplicar a penalidade aos servidores lotados ou em exercício na RFB, em sindicâncias ou processos administrativos disciplinares, nos casos de advertência ou de suspensão de até trinta dias; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 11 de dezembro de 2014)*

*Art. 287. Ao Chefe de Escor incumbe, no âmbito de sua competência:*

*II - julgar e aplicar a penalidade em sindicâncias ou processos administrativos disciplinares, nos casos de advertência ou de suspensão de até trinta dias;*

Todo o acima exposto encontra consonância com a Portaria MF nº 492, de 23/09/13, que traça regras gerais para atuação correcional no âmbito do Ministério da Fazenda (MF), destacadamente no inciso II de seu art. 15, que atribui a competência julgadora, na hipótese de aplicação de penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias, à autoridade que instaurou o processo administrativo disciplinar.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 15. No âmbito do Ministério da Fazenda, as sindicâncias disciplinares e os processos administrativos disciplinares serão julgados:*

*I - pelo Ministro de Estado da Fazenda, nas hipóteses de aplicação das penas de demissão, suspensão superior a trinta dias, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão ou destituição de função comissionada; e*

*II - pela autoridade instauradora do feito disciplinar, na hipótese de aplicação da pena de advertência ou suspensão de até trinta dias.*

Ainda à vista do art. 15, II da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, esclarece-se que, na hipótese de processo administrativo disciplinar instaurado por Chefe de Escor ou pelo Corregedor, no âmbito do sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil, e que seja encaminhado para julgamento ministerial, caso excepcionalmente o Ministro de Estado da Fazenda determine que a Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda se manifeste, não cabe a este Corregedor-Geral, ainda que isto reflita sua convicção, proceder ao arquivamento ou aplicar pena de advertência ou de suspensão de até trinta dias, já que a instauração não terá sido de sua lavra e não subsiste competência avocatória pois não é superior hierárquico às autoridades correcionais da Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme delimita o art. 15 da Lei nº 9.784, de 29/01/99, para que se opere a avocação.

A propósito, na mesma linha, em conjunto com o já exposto em **3.2.2.1**, **3.2.2.2** e **4.2.1** (a cuja leitura se remete, acerca da competência em decorrência da criação da Secretaria da Receita Federal do Brasil, com a Lei nº 11.457, de 16/03/07), enquanto tem-se que a competência para instaurar o processo recai sobre a autoridade da jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do servidor ao tempo desta decisão, tem-se, por outro lado, que a competência de julgar e de aplicar a pena (quando for o caso) recai sobre a autoridade da jurisdição da lotação do servidor à época do julgamento. Assim, qualquer irregularidade cometida em área de arrecadação, fiscalização, lançamento, normatização e recuperação de receita previdenciária, seja ainda no âmbito do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), seja no âmbito da extinta Secretaria da Receita Previdenciária (SRP), deve ter seu processamento instaurado pela estrutura correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), independentemente da lotação do servidor ao tempo da instauração. Já a competência de julgar depende da lotação do servidor ao tempo do julgamento: se o servidor integrar o quadro da RFB, o julgamento e a aplicação da pena (se

for o caso) competem ao respectivo Chefe de Escor (ou ao Corregedor) ou ao Ministro de Estado da Fazenda, dependendo do alcance da pena; se o servidor integrar o quadro do INSS, o julgamento e a aplicação da pena (se for o caso) competem à respectiva estrutura no âmbito da Pasta em que se encontra aquela autarquia ao tempo da decisão. Ainda neste rumo da especificidade, tem-se que o julgamento de processos instaurados pela Corregedoria-Geral do INSS sobre área de receita previdenciária ou instaurados pela Corregedoria da extinta SRP e que ainda estavam em curso ao tempo da fusão dos Fiscos federais compete ao respectivo Chefe de Escor (ou ao Corregedor) ou ao Ministro de Estado da Fazenda, dependendo do alcance da pena, desde que o servidor esteja lotado, ao tempo do julgamento, na RFB.

Nos casos específicos de irregularidades cometidas pelo infrator fora de sua unidade de lotação ou antes de ser removido ou investido em novo cargo, também prevalece a máxima de que, enquanto a instauração compete à autoridade da jurisdição da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do servidor ao tempo desta decisão, tem-se, por outro lado, que a competência de julgar e de aplicar a pena (quando for o caso) recai sobre a autoridade da jurisdição da lotação do servidor à época do julgamento.

Acrescente-se mais um pormenor ao tema. Conforme já introduzido em 2.2.2.2 e reiterado em 2.5.2 e em 4.5.3, por força da Portaria RFB nº 268, de 6 de março de 2012, o Corregedor possui, por delegação, competência para transferir competências entre as subunidades (entre suas Coordenação, Divisões, Serviços, Seção, Escor e Nucor), para transferir atribuições dos respectivos chefes e também para estabelecer jurisdição de Escor de forma concorrente em todo território nacional. Com isto, no aspecto que aqui mais pode interessar, a competência para julgar processo disciplinar pode ser transferida de um Escor para outro, em geral acompanhando a competência antes transferida para a decisão quanto à instauração ou ao arquivamento do feito.

*Portaria RFB nº 268, de 2012 - Art. 7º C. Delegar competência ao Corregedor para, no âmbito da Corregedoria, transferir competências entre unidades e subunidades, e atribuições entre dirigentes, bem como estabelecer jurisdição de forma concorrente em todo território nacional. (Incluído pela Portaria RFB nº 1.360, de 16 de julho de 2014)*

Tal competência resta refletida no inciso II do § 2º do art. 4º da Portaria Coger nº 14, de 30/01/14, que dispõe sobre apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 1º  
§ 2º O Corregedor poderá, a qualquer tempo: (Redação dada pela Portaria Coger nº 36, de 12/09/14)  
II - transferir competências entre unidades e subunidades, e atribuições entre dirigentes, bem como estabelecer jurisdição de forma concorrente em todo território nacional. (Incluído pela Portaria Coger nº 36, de 2014)*

De imediato, sem nenhum esforço hermenêutico, não se tem dúvida que, caso o Corregedor tenha operado a transferência da competência instauradora de um Chefe de Escor para outro, incumbirá a esta segunda autoridade, após a entrega do relatório, avaliar a qualidade dos trabalhos da comissão por ela própria designada com a determinação de apurar o suposto fato irregular, tanto em termos de ocorrência ou não de nulidades quanto em termos de satisfação da instrução processual. No papel efetivo de autoridade instauradora, a este Chefe de Escor destinatário da transferência caberá toda a apreciação inicial que antecede o julgamento de mérito em si.

Superada esta fase, estando o processo sem nulidades e restando a instrução satisfativa e completa, já que no atine ao julgamento do mérito em si, há de se permear a leitura dos comandos abrangentes do art. 7º C da Portaria RFB nº 268, de 06/03/12, e do II do § 2º do art. 4º da Portaria Coger nº 14, de 2014, com o supracitado inciso II do art. 15 da Portaria MF nº 492, de 23/09/13. É de se compreender que este último comando informa, de maneira geral e

ampla que, à margem de jurisdições geográficas regionais, no âmbito do Ministério da Fazenda, em que se inclui a Secretaria da Receita Federal do Brasil, as competências para aplicar penas de advertência e de suspensão de até trinta dias incumbem à autoridade que tenha instaurado o processo.

Daí, se constrói com pequeno esforço hermenêutico que, na hipótese de o Corregedor transferir a competência instauradora de um Chefe de Escor para outro, a este também, além das avaliações preliminares de julgamento formal e de instrução exaustiva, incumbirá decidir pela aplicação de pena de advertência ou de suspensão de até trinta dias ou pelo arquivamento do feito (embora silente a norma, óbvio que se sua competência incluiu capacidade de apenar, também inclui de arquivar). Assim, a instrumentalidade desta transferência pode se dar, conforme tem sido a praxe interna, por meio de portaria específica do Corregedor, em que se basta registrar a transferência, para o processo ou para o grupo de processos a que se referir, a competência instauradora de um determinado Escor que seria aprioristicamente o competente para outro Escor, no que se faz subentender também as competências inerentes à autoridade instauradora no julgamento e as competências em mérito para arquivar o feito ou para apenar com advertência ou com suspensão de até trinta dias, restando dispensado de qualquer atuação o Chefe do Escor originariamente competente.

Caso a proposta da comissão seja de aplicação de pena expulsiva e tendo a autoridade instauradora destinatária da competência transferida apreciado a inexistência de nulidades e a satisfativa instrução, cabe-lhe apenas remeter o processo para a autoridade competente, qual seja o Ministro de Estado da Fazenda, sem necessidade se coletar manifestação do Chefe do Escor que originariamente era competente.

#### **4.10.3.1 - Proposta da Comissão Fixa Competência do Julgamento**

Aberto um parêntese (após se ter discorrido sobre a análise preliminar de nulidades e a proposta de arquivamento) para se apresentarem as penas cabíveis e as respectivas autoridades competentes para aplicá-las, retoma-se a sequência do julgamento, a partir da análise do mérito, lembrando-se, conforme já aduzido em **4.10.1**, que o julgamento contém a aplicação da pena, como ato único, indissociáveis.

Partindo-se da premissa de que o processo está formalmente correto e que as apurações a cargo da comissão foram esgotadas (ou seja, não há necessidade de refazimento ou últimação dos trabalhos, estando o processo pronto para ter seu mérito analisado), têm-se, grosso modo, três hipóteses, a saber.

Na primeira hipótese, se a comissão propõe uma conclusão cabível na competência do Chefe de Escor (arquivamento ou aplicação de pena de advertência ou de suspensão de até trinta dias), com a qual esta autoridade concorda ou, mesmo que não concorde, entende ser cabível outra conclusão que também se insere em sua competência, ela exercita sua competência, julgando o processo.

Excepciona-se esta afirmação quando a comissão, liminarmente, sem sequer indiciar (e, portanto, sem coletar defesa escrita), propõe arquivamento e a autoridade discorda, cogitando de responsabilizar o servidor. Óbvio que tal hipótese, de imediato, escora-se na situação prevista no § 4º do art. 167 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, quando a proposta de arquivamento por parte da comissão é flagrantemente contrária à prova dos autos (pois, conforme art. 168 da mesma Lei, em princípio, o relatório é de ser acatado). Neste caso, conforme já abordado em **4.10.1.1**, por respeito a garantias constitucionais fundamentais da pessoa (devido processo legal, ampla defesa e contraditório), que tornam inadmissível que se cogite de responsabilização do servidor sem formalizar acusação e sem assegurar-lhe a faculdade de dela se defender, a autoridade não pode julgar de forma direta, restando-lhe declarar incompleta a instrução, anular o relatório e designar nova comissão para retomar os trabalhos.

*“Como não há, nesses casos, apresentação formal de defesas escritas dos acusados, não poderá a autoridade julgadora, quando divergir das conclusões dessas comissões, condenar, de maneira alguma, os servidores imputados. Como dissemos acima, a única alternativa para essas discrepâncias consiste em a autoridade hierárquica dar por encerradas essas comissões de processo e, em seus lugares, designar novos colegiados, para que os procedimentos sigam todos os seus passos.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 232, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Em **4.10.4.1** se abordará a hipótese de a conclusão adotada pela autoridade configurar agravamento em relação ao enquadramento e à pena proposta pela comissão (diferente da situação acima, pois neste caso terá havido indicição e defesa escrita).

A competência para o Chefe de Escor julgar, arquivando ou aplicando penas brandas, conforme descrito acima, não é afastada mesmo se a representação ou denúncia foi recebida pela Coger e daí remetida ao Escor. Se a proposta da comissão e a decisão da autoridade são cabíveis na competência do Chefe do Escor, o processo não deve ser retornado à Coger para arquivamento ou aplicação de penas brandas, sendo certo que a unidade central posteriormente tomará conhecimento da conclusão adotada, por meio dos controles administrativos estabelecidos em **4.10.6.3**.

Por outro lado, na segunda hipótese, se a comissão propõe uma conclusão cabível na competência do Chefe de Escor (arquivamento ou aplicação de pena de advertência ou de suspensão de até trinta dias), com a qual, motivadamente, esta autoridade não concorda (por ser flagrantemente contrária à prova dos autos), entendendo ser cabível pena de suspensão superior a trinta dias ou pena expulsiva, ou, na terceira hipótese, se a comissão propõe uma pena incabível na competência do Chefe de Escor (aplicação de pena de suspensão superior a trinta dias ou de pena expulsiva), independentemente de ele concordar ou não, nestes casos, não sendo competente para julgar, a autoridade instauradora deve remeter o processo, mediante despacho, na via hierárquica, para a autoridade competente para fazê-lo, qual seja, o Ministro de Estado da Fazenda, que, para isto, contará com o assessoramento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 167.*

*§ 1º Se a penalidade a ser aplicada exceder a alçada da autoridade instauradora do processo, este será encaminhado à autoridade competente, que decidirá em igual prazo.*

Neste rumo, destaque-se que a competência para o julgamento do processo será, em regra, fixada pela pena proposta (que, em princípio, se presume coerente com o enquadramento adotado) - daí porque se reforça a interpretação de que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, permite que a comissão proponha a pena e, mais que isto, se recomenda que assim se faça no relatório, inclusive quantificando os dias em caso de suspensão, conforme já aduzido em **4.9.2**. Se, a despeito desta recomendação, a comissão não propuser pena, a competência julgadora será demarcada pela pena associada ao enquadramento aposto no relatório.

Assim, de uma forma ou de outra, o momento em que se fixa a competência da autoridade julgadora é nitidamente distinto do momento em que se realiza o julgamento. Não é por acaso que a regra de competência está localizada no Título IV, art. 141 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, enquanto o dispositivo que permite à autoridade julgadora desprezar o relatório da comissão consta do Título V, art. 168 da mesma Lei. Proposta pela comissão processante pena grave, não pode a autoridade instauradora, discordando do relatório, usurpar a competência da autoridade hierarquicamente superior, a pretexto de aplicar pena mais branda ou de arquivar o processo.

Esta providência de despacho para autoridade superior é extraída da interpretação do art. 141 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, cuja inteligência é do afastamento da autoridade

juizadora em relação ao acusado passível de pena capital (tanto que, originalmente, a Lei atribuía ao Presidente da República). No caso específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil, assim já se manifestou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no Parecer PGFN/CJU nº 2.133/2002 (vinculante, vez que o Parecer foi aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, de acordo com o art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 10/03/93, conforme aduzido em **3.3.6**):

*Parecer PGFN/CJU nº 2.133/2002: “19. A competência para o julgamento do processo será, em regra, fixada pela tipificação da infração dada pela comissão, sob pena de se permitir que a autoridade hierarquicamente inferior possa, a seu talante, suprimir a competência da autoridade superior.*

*21. O momento em que se fixa a competência da autoridade julgadora é nitidamente distinto do momento em que se realiza o julgamento. Não é por acaso que a regra de competência está localizada no Título IV, Capítulo V, art. 141 do Estatuto, enquanto o dispositivo que permite à autoridade julgadora desprezar o relatório da comissão consta do Título V, Capítulo III, Seção II da Lei nº 8.112/90.*

*22. Somente a autoridade competente para julgar poderá, quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade. Ou seja, julgar de modo diverso daquele tipificado pela comissão.*

*25. Apontada pela comissão processante a pena de demissão, não pode a autoridade instauradora, discordando do relatório, usurpar a competência da autoridade hierarquicamente superior, a pretexto de aplicar pena mais branda.”*

Obviamente, na segunda hipótese anteriormente mencionada, em que a autoridade instauradora atua contrariando a conclusão proposta pela comissão, este ato administrativo requer, como parâmetro de validade, a motivação. Desta forma, a autoridade instauradora precisará manifestar a motivação do despacho para autoridade superior. No caso de entender ser cabível suspensão superior a trinta dias, em função da possível gradação, a autoridade instauradora deve, além de expor sua motivação, informar a natureza, a gravidade da infração, os danos provenientes para o serviço público, as circunstâncias agravantes e atenuantes e os antecedentes funcionais, que lhe levaram a concluir por esta pena, conforme art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Além disto, no caso mais específico de a proposta da comissão ser de aplicação de pena de advertência ou de suspensão e a autoridade instauradora motivadamente propor agravamento para pena expulsiva, convém - ainda que não haja previsão legal que a obrigue - que se dê ciência da nova proposta à defesa, deixando a seu talante se trará ou não manifestação complementar aos autos, conforme se mencionará em **4.10.4.1**.

Ainda nesta segunda hipótese, em que a comissão propõe arquivamento ou aplicação de pena branda e o Chefe de Escor entende pela aplicação de pena grave, nos termos do citado Parecer PGFN/CJU, como a competência está vinculada à pena proposta da comissão, pode o Corregedor (ou até mesmo o Secretário da Receita Federal do Brasil) comungar com a comissão e legitimamente arquivar ou aplicar a pena branda (pois possui competência para tal), sem necessidade de fazer o processo chegar à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (visto que a comissão não propôs pena grave). O mesmo se aplica nas residuais hipóteses em que o Corregedor figura como autoridade instauradora, em relação ao Secretário da Receita Federal do Brasil. Em um mesmo processo em que se configurou esta situação, assim já se manifestou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por duas vezes, de forma vinculante:

*Parecer PGFN/CJU nº 1.687/2002: “43. (...) o inciso III do art. 141 da Lei 8.112/90 autoriza o julgamento pela Corregedoria-Geral, haja vista a concordância com a conclusão da comissão processante, que entendeu que a penalidade cabível para o caso é a de advertência por escrito.”*

*Parecer PGFN/CJU nº 1.920/2003: “31. a) IV - outrossim, ao atribuir ao Presidente da República a competência para decretar a demissão de servidores*

*públicos federais, o legislador, certamente, pretendeu, diante da gravidade da pena, reduzir a ocorrência de injustiças em decisão de tamanha importância para a vida do indiciado, não pretendendo submeter a Sua Excelência, obviamente, todos os processos em que o responsável por um determinado órgão, contrariando a manifestação do chefe de outro de hierarquia superior e da comissão de inquérito, julgasse cabível a aplicação da penalidade.*

*34. Por tudo que aqui foi exposto, julgamos não ter ficado comprovada a existência de vício insanável que nos deixasse com a convicção de que deveria ser declarada a nulidade do julgamento realizado pelo Sr. Corregedor-Geral Substituto, mesmo porque a decisão daquela autoridade, a nosso ver, além de encontrar amparo no Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, guardou coerência com o que consta dos autos.”*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/5.

*Nota Técnica Coger nº 2005/5: “Ementa: O enquadramento, no Relatório da comissão de inquérito - CI -, dos ilícitos cometidos pelo indiciado define a competência para julgamento. No caso do Relatório da CI com proposta de enquadramento que não enseje penalidade de competência exclusiva do Ministro da Fazenda delegada pelo Presidente da República, poderá julgar na sua alçada de competência (absolvição, advertência, suspensão até 30 dias) o Chefe do Escor, o Corregedor-Geral ou o Secretário da SRF.”*

Não obstante, cabe afirmar, em sentido contrário, que, pela literalidade do inciso II do mencionado art. 15 da Portaria MF nº 492, de 23/09/13, e por não ter amparo no princípio da hierarquia (já que não é hierarquicamente superior de Chefe de Escor e do Corregedor), não cabe à Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda arquivar ou aplicar penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias em casos de instauração a cargo do sistema correccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil e muito menos, em hipótese excepcional de figurar como autoridade instauradora, a cargo do Secretário da Receita Federal do Brasil, sem prejuízo das competências daquela unidade seccional de correição se manifestar ou prestar informações ao Ministro de Estado da Fazenda, conforme autoriza o art. 8º, III e IV do Decreto nº 9.003, de 13/03/17.

*Portaria MF nº 492, de 2013 - Art. 15. No âmbito do Ministério da Fazenda, as sindicâncias disciplinares e os processos administrativos disciplinares serão julgados:*

*I - pelo Ministro de Estado da Fazenda, nas hipóteses de aplicação das penas de demissão, suspensão superior a trinta dias, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão ou destituição de função comissionada; e*

*II - pela autoridade instauradora do feito disciplinar, na hipótese de aplicação da pena de advertência ou suspensão de até trinta dias.*

Neste rumo, demonstra-se válido adentrar ainda mais na ramificação desta segunda hipótese e enfrentar uma situação complexa que se configuraria caso a comissão proponha uma conclusão cabível na competência do Chefe de Escor (de arquivamento, por exemplo), ao passo que este, por sua vez, discordando de tal proposta por considerar que afronta a prova dos autos, entende ser aplicável uma pena da alçada ministerial (demissão, por exemplo) mas reconhece já estar prescrita a respectiva punibilidade. A possibilidade merece apreciação pois poderia surgir dúvida se cabe a este Chefe de Escor proceder ao arquivamento, em razão da prescrição por ele detectada, ou se, em virtude da sua própria percepção de mérito, de que caberia apenação da alçada ministerial, deveria remeter o julgamento ao Ministro de Estado da Fazenda. Nesta situação bastante incomum, é de se ratificar que o julgamento compete ao Ministro de Estado da Fazenda, não cabendo ao Chefe de Escor, à vista de sua percepção de que a prescrição estaria configurada, exarar o julgamento e arquivar o feito.

E, na terceira hipótese anteriormente mencionada, mesmo que a autoridade instauradora extrapole sua competência e determine o arquivamento ou advirta ou suspenda o

servidor, o ato é nulo e passível de retificação pela autoridade efetivamente competente para julgar, eliminando-se os efeitos da primeira decisão e prevalecendo apenas o último (não ocorre dupla penalização). Assim se manifestou a Advocacia-Geral da União, no Parecer AGU nº GQ-177, vinculante:

*Parecer AGU nº GQ-177, vinculante: “Ementa: Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato. (...) O julgamento de processo disciplinar de que advém a aplicação de penalidade mais branda que a cominada em lei, efetuado pela autoridade instauradora, não obsta que aquela efetivamente competente julgue e inflija a punição adequada, sem que esse ato caracterize dupla irrogação de pena, em razão de um mesmo fato ilícito.”*

*Formulação Dasp nº 29. Retificação de penalidade*

*A retificação de uma penalidade, para substituí-la por outra mais adequada, não importa em duplicidade de punição, desde que a segunda invalida a primeira.*

*Parecer Dasp. Servidor suspenso - Demissão pelo mesmo fato adequada*

*Servidor suspenso. Posterior proposta de demissão, em virtude de inquéritos em razão do mesmo fato. Não ocorre duplicidade de punição, mas, sim, ato reparador de inadequação de punição disciplinar.*

Nas hipóteses em que a pena proposta da comissão já ultrapassa a competência da autoridade instauradora, esta até pode, se quiser, se manifestar nos autos, expondo, em caráter propositivo, sua opinião de concordância ou de discordância com o relatório. Não sendo obrigatória tal manifestação, também pode a autoridade instauradora remeter o processo para julgamento do Ministro de Estado da Fazenda, em caso de demissão ou cassação de aposentadoria, em que não cabe gradação, feita mediante despacho sumário (visto que atenuantes, agravantes, etc, não alteram a pena); e, em caso de suspensão por mais de trinta dias, mediante despacho que informe tão somente aqueles parâmetros do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Tendo se cogitado inicialmente de pena que ultrapassa a competência da autoridade instauradora, se, todavia, ao final, a autoridade julgadora entender pelo arquivamento ou pela aplicação de pena branda, cabe a ela mesma julgar e determinar o arquivamento ou aplicar a pena, não se justificando fazer o processo retornar à autoridade instauradora para que esta archive, advirta ou suspenda o servidor (não faria sentido impor convicção de julgamento à autoridade inferior).

Em todas as hipóteses, caso o processo tenha mais de um indiciado e haja diversidade de penas, se a pena mais grave de que se cogita no processo exceder a competência da autoridade instauradora, o julgamento como um todo ficará a cargo do Ministro de Estado da Fazenda, inclusive para servidores a serem inocentados ou punidos com advertência ou suspensão de até trinta dias.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 167.*

*§ 2º Havendo mais de um indiciado e diversidade de sanções, o julgamento caberá à autoridade competente para a imposição da pena mais grave.*

Também é de se destacar a hipótese de haver divergência de votos no relatório da comissão, com os seguintes desdobramentos. Caso todas as propostas encetadas nos votos divergentes caibam na competência de uma única autoridade (seja o Chefe de Escor - a exemplo de uma proposta de arquivamento, outra de aplicação de advertência e uma terceira de aplicação de suspensão de até trinta dias -, seja o Ministro de Estado da Fazenda - a exemplo de uma proposta de suspensão de sessenta dias, outra de aplicação de suspensão de sessenta dias e uma terceira de aplicação de demissão), indubitavelmente a este agente caberá o julgamento - a menos de proposta de agravamento motivadamente proferida pelo Chefe de

Escor. Caso haja maioria de votos com propostas cabíveis na competência do Chefe de Escor e esta autoridade tenha convicção de julgamento inserido em sua competência, é aceitável que esta autoridade correcional proceda ao julgamento, motivando a desconsideração do voto divergente agravador; em sentido oposto, caso haja maioria de votos com propostas cabíveis na competência ministerial, incumbe ao Chefe de Escor, independentemente de sua convicção, encaminhar os autos para o titular da Pasta. Não obstante as premissas apriorísticas anteriores, é de se retornar à hipótese em que um único integrante proponha pena que exceda a competência da autoridade instauradora e o Chefe de Escor concorde com este único voto mais gravoso para se defender a possibilidade de esta autoridade correcional remeter os autos para o julgamento a cargo do Ministro de Estado da Fazenda (não obstante, sem prejuízo de, no curso desta tramitação, o Corregedor adotar o entendimento mais brando e cabível em sua competência e, discordando daquela autoridade instauradora, assumir a responsabilidade de julgar sem remeter ao titular da Pasta).

A incursão neste tema obriga, por fim, o aprofundamento exaustivo para buscar também a hipótese de empate divergente no relatório preferido por dupla processante em rito sumário e trazer ainda a hipótese extremamente incomum (e até mesmo, a rigor, descumpridora do comando imposto pelo § 1º do art. 165 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que exige da comissão um relatório conclusivo) de tripla divergência. Nestas duas hipóteses, em que não se identifica uma posição majoritária e uma posição minoritária do colegiado, tendo havido um voto propositivo de pena da alçada do Ministro de Estado da Fazenda, recomenda-se a postura mais conservadora - a fim de eliminar possível alegação de usurpação de incompetência - de se remeter o julgamento para a autoridade de maior alçada, qual seja, o titular da Pasta.

Quando o processo é objeto de desmembramento, conforme aduzido em **4.2.3**, convém que a autoridade instauradora, ao remeter os autos para julgamento, mencione esta peculiaridade e informe o nº dos demais processos desmembrados (mesmo que ainda estejam em apuração ou já tenham sido arquivados), como forma de prevenir decisões discrepantes.

Independentemente de sobre qual autoridade recaia a competência para julgar, destaque-se que se iniciou o presente tópico com a premissa de que os autos encontram-se aptos para análise de mérito (ou seja, não há necessidade de refazimento ou de ultimação dos trabalhos). Não obstante, pode ocorrer de a autoridade efetivamente competente para julgar o mérito de determinada proposta de apenação considerar a instrução probatória incompleta e ver-se então obrigada a determinar a complementação dos trabalhos. Aplicam-se, portanto, a esta hipótese, os argumentos já expostos em **4.10.1.2** e **4.10.1.3**, acerca da necessidade de designar nova comissão e acerca da contraposição entre a competência da autoridade e a convicção do colegiado, hipótese em que o ato necessário para o julgamento deve ser realizado para que a autoridade possa exercer seu inafastável dever de bem julgar.

Por fim, resta inequívoco que, se por qualquer motivo, o relatório da comissão, com proposta de aplicação de determinada pena (ou de arquivamento), é declarado nulo pela autoridade instauradora ou julgadora, será a proposta de pena (ou de arquivamento) constante do segundo relatório que firmará a competência para efetivamente se julgar e se aplicar a pena, se for o caso, já que, se o relatório original foi julgado nulo, juridicamente, é como se ele nunca sequer tivesse existido. Daí decorre que, caso haja relevante diferença nas propostas dos dois relatórios, pode ser que, ao final, a autoridade julgadora do segundo relatório não seja a mesma que julgou (e anulou) o primeiro.

Assim, por exemplo, se a comissão originalmente propôs aplicação de pena de demissão e o julgamento preliminar (seja feito pela própria autoridade instauradora, por outra autoridade de hierarquia superior a esta ou eventualmente até pela autoridade julgadora original, o Ministro de Estado da Fazenda) anulou este relatório e se o segundo relatório vier a propor arquivamento ou aplicação de pena de advertência ou de suspensão de até trinta dias, o segundo julgamento caberá à autoridade instauradora. Por outro lado, ainda exemplificando,

se a comissão propôs arquivamento ou aplicação de pena de advertência ou de suspensão de até trinta dias e o julgamento da autoridade instauradora anulou este relatório e se o segundo relatório vier a propor pena de demissão, o segundo julgamento será ministerial.

#### **4.10.3.2 - Atos de Assessoramento do Julgamento (Pareceres)**

Embora não haja expressa previsão legal, não só o processo administrativo disciplinar pode ser alvo de apreciações de todas as autoridades por que ele passe na via hierárquica entre a autoridade instauradora e a autoridade julgadora, após a entrega do relatório da comissão, como também podem as autoridades intermediárias ou julgadora se valerem de tais análises jurídicas, geralmente expressadas na forma de pareceres opinativos ou propositivos, com o fim de embasarem suas decisões. E até convém mesmo que assim aja a autoridade, seja - quando possível e autorizado ou previsto em norma - se reportando aos órgãos formais de consultoria jurídica do Poder Executivo (como a Advocacia-Geral da União e, no caso mais específico do Ministério da Fazenda, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional), seja se reportando a assessoramentos diretos em sua própria unidade.

*STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.619, Voto: “Ressalte-se que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é legítimo à “autoridade competente para a prática de um ato motivá-lo mediante remissão aos fundamentos de parecer ou relatório conclusivo elaborado por autoridade de menor hierarquia” (MS 25518, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 10.8.2006)”*

*STF, Mandado de Segurança nº 25.518: “Ementa: III. Servidor público: demissão: motivação suficiente do ato administrativo. 1. Nada impede a autoridade competente para a prática de um ato de motivá-lo mediante remissão aos fundamentos de parecer ou relatório conclusivo elaborado por autoridade de menor hierarquia (AI 237.639-AgR, 1ª T., Pertence, DJ 19.11.99). 2. Indiferente que o parecer a que se remete a decisão também se reporte a outro parecer: o que importa é que haja a motivação eficiente - na expressão de Baleeiro, controlável a posteriori.”*

*Idem: STF, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 237.639*

*STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.526: “Ementa: 2. É permitido ao agente administrativo, para complementar suas razões, encampar os termos de parecer exarado por autoridade de menor hierarquia. A autoridade julgadora não está vinculada às conclusões da comissão processante. Precedentes: [MS n. 23.201, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 19.08.2005 e MS n. 21.280, Relator o Ministro Octávio Gallotti, DJ de 20.03.92].”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 9.657: “Ementa: 4. Consoante já se manifestou esta Corte, não há vedação quanto à adoção, pela Autoridade Ministerial, do parecer de sua Consultoria Jurídica, devidamente fundamentado, como verificado na hipótese dos autos.”*

Destaque-se que eventual provocação para que a Advocacia-Geral da União atue no curso da instrução probatória (por exemplo, postulando em juízo para obtenção de provas de ação penal ou a favor da quebra de sigilo bancário) não impede sua posterior atuação na fase de julgamento (por meio de Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda, por exemplo, como é o caso dos julgamentos de competência do Ministro de Estado da Fazenda).

*Mandado de Segurança nº 14.504: “Ementa: 4. Admite-se a atuação da Advocacia-Geral da União no processo disciplinar como auxiliar da comissão processante junto ao Poder Judiciário na obtenção de provas produzidas na ação penal intentada sob os mesmos fatos investigados na esfera administrativa.”*

*Voto: “(...) Destacou o autor da ação ser indevida a interferência da*

*Advocacia-Geral da União na fase de instrução, pois esse mesmo órgão, ao término do procedimento, participa do julgamento do feito. Sem razão, contudo, o impetrante. (...) Na espécie, o servidor investigado, auditor da receita federal, era vinculado ao Ministério da Fazenda, sendo o ministro desta Pasta o juiz natural do processo administrativo disciplinar e não o Advogado-Geral da União. Ainda, a função da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, na esfera administrativa, é de assessoramento e orientação dos dirigentes do Poder Executivo Federal, para dar segurança jurídica aos atos administrativos que serão por eles praticados. Assim, o parecer apresentado no processo administrativo disciplinar tem cunho meramente informativo. Não há se falar, portanto, que a Advocacia-Geral da União teria participação no julgamento do feito. De outro vértice, observa-se ter sido a Advocacia-Geral da União acionada tão somente para solicitar documentos colacionadas nos autos da ação penal em trâmite na Justiça Federal contra o investigado, cujos fatos se relacionavam com o inquérito administrativo. Outra não poderia ter sido a atitude da comissão processante, uma vez que ela, ou seus membros, não possuem poder postulatório, pressuposto processual para estar em juízo, qualidade esta intrínseca à Advocacia-Geral da União, nos termos do artigo 131 da Constituição Federal.”*

Por exemplo, no caso de proposta de pena inserida na competência da autoridade instauradora (Chefe do Escor ou, excepcionalmente, Corregedor), como mera praxe administrativa facilitadora da eficiência e supridora de maior grau de qualidade e segurança aos trabalhos, neste sistema correccional, que conta com qualificado corpo técnico, mesmo sem expressa previsão em norma, em todos os julgamentos a serem emanados, seja quem for o acusado, seja qual for a decisão, de arquivar ou de responsabilizar, procede-se a parecer de análise de processo, como assessoramento do ato da autoridade, por servidor *a priori* lotado no Escor e localizado no grupo de assessoramento ou na Divisão de Análise Correccional da Coger (no caso excepcional de o Corregedor figurar como autoridade julgadora em decorrência de ter instaurado o processo).

E, no caso de proposta de pena cuja competência para aplicar é ministerial, o processo administrativo disciplinar é entregue pela comissão ao Chefe do Escor, que o encaminha ao Ministro de Estado da Fazenda, via Corregedor, Secretário da Receita Federal do Brasil, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda. No curso de tal encaminhamento, é possível e legítimo (embora não obrigatório) que as autoridades da Secretaria da Receita Federal do Brasil se manifestem em caráter opinativo e propositivo (como regra, no Escor, e, apenas excepcionalmente na Divisão de Análise Correccional da Coger nas hipóteses de o Corregedor ter figurado como autoridade instauradora), também por meio de parecer de análise de processo; diferentemente, conforme já mencionado, apenas a manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em caso de proposta de pena expulsiva, é obrigatória, nos termos do art. 1º do Decreto nº 3.035, de 27/04/99.

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 18. À Corregedoria - Coger compete: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

*V - examinar e instruir processos administrativos disciplinares e demais expedientes sobre disciplina funcional que devam ser submetidos à apreciação das autoridades competentes;*

*Art. 24. Aos Escritórios de Corregedoria - Escor compete, no âmbito de sua jurisdição, as atividades previstas para a Coger.*

Esta praxe desenvolvida e adotada no âmbito do sistema correccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil de, em caso de proposta responsabilização de competência ministerial, se proceder a parecer de análise de processo no respectivo Escor e não na Divisão de Análise Correccional da Coger traz os ganhos decorrentes da proximidade com os fatos e do presumível melhor conhecimento das condições de sua ocorrência. Ademais, se coaduna com

a sistematização de competências regimentais já exposta em 2.2.2.2.2, quando se aduziu que a melhor prática administrativa é de os Escor cuidarem da execução cotidiana, reservando-se a unidade central (a Coger) às tarefas atinentes à normatização, coordenação, orientação e supervisão.

Não obstante, independentemente da competência julgadora, não tendo a sua elaboração exigida e disciplinada em norma, não há ilegalidade de o parecer de análise de processo ser redigido por servidor do Escor não localizado no grupo de assessoramento ou até mesmo por servidor de outro Escor, mediante acerto entre as chefias.

Ao assim atuar, longe de trazer ao processo pessoa estranha, a autoridade agrega qualidade, isenção, impessoalidade, distanciamento, duplicidade de opiniões, segurança jurídica e maior filtro ou crivo antes de se decidir a questão. Compreende-se que, em se tratando de matéria sensível, que potencialmente atinge relevante órbita de direitos de um servidor, como é o regime disciplinar, tanto mais se atua naquela linha positiva acima quanto mais agentes intervierem antes de uma gravosa decisão. Neste rumo, independente de previsão legal - melhor dizendo: acima da fria e distanciada literalidade da norma, repousando em fonte muito mais sábia e estável, que é a base principiológica - a autoridade age em conformidade com princípios caros à processualística, inclusive disciplinar, como razoabilidade, eficiência e impessoalidade.

*Não obstante, tem-se que o art. 24, combinado com o art. 18, V, ambos do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, acima reproduzidos, não impõem a existência de tal parecer de assessoramento e muito menos estabelece a que unidade cabe fazê-lo (no caso de competência julgadora do Ministro de Estado da Fazenda, se compete ao Escor ou à Divisão de Análise Correcional da Coger). Tão somente estes comandos permitem que se o faça; ou seja, preveem a existência da peça de análise jurídica, sem torná-la essencial e indispensável.*

Na instância disciplinar em particular, estas manifestações exaradas após o relatório da comissão até o julgamento são meros atos de assessoramento e preparatórios do julgamento, que não alteram o debate acerca do fato, protagonizado pela comissão e pelo indiciado, e tampouco prejudicam a defesa já apresentada, de forma a não requererem contraditório, pois não vinculam a autoridade julgadora.

*Parecer AGU nº GQ-177, vinculante: “Ementa: (...) O entendimento externado por Consultoria Jurídica, no respeitante a processo disciplinar, constitui-se em simples ato de assessoramento e não se reveste do poder de vincular a autoridade julgadora.”*

*“O exame de processo administrativo disciplinar, após sua conclusão, pela Consultoria Jurídica dos Ministérios e, nas autarquias e fundações públicas, pelos órgãos jurídicos que integram suas estruturas, a meu sentir, não pode ser entendido como desvio instrutório.*

*É que o exame, em tais condições, constitui simples ato de assessoramento interno que se coloca na esfera exclusiva da conveniência do administrador que, aliás, dele poderá prescindir, valendo-se de seus conhecimentos para acolher ou rejeitar a conclusão que, a exemplo do parecer opinativo, não tem efeito vinculativo. Trata-se, pois, de medida de prudente cautela adotada, validamente, pelo julgador, visando o preparo da decisão a ser tomada, consoante a determinação legal.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 183, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“A despeito de a Lei federal nº 8.112/1990 não prever a obrigatoriedade de obtenção de prévio parecer jurídico ao ato de julgamento, todas as razões apontam para que a providência seja observada, cautelarmente, como medida de preservação do interesse público na melhor solução do processo (princípio da precaução). (...)*

*(...) deverá a autoridade julgadora de menor grau hierárquico ouvir, se tiver, sua assessoria direta (...). Ainda assim, o parecer de assessoria jurídica direta da autoridade julgadora, não constituída por advogados públicos de carreira, merece ser considerada, porquanto o que se afigura prejudicial é a cega acolhida, na integralidade, da proposta da comissão disciplinar pela autoridade julgadora, sem uma efetiva apreciação da justeza e correção de seus termos (...).” Antônio Carlos Alencar de Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pgs. 691 e 698, Editora Fortium, 1ª edição, 2008*

Por um lado, não se tem tais pareceres de análise de processo como obrigatórios, previstos em lei; por outro lado, sua existência no processo em nada inquina de vício o feito, a despeito do silêncio normativo, e tampouco vincula a autoridade superior.

Convém aqui reproduzir, a título de recomendação, o teor de disciplinamento vigente no âmbito da Advocacia-Geral da União, voltado para seus órgãos consultivos, com o fim de uniformizar os elementos mínimos que devem constar nas manifestações de apoio a julgamento de processos administrativos disciplinares. Embora esta normatização conjunta do Consultor-Geral da União, do Procurador-Geral Federal e do Corregedor-Geral da Advocacia da União, não seja vinculante para os demais órgãos da Administração federal, é extremamente recomendável que se adote como referência a lista de tópicos e de temas a serem abordados em pareceres de tal natureza.

*Portaria Conjunta AGU/CGU-PGF-CGAU nº 1, de 01/03/16 - Art. 1º Art. 1º A manifestação jurídica proferida no âmbito de órgão consultivo da Advocacia-Geral da União, em sede de apoio ao julgamento de procedimento disciplinar, aferirá, quando for o caso:*

*I - a observância do contraditório e da ampla defesa;*

*II - a regularidade formal do procedimento, com verificação da adequação dos atos processuais ao ordenamento jurídico vigente, em especial:*

*a) se o termo de indiciamento contém a especificação dos fatos imputados ao servidor e as respectivas provas;*

*b) se, no relatório final, foram apreciadas as questões fáticas e jurídicas, relacionadas ao objeto da apuração, suscitadas na defesa;*

*c) se ocorreu algum vício e, em caso afirmativo, se houve prejuízo à defesa;*

*d) se houve nulidade total ou parcial indicando, em caso afirmativo, os seus efeitos e as providências a serem adotadas pela Administração;*

*III - a adequada condução do procedimento e a suficiência das diligências, com vistas à completa elucidação dos fatos;*

*IV - a plausibilidade das conclusões da Comissão quanto à:*

*a) conformidade com as provas em que se baseou para formar a sua convicção;*

*b) adequação do enquadramento legal da conduta;*

*c) adequação da penalidade proposta;*

*d) inocência ou responsabilidade do servidor.*

*Parágrafo único. No caso de submissão de processo administrativo disciplinar a julgamento antecipado, deverá ser aferida, conforme o caso, a aplicabilidade deste artigo.*

*Art. 2º O disposto no art. 1º, incisos I, II e IV, “b”, “c” e “d”, não se aplica aos casos de sindicância investigativa e sindicância patrimonial.*

*Art. 3º A manifestação de que trata o art. 1º conterá relatório sucinto dos fatos sob apuração, abordagem sobre os principais incidentes ocorridos no curso do processo, fundamentação e conclusão.*

Revedo o que já foi mencionado em **4.10.1**, uma vez ser comum que o processo administrativo disciplinar se apresente bastante volumoso, convém que o parecerista altere a ordem de leitura, começando do relatório. Presume-se que um relatório bem feito contenha uma síntese do fato concreto objeto da apuração e um resumo do rito processual (quais os atos de instrução realizados, a indicição e a defesa). Prosseguindo, convém ler a indicição e a defesa, confrontando um com o outro e cotejando com as conclusões constantes do relatório.

Assim, ao se fazer a leitura dos atos de instrução propriamente ditos, na sequência de realização no processo, o parecerista já possui uma relativa noção do todo e um certo senso crítico, tanto em aspectos formais quanto de mérito, que lhe permitirão enfatizar a análise nos atos de instrução mais relevantes.

Não só a boa prática redacional mas também o Manual de Redação e Elaboração de Atos Administrativos da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria RFB nº 1.887, de 26/12/13, recomendam que, em termos formais, o parecer de análise de processo se inicie com uma ementa, que apresente de forma extremamente sintética, o teor conclusivo da peça, seguida do corpo de texto em si, dividido em três tópicos básicos (aceitando-se livre subdivisão caso a caso em subtópicos). No primeiro tópico, meramente descritivo do conteúdo dos autos, convém que apenas se sintetize a fase do inquérito administrativo, resumindo tão somente os pontos relevantes para a formação de convicção (não sendo conveniente repetir literalmente cada termo de ato de instrução) e apenas mencionando a existência tempestiva ou não de defesa e o seu acatamento ou não pela comissão no relatório, dispensando reproduzir e analisar tese a tese. No segundo tópico, essencialmente analítico, apreciam-se as teses em preliminares (alegações de nulidade) e de mérito. Com o fim de evitar retrabalhos e repetições exaustivas de todas as consecutivas análises que se sucedem no curso de um processo administrativo disciplinar (desde o relatório da comissão até o julgamento), em ambos subtópicos, se o parecerista entende que a comissão esgotou com qualidade as análises das teses preliminares e que as conclusões de mérito guardam conformidade com as provas suficientes, não se justifica o retrabalho de repeti-las integralmente, bastando fazer remissão ao relatório e, diante da satisfação e concordância com a extensão, com a profundidade e com as conclusões da peça da comissão, expressar que acata a peça do colegiado. Apenas se o parecerista avaliar que as análises da comissão não foram suficientes ou se discordar de seu mérito torna-se indispensável que individualize os temas e teses. Por fim, o terceiro e último tópico conclui que o servidor cometeu ou não a ilicitude e, conseqüentemente, propõe a responsabilização a cargo do Chefe do Escor ou a remessa para o julgamento ministerial ou o arquivamento do feito. Sendo um texto em geral de razoável extensão, podendo atingir poucas dezenas de folhas, convém dedicar atenção às convenções formais de grafia de nomes compostos e de suas siglas e de menção a normas, expostos em **4.3.11.4.**

Na mesma linha acima defendida de como o parecerista pode se amparar no relatório da comissão, também a autoridade julgadora pode poupar o retrabalho e a repetição desnecessária, valendo-se do parecer de análise de processo, de viés opinativo ou propositivo. É possível e lícito que a decisão emanada pela autoridade julgadora, por si só, se sintetize em um termo conciso e enxuto e, sobretudo, que expresse apenas o acatamento do relatório da comissão postura apriorística, mas sem prejuízo da possibilidade de não acatar), a aprovação do parecer, sem reproduzir as linhas de argumentação jurídica daquelas duas peças antecedentes, e a adoção dos fundamentos do parecer, fazendo subentender que adotou as razões, argumentações e análises, enfim, a motivação exposta no parecer. Numa praxe conhecida e aceita na instância administrativa, a autoridade, regularmente amparada em parecer de seu assessoramento jurídico - conforme já analisado acima -, acata o relatório (em geral), aprova o parecer e adota como seus os fundamentos da peça informativa e pode então emitir uma decisão cuja motivação se lê na peça antecedente e à qual se reporta, na chamada motivação *aliunde*, prevista inclusive no art. 50, § 1º da Lei nº 9.784, de 29/01/99.

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 50.*

*§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.*

Abrindo-se um parêntese, relembre-se o já aduzido em **2.5.3.1**, de que é importante consolidar uma terminologia diferenciadora adotada no sistema correccional da Secretaria da

Receita Federal do Brasil. De um lado, o parecer de análise de processo, que aqui se menciona, a exemplo do parecer de admissibilidade, é uma peça propositiva da lavra de um parecerista (em geral do grupo de assessoramento), dirigida ao chefe da própria unidade emissora (ao Chefe do Escor ou ao Corregedor). Não deve ser confundido com as espécies do gênero informação. A informação externa presta resposta a uma demanda externa à unidade emissora, como, por exemplo, quando um Escor ou a Coger presta subsídio a outra unidade do sistema correcional ou a outra unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a órgão externo (como Poder Judiciário, Ministério Público Federal, Departamento de Polícia Federal, Advocacia-Geral da União, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU, PGFN, por exemplo), que se diferencia da informação disciplinar, voltada à fase de admissibilidade, com que se consubstancia o fim de um trabalho investigativo (como, por exemplo, de investigação preliminar ou investigação patrimonial).

Retomando a questão da adoção do parecer de análise de processo, para aceitar aquela assertiva, faz-se necessário trazer à tona que a doutrina divide os atos administrativos nas espécies normativa (contêm um comando geral da Administração para a correta aplicação de uma lei), ordinatória (disciplinam o funcionamento da Administração por meio de provimentos, determinações ou esclarecimentos voltados a seus agentes), negocial (estabelecem uma relação negocial da Administração com agente particular), enunciativa (enunciam uma situação existente) e punitiva (contêm uma sanção imposta pela Administração). De relevância para o tema é a espécie chamada de enunciativa, por meio da qual a Administração pode emitir um ato para opinar sobre determinado assunto, aí se inserindo os pareceres administrativos.

*“Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração.*

*O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva.”, Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, pg. 185, Malheiros Editores, 26ª edição, 2001*

Ainda da doutrina, a fim de esgotar o tema, extrai-se o que se chama de ato administrativo ordinatório, mais especificamente a subespécie despacho administrativo.

*“Despachos administrativos são decisões que as autoridades executivas (...) proferem em papéis, requerimentos e processos sujeitos à sua apreciação. (...) O despacho administrativo, embora tenha forma e conteúdo jurisdicional, não deixa de ser um ato administrativo, como qualquer outro emanado do Executivo.”, Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, pg. 177, Malheiros Editores, 26ª edição, 2001*

*“Sendo juízo de valor do parecerista, o parecer não vincula a autoridade que tem poder decisório, que pode ou não adotar a mesma opinião. (...) Quando o ato decisório se limita a aprovar o parecer, fica este integrado naquele como razão de decidir, ou seja, corresponde ao motivo do ato.” José dos Santos Carvalho Filho, “Manual de Direito Administrativo”, pg. 120, Editora Lumen Juris, 15ª edição, 2006*

E, na hipótese daquele acatamento sintético, não caberá crítica ao fato de a decisão não expressar, em seu próprio termo, as motivações do ato. É de conhecimento notório da matéria jurídica processualística que não é possível um termo processual ser visto isoladamente, dissociado dos demais termos do processo e do contexto jurídico em que se encerra, qual seja, um processo (termo cuja acepção é proceder, andar, no sentido de encadeamento de atos). Ao se inserir o termo conciso de decisão, acatando parecer que lhe precede, na natural sequência lógica e temporal dos atos praticados, restará inequívoco que aquela decisão adota como suas as motivações expostas neste parecer.

A praxe interna adotada na estrutura correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil não só se demonstra completamente consentânea com a melhor doutrina do direito administrativo pátrio como também resta plenamente coerente com o bom senso e com o senso de razoabilidade de qualquer ser mediano. Diante de todos os ônus inerentes à instância disciplinar (ônus materiais e imateriais) e da instabilidade que se estabeleceria na instituição se cada representação ou denúncia automaticamente provocasse a instauração da instância disciplinar e se, ao final, se punisse o servidor, é plenamente razoável imaginar que o Chefe de Escor, na amplitude de sua jurisdição geográfica sobre a extensa gama de atividades em que atua o corpo funcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil, se valha de pareceres opinativos ou propositivos de seu assessoramento direto, com o fim de perscrutar mínima justa causa antes de julgar um procedimento de índole punitiva (o mesmo se aplica ao Corregedor, nas excepcionais hipóteses em que figura como autoridade julgadora em decorrência de ter instaurado o processo).

O parecer de análise de processo deve ser inserido na base de dados do Sistema Normas - Atos Decisórios, no perfil específico da corregedoria, a que somente servidores da Coger e dos Escor têm acesso. Esta ferramenta tecnológica, que conta com recurso de pesquisa, opera no sentido da celeridade processual e da uniformização, ao dispor para o usuário a base de dados de pareceres de análise de processo feitos nas demais subunidades.

O mesmo aqui aduzido vale também no momento de se tomar a decisão de instaurar ou não procedimento disciplinar, em fase de admissibilidade, por meio do parecer de admissibilidade, já descrito em **2.5.5**.

#### **4.10.3.3 - Impedimento e Suspeição da Autoridade Julgadora**

Não se deve perder de vista que se aplicam à autoridade julgadora, em relação ao acusado, os mesmos critérios de análise de impedimento e suspeição, elencados em **4.4.2**, vez que a configuração destas vinculações pessoais podem viciar a participação de qualquer servidor ou autoridade.

A Lei nº 8.112, de 11/12/90, tratou apenas de algumas hipóteses de impedimento dos membros da comissão com relação ao acusado, no art. 149, § 2º. Todavia, há de se levar em conta também possíveis vinculações pessoais porventura existentes entre a autoridade julgadora e o acusado, integrando-se então com base na Lei nº 9.784, de 29/01/99, de aplicação subsidiária.

O impedimento deriva de uma situação objetiva e gera presunção absoluta de incapacidade. Uma vez configurada uma das hipóteses de impedimento, não há possibilidade de refutação pelo próprio impedido ou pela autoridade a que se destina a alegação. Daí, a autoridade julgadora fica proibida de atuar no processo, devendo obrigatoriamente comunicar o fato à autoridade superior. Aplicando-se subsidiariamente as hipóteses de impedimento elencadas no art. 18 da Lei nº 9.784, de 29/01/99, podem ser consideradas como as principais causas de impedimento da autoridade julgadora:

- ter interesse direto ou indireto na matéria;
- ter atuado ou vir a atuar como representante, testemunha, perito, procurador ou defensor no processo em questão ou se o fizeram ou o farão seu cônjuge, parentes ou afins de até terceiro grau (destacando-se que, na Lei Geral do Processo Administrativo, que não é disciplinar, o termo “representante” tem o significado de “procurador” e não de “servidor denunciante”);
- e estar litigando judicial ou administrativamente com o acusado ou com o cônjuge ou companheiro do acusado, desde antes da instauração do processo administrativo disciplinar.

Em interpretação extensiva do art. 149, § 2º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, pode-se acrescentar ainda a hipótese de a autoridade julgadora ser cônjuge, parente ou afim de até terceiro grau do acusado (hipótese em que também se pode cogitar de aplicação do art. 18, I da Lei nº 9.784, de 29/01/99).

Ademais, merece especial atenção a hipótese de ter este mesmo agente atuado como integrante da comissão disciplinar e posteriormente, no curso do mesmo processo, ter sido alçado à condição de autoridade julgadora. Embora se tenha afirmado em 4.2.1 que tal hipótese não configura impedimento para que este agente atue, como autoridade instauradora, nas prorrogações e designações de novas comissões, ao contrário, configura impedimento para que atue como autoridade julgadora.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/9.

*Nota Técnica Coger nº 2005/9: “Ementa: Não encerra ilegalidade um servidor que tenha participado da Comissão Disciplinar ser alçado à condição de autoridade instauradora, tendo em vista que esta situação não configura impedimento ou suspeição previstos em lei. Entretanto, este servidor não poderá atuar como autoridade julgadora.*

*5. Entretanto, convém salientar que, nesse caso, o aludido servidor não deverá proferir julgamento acerca da matéria. Isto, pois, a atuação do mesmo como parte no feito disciplinar pode já ter influenciado seu convencimento, contaminando, assim, a imparcialidade que requer tal decisão.”*

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 149.*

*§ 2º Não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.*

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:*

*I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;*

*II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;*

*III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.*

*Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato a autoridade competente, abstendo-se de atuar.*

*Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.*

Já a suspeição deriva de uma situação subjetiva e gera uma presunção relativa de incapacidade. Ao contrário do impedimento, não há obrigatoriedade de sua manifestação à autoridade superior. Assim, o vício fica sanado se não for arguido pelo acusado ou pela autoridade julgadora. Além disto, ainda que configurada uma das hipóteses de suspeição, há possibilidade de refutação pela própria autoridade julgadora suspeita ou pela autoridade superior, visto que as alegações de suspeição apresentadas pela própria autoridade julgadora são apreciadas pela autoridade superior e as apresentadas pelo acusado são avaliadas pela autoridade julgadora e remetidas à autoridade superior.

Aplicando-se subsidiariamente as hipóteses de suspeição elencadas no art. 20 da Lei nº 9.784, de 29/01/99, pode ser apontada como principal causa de suspeição da autoridade julgadora, com relação ao acusado: ter com ele, ou com seu cônjuge, parentes ou afins de até terceiro grau, relação de amizade íntima ou de inimizade notória. A Lei qualificou como íntima a amizade e notória a inimizade, de forma que, em regra, simples relação de coleguismo, ou sua ausência, decorrente do contato profissional cotidiano, não configura a vinculação qualificada prevista como suspeita. A amizade íntima pressupõe relacionamento além dos limites laborais, com visitas familiares, lazer conjunto e ligação afetiva de

companheirismo e preocupação pessoal. Por outro lado, a inimizade notória também requer um conflito que ultrapasse mera reação de baixa empatia ou mesmo de antipatia, de conhecimento geral pelo menos dentro do ambiente da repartição. Ademais, o vício fica sanado se não for arguído pelo acusado ou pela própria autoridade suspeita.

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.*

*Art. 21. O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo.*

*STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.613: “Ementa: 2. Nas hipóteses de suspeição há presunção relativa de parcialidade, sujeita à preclusão. Se o interessado deixa de arguí-la na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos (art. 138, § 1º do CPC), convalida-se o vício, tendo-se por imparcial o magistrado.”*

Em 4.2.6 foram apresentadas as definições de graus de parentesco e a forma de contá-los, bem como alertou-se para a inaplicabilidade da alegação de nulidade em benefício de quem lhe deu causa, a cuja leitura se remete.

Apresentadas as hipóteses materiais de incidentes de impedimento e de suspensão da autoridade julgadora, quanto à sua instrumentalidade, é de se dizer que, como as Leis nº 8.112, de 11/12/90, e nº 9.784, de 29/01/99, não abordaram o tema, a solução se reporta aos arts. 97 a 101, 105, 111 e 112 do CPP.

Se a própria autoridade julgadora, espontaneamente, demonstra, de forma objetiva, ser impedida ou se manifesta suspeita em face do acusado, basta que os atos que lhe competem sejam realizados por seu substituto eventual, em perfeita analogia com o art. 97 do CPP.

Se o tema vem à tona por provocação da defesa, não se prescinde da manifestação da autoridade julgadora; e aí cabem duas possibilidades. Por um lado, se a autoridade julgadora acata a tese de ser impedida ou suspeita, novamente, mediante a prova irrefutável do impedimento ou a alegação pertinente da suspeição, basta que a autoridade manifeste este reconhecimento e que os atos que lhe competem sejam praticados por seu substituto eventual, em perfeita analogia com os arts. 98 e 99 do CPP. Mas, por outro lado, se a autoridade julgadora não acata a tese de ser impedida ou suspeita, deve o incidente ser protocolizado em autos apartados, a ser instruído com a peça inicial da parte e com a manifestação da autoridade, e em seguida remetido para decisão da autoridade superior, em perfeita analogia com o *caput* do art. 100 do CPP: sendo o Chefe de Escor, seguem para o Corregedor; sendo o Corregedor, seguem para o Secretário da Receita Federal do Brasil.

Em qualquer hipótese de alegação de impedimento ou de suspensão, seja espontaneamente pela própria autoridade julgadora, seja pela defesa, deve o incidente ser levado à decisão da autoridade hierarquicamente superior, coletando-se manifestação circunstanciada daquela autoridade cuja isenção se questiona. À luz dos arts. 111 e 112 do CPP, os questionamentos de impedimento e de suspeição são incidentais e não suspendem o andamento do processo principal enquanto são analisados (a despeito de o art. 313, III do CPC prever a suspensão, elege-se como primeira fonte de integração a processualística penal, em razão da maior afinidade). Mas, por outro lado, uma vez decidido pela ocorrência de impedimento ou de suspeição da autoridade julgadora, os atos por ela cometidos são declarados nulos e devem ser refeitos.

*CPP - Art. 97. O juiz que espontaneamente afirmar suspeição deverá fazê-lo por escrito, declarando o motivo legal, e remeterá imediatamente o processo ao seu substituto, intimadas as partes.*

*Art. 98. Quando qualquer das partes pretender recusar o juiz, deverá fazê-lo em petição assinada por ela própria ou por procurador com poderes especiais,*

*aduzindo as suas razões acompanhadas de prova documental ou do rol de testemunhas.*

*Art. 99. Se reconhecer a suspeição, o juiz sustará a marcha do processo, mandará juntar aos autos a petição do recusante com os documentos que a instruem, e por despacho se declarará suspeito, ordenando a remessa dos autos ao substituto.*

*Art. 100. Não aceitando a suspeição, o juiz mandará autuar em apartado a petição, dará sua resposta dentro em três dias, podendo instruí-la e oferecer testemunhas, e, em seguida, determinará sejam os autos da exceção remetidos, dentro em vinte e quatro horas, ao juiz ou tribunal a quem competir o julgamento.*

*Art. 101. Julgada procedente a suspeição, ficarão nulos os atos do processo principal, pagando o juiz as custas, no caso de erro inescusável; rejeitada, evidenciando-se a malícia do excipiente, a este será imposta a multa de duzentos mil-réis a dois contos de réis.*

*Art. 111. As exceções serão processadas em autos apartados e não suspenderão, em regra, o andamento da ação penal.*

*Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser argüido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.*

#### **4.10.4 - O Valor do Relatório no Julgamento e a Livre Convicção da Autoridade Julgadora**

##### **4.10.4.1 - Em Princípio, o Julgamento Acata o Relatório**

Embora, como regra geral, prevaleça o princípio de que a autoridade julgadora baseia sua convicção na livre apreciação das provas (conforme o *caput* do art. 155 do CPP), podendo solicitar, se julgar necessário, parecer fundamentado de assessoramento ou de setor jurídico a respeito do processo, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, privilegia a apuração realizada pelo foro legalmente competente, ou seja, *a priori*, o julgamento acata o relatório da comissão.

*CPP - Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 167.*

*§ 4º Reconhecida pela comissão a inocência do servidor, a autoridade instauradora do processo determinará o seu arquivamento, salvo se flagrantemente contrária à prova dos autos. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.*

*Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.*

*Parecer AGU nº GQ-135, não vinculante: “Ementa: Na hipótese em que a veracidade das transgressões disciplinares evidencia a conformidade da conclusão da comissão de inquérito com as provas dos autos, torna-se compulsório acolher a proposta de aplicação de penalidade.”*

Neste rumo, enfatizam-se os dispositivos acima, da Lei nº 8.112, de 11/12/90, por

meio dos quais o legislador quis deixar claro que o trabalho da comissão disciplinar merece forte e apriorístico respaldo por parte da autoridade julgadora. A Lei dá ao aplicador a inequívoca notícia de que as conclusões expostas pelo foro legalmente eleito e competente para a apuração contraditória, na segunda fase processual (ou seja, o trabalho feito pela comissão formada por três servidores estáveis, ao conduzir o inquérito administrativo), repercutem com grande importância na terceira e última fase do processo, que é o julgamento.

Se, por um lado, é inequívoco que o relatório não se consubstancia no julgamento em si (uma vez que, como já dito acima, é válida a aplicação do mandamento do *caput* do art. 155 do CPP), por outro lado, não se discute que o relatório da comissão influi fortemente no julgamento (só podendo e devendo o julgador atuar quando o relatório da comissão contraria as provas por ela mesmas coletadas). Daí, o forte mandamento generalista do art. 168 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, no sentido de que, em princípio, o julgamento acata o relatório da comissão, com o reforço quando se trata especificamente da hipótese absolutória (o legislador destacou esta hipótese, como se quisesse dar mais ênfase ao trabalho da comissão quando ela propõe arquivamento, acrescentando o advérbio “flagrantemente” no art. 167, § 4º da mesma Lei). Esta é a regra, a da aceitação do trabalho da comissão; excepcionalmente, a regra pode e deve ser quebrada quando o relatório contradiz as provas da instrução.

Como consequência do antes exposto, não é dado à autoridade julgadora o direito de impor, por mera opinião, sua leitura jurídica aos fatos apurados pela comissão quando a conclusão deste foro legalmente competente estiver de acordo com as provas dos autos e o processo não contiver nulidade. O poder de a autoridade julgadora alterar a conclusão proposta pela comissão somente se aplica quando esta for contrária à prova dos autos.

A obediência à interpretação sistemática não só da Lei nº 8.112, de 11/12/90, mas também com atenção a todos os princípios reitores da instância punitiva administrativa, impõe um delimitador na atuação do julgador quando este intenciona atuar em detrimento da conclusão da comissão. O art. 167, § 4º e o art. 168 da mencionada Lei não conferem ao julgador o poder de alterar a conclusão do foro legalmente eleito quando a conclusão da comissão é aceitável ou defensável mediante a prova dos autos e este julgador tão somente vislumbra uma outra solução, ainda que também aceitável ou defensável (é pacificamente conhecida a possibilidade de tais situações dicotômicas em Direito, em que, trilhando-se margens turvas entre o certo, o errado e o tolerável, parece caber soluções tanto de um molde quanto de outro). Em tais situações, a mencionada interpretação sistemática identifica qual das duas soluções aparentemente conflituosas deve prevalecer: indubitavelmente, a Lei e os princípios reitores homenageiam o trabalho coletado pela própria comissão.

A interpretação que se extrai é de que ninguém melhor para concluir que aquele que coletou as provas, que se debruçou meses sobre os autos, que dialogou, dentro das ferramentas jurídicas lícitas, com o acusado em rito contraditório, na válida dialética processual. Na hipotética situação extrema, em que ao aplicador parece ser possível adotar tanto uma solução (relatada pela comissão) como outra (eleita como mais ajustada pelo julgador), não sendo a primeira absurda e contrária aos autos, é de se homenagear o trabalho do colegiado.

*Parecer AGU nº GQ-127, não vinculante: “12. O exame do contexto dos autos imprime a convicção de que a gravidade, as consequências para a moralidade administrativa e o teor das infrações, enumeradas no relatório final e no primeiro item deste expediente, justificam a conclusão da c.i., que logrou comprovar e especificar os fatos, com indicação das correspondentes provas. Apenação é mera e inevitável decorrência das regras inseridas na Lei nº 8.112, inclusive o art. 168, mormente em se considerado que a comissão vivenciou a apuração das faltas disciplinares e, destarte, tinha as melhores condições para aquilatar sua veracidade com maior exatidão.”*

*“Dentro do sistema da livre apreciação da prova, reinante no Direito Positivo pátrio, a autoridade julgadora, em princípio, não fica vinculada às conclusões*

*da comissão de processo, podendo, pois, julgar em sentido contrário, desde que a isso autorizem as provas existentes nos autos.*

*Com efeito, há de se inferir que o livre convencimento do julgador deverá embasar-se nos elementos de prova do processo e não em considerações periféricas e alheias aos autos.*

*Assente-se, portanto, que as conclusões das comissões, desde que estejam cimentadas nas provas dos autos, merecem fiel acatamento por parte da autoridade julgadora.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 268 e 269, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“Parece desnecessário enfatizar sobre a imprescindibilidade da mais minuciosa justificativa, pela autoridade, de sua decisão que divirja da apontada pela comissão. O trabalho desta última se estendeu por meses, de modo exaustivo e supostamente correto, observando todas as fases do processo. Terá a comissão, com certeza, colhido elementos de valor probante maior ou menor, e do conjunto das provas terá expedido sua orientação. Assim, ou a autoridade superior demonstra exagero ou irregularidade em todo o seu trabalho, de que resultou entendimento equivalentemente equivocado, ou o acata sem maior transtorno. Porque para divergir precisará apresentar fundamento mais convincente do que aquele que lhe chegou às mãos.” Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis”, pg. 278, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

#### **4.10.4.2 - Alteração do Enquadramento: Defesa Acerca do Fato**

Conforme o art. 168, parágrafo único da Lei nº 8.112, de 11/12/90, somente no caso de a conclusão relatada pela comissão ser contrária às provas dos autos, pode a autoridade julgadora, motivadamente, decidir de outra forma, para isentar de responsabilidade o servidor ou para abrandar ou até para agravar a pena proposta (por óbvio que a autoridade somente pode julgar pelo agravamento quando houve indicição e coleta de defesa - sem isto, deve determinar o retorno à fase de instrução).

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 168.*

*Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.*

Independente do resultado final - se isto importaria em atenuação ou até mesmo em agravamento -, é absolutamente pacífico na jurisprudência administrativa, emanada pela Advocacia-Geral da União, conforme seus Pareceres AGU nº GQ-121 e nº GQ-149, que a alteração de enquadramento no julgamento, por força do entendimento motivado da autoridade julgadora, não significa cerceamento de defesa, se os fatos imputados na indicição não foram acrescidos, uma vez que a defesa se reporta aos fatos e não aos enquadramentos.

*Parecer AGU nº GQ-121, não vinculante: “10. (...) A omissão ou substituição de dispositivo, com vistas ao enquadramento e punição da falta praticada, não implica dano para a defesa, advindo nulidade processual, em consequência. A este aspecto encontrava-se atento o legislador ao determinar que os preceitos transgredidos devem ser especificados no relatório, sem adstringir esse comando à elaboração da peça instrutória. No entanto, o zelo demonstrado pela c.i, quando indica, na indicição, os preceitos desrespeitados não desmerece a execução dos seus trabalhos.”*

*Parecer AGU nº GQ-149, não vinculante: “Ementa: A autoridade julgadora não se vincula, obrigatoriamente, ao relatório conclusivo da comissão processante, quando contrário às provas dos autos, podendo, se assim o desejar, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la e até*

*mesmo isentar o indiciado de responsabilidade (art. 168, da Lei nº 8.112/90). O ato de julgamento deverá ser, então, motivado pela autoridade competente, apontando, na sua peça expositiva, as irregularidades havidas no 'iter' inquisitivo, tornando-se, desse modo, imune às interpretações e consequências jurídicas que poderão advir de seu ato."*

*"De resto, ressalte-se que não configura julgamento extrapolante o fato de a autoridade entender que a conduta punível do acusado deva ser enquadrada em outro dispositivo que não o indicado pela comissão no seu relatório final, desde que a nova classificação da falta se arrime nos fatos acoimados ao funcionário no despacho indiciatório referido." José Armando da Costa, "Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar", pg. 270, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Na sistemática da Lei nº 8.112, de 11/12/90, conforme já se abordou em 4.5.2 e em 4.9.2, a despeito de o art. 161 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, iniciar seu comando determinando que a infração seja "tipificada" (ou, melhor dizendo, em linha de coerência com a forma como se constrói o Direito Administrativo Disciplinar material, que a infração seja enquadrada), à luz do exposto no Parecer AGU nº GQ-121, a ausência de enquadramento na indicição não tem o condão de anular este ato formal de acusação. E tal assertiva advém de que, a rigor, o que inapelavelmente se exige na indicição é a perfeita e integral descrição fática que se imputa contra o acusado, para que deste conjunto fático ele possa se defender. Ora, se sequer se tem na processualística disciplinar a inquestionável obrigatoriedade de se apontar enquadramentos na indicição e, ademais, se este pode ser alterado pela comissão em seu relatório, após a apreciação da peça escrita de defesa, não configura cerceamento de defesa a alteração do enquadramento no julgamento, se mantidos os fatos.

Como a indicição baseia-se em acusações de fato e, em consequência, o indiciado defende-se contra a imputação do fato e não do enquadramento legal, no ato de julgamento, a autoridade competente tem livre convencimento para adotar a sua leitura jurídica do fato. Desde que o fato tenha sido bem apurado na instrução probatória e tenha sido fiel e integralmente descrito na indicição, ainda que a comissão tenha adotado uma leitura jurídica que a autoridade não considere a mais adequada ao julgar, pode esta autoridade ajustar a devida definição jurídica daquele fato e reenquadrá-lo, inclusive julgando em sentido de agravar.

Na doutrina penal, esta alteração de enquadramento, ou seja, a adequação apenas da definição jurídica ao fato perfeitamente descrito recebe o nome de *emendatio libelli* (corrigenda do libelo) e está prevista no art. 383 do CPP.

*CPP - Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 20/06/08)*

*STF, Mandado de Segurança nº 20.355: "Ementa: O indiciado, no processo disciplinar, defende-se contra a imputação de fatos ilícitos que lhe são imputados, podendo a autoridade administrativa adotar capitulação legal diversa da que lhes deu a comissão de inquérito, sem que implique cerceamento de defesa".*

*STF, Mandado de Segurança nº 21.321: "Ementa: (...) a defesa do indiciado em processo administrativo, como ocorre no processo penal, se faz com relação aos fatos que lhe são imputados, e não quanto a enquadramento legal."*

*STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 10.269: "Ementa: 1. No processo administrativo disciplinar, instaurado para apuração de falta cometida por funcionário público, a autoridade encarregada do julgamento não se vincula ao parecer da comissão e, desde que fundamente, pode, inclusive, aplicar penalidade mais grave, sem possibilidade de o Judiciário substituir sua*

*legítima discricionariedade.”*

*Idem: STF, Mandado de Segurança nº 21.297; STJ, Mandados de Segurança nº 7.019 e 7.376, Recursos em Mandado de Segurança nº 6.570, 11.625 e 24.536, Recurso Especial nº 21.655; e TRF da 2ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 27.878*

*STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.619, Voto: “Por outro lado, a Lei 8.112/90 autoriza que autoridade julgadora altere a penalidade imposta ao servidor pela comissão processante, desde que sua decisão esteja devidamente fundamentada, (...)”*

*STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.561: “Ementa: Ato de ministro de Estado que aplica penalidade de suspensão por noventa dias. Agravamento em relação à penalidade de advertência indicada no relatório de comissão disciplinar. Fundamentação insuficiente. Leitura do art. 168 da Lei 8.112/1990. O art. 168 da Lei 8.112/1990 não obriga a autoridade competente a aplicar a penalidade sugerida no relatório de comissão disciplinar, mas exige, para o agravamento dessa pena, a devida fundamentação. Nesse sentido, vencido o ministro relator, que dava parcial provimento ao recurso para restabelecer pena de advertência. Por maioria, recurso ordinário conhecido em parte, afastadas as demais alegações de nulidade, e, nessa parte, provido, para anular o ato impugnado, sem prejuízo de que outro venha a ser praticado com a devida fundamentação”.*

*STJ, Mandado de Segurança nº 8.576: “Ementa: 2. É impossível examinar-se a alegação de parcialidade da comissão administrativa encarregada do processo disciplinar, sem reapreciar-se o contexto probatório, o que é vedado na via estreita do mandado de segurança. Ademais, não bastasse esse motivo, é forçoso convir que a dita comissão tem somente missão subsidiária e acessória destinada a instaurar o contraditório e a ampla defesa, colhendo as provas e, finalmente, elaborando o relatório, sem ter qualquer participação direta no julgamento.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 13.364: “Ementa: A autoridade coatora apontada, que impõe a pena de demissão, vincula-se aos fatos apurados e não à capitulação legal proposta pela Comissão Processante. Da mesma forma, o indiciado se defende dos fatos contra eles imputados, não importando a classificação legal inicial, mas sim a garantia da ampla defesa e do contraditório. Por isso, a modificação na tipificação das condutas pela Autoridade Administrativa não importa nem em nulidade do PAD, nem no cerceamento de defesa.”*

*TRF da 1ª Região, Apelação Cível nº 2000.32.00.6062: “Ementa: 1. Nos termos da Súmula 473 do STF, a Administração pode, em obediência ao princípio da legalidade, anular os próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais ou pode revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade. 2. Tendo a comissão disciplinar considerado que houve infração ao art. 117, inc. IX, da Lei 8.112/90, a ser punida com pena de demissão, a teor do que determina o art. 132, XII, da Lei 8.112/90, é de se reconhecer que houve vício na decisão que determinou a aplicação da pena de suspensão à autora. 3. Considerando que a competência para aplicar a penalidade de demissão é da autoridade subdelegada ao Ministro de Estado a que se vincula a Delegacia do Ministério da Fazenda do Estado do Amazonas, em razão do que dispõe o 141, inc. I, da Lei 8.112/90 c/c art. 1º, inc. I, do Decreto 3.035 de 27.04.1999, correta a determinação no sentido de tornar sem efeito a portaria que havia aplicado a pena de suspensão, com o envio do processo para a autoridade hierarquicamente superior. 4. Não houve ofensa à ampla defesa ou ao devido processo legal no processo administrativo disciplinar instaurado contra a autora, visto que ela estava ciente do conteúdo da acusação contra ela formulada e apresentou defesa escrita, por meio de advogados constituídos.”*

*TRF da 4ª Região, Apelação Cível nº 368.621: “Ementa: 3) Em sendo possível a aplicação da denominada ‘emendatio libelli’ (art. 383 do Código de Processo Penal) no processo penal, ramo do direito onde há exposição de bem da vida de maior importância, como a liberdade do indivíduo, com maior razão, possibilita-se a aplicação deste instituto no processo administrativo disciplinar.”*

*“De resto, ressalte-se que não configura julgamento extrapolante o fato de a autoridade entender que a conduta punível do acusado deva ser enquadrada em outro dispositivo que não o indicado pela comissão no seu relatório final, desde que a nova classificação da falta se arrime nos fatos acoimados ao funcionário no despacho indiciatório referido.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 270, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“O Servidor se defende dos fatos e não da capitulação legal. Esta é uma regra do direito processual penal que todos os professores de PAD ensinam. Ou seja o fato de a acusação (indiciação) enquadrar o ilícito disciplinar em um determinado artigo da Lei 8.112/90 não impede que autoridade julgadora reveja este enquadramento e utilize outro artigo da lei para capitular a conduta do servidor.*

*Isto decorre do parágrafo único do art.168, transcrito acima, e faz todo sentido, porque tal proceder não afronta a defesa, pois esta é feita em relação aos fatos e não ao enquadramento legal posto na indicição. O servidor vai alegar na sua defesa escrita que aquele fato não ocorreu ou que ocorreu de outra forma, a capitulação legal fica a cargo da autoridade julgadora.” Vinicius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 135, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

*“Neste sentido, a decisão do Supremo Tribunal Federal: Mandado de Segurança. Demissão. Processo Disciplinar. Defesa. ‘O indiciado, em processo disciplinar, se defende contra os fatos ilícitos que lhe são imputados, podendo a autoridade administrativa adotar capitulação legal diversa da que lhe deu a Comissão de Inquérito, sem que implique cerceamento de defesa.’*

*Com efeito, o despacho de indiciamento trata dos fatos apurados e de sua autoria e, em consequência, a peça de defesa discute essa autoria, a existência do fato e eventuais atenuantes da conduta punível, não discutindo a natureza nem a dimensão da penalidade a ser aplicada, pois esta parte é de competência da autoridade julgadora. Portanto, esta pode adotar entendimento diverso do esposado no relatório, e capitular diversamente a falta.” Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 183, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

*“Se o conjunto probatório constante dos autos for suficiente para formar a convicção da autoridade julgadora, acolher, desacolher, ou acolher em parte o relatório final da comissão (nos termos da primeira parte do caput do art.168 da Lei nº 8.112/90), sugerindo a inocência ou a responsabilidade do servidor (penalidade cabível), a teor do parágrafo 1º do art.165 da Lei nº 8.112/90, conforme o caso.*

*Para se definir a penalidade cabível, pode ser feito desenquadramento e/ou reenquadramento dos ilícitos administrativos (o servidor se defende dos fatos e não da tipificação legal), de acordo com as provas constantes dos autos, nos termos do caput do art.168 da Lei nº 8.112/90 (‘O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.’), considerando a ordem a seguir (...)” Adriene de Almeida Lins, Debora Vasti S. Bomfim Denys, “Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 123, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

*“Responde o servidor público pelos atos que pratica contra a Administração mesmo que estes não venham a se constituir numa demonstração do elenco delituoso, pois sempre existe para a falta constatada a sua inequívoca demonstração e, correlatamente, a forma jurídica pela qual ela pode ser elidida*

*ou atenuada quando resultar comprovada ou não.” Egberto Maia Luz, “Direito Administrativo Disciplinar”, pg. 82, Edipro, 4ª edição, 2002*

*“Conforme comentado, a lei, a jurisprudência, a doutrina e a AGU são unânimes no entendimento de que os acusados em PAD defendem-se quanto aos fatos que lhe são imputados e não quanto ao enquadramento dado pela comissão na indicição, até porque nessa peça não há obrigatoriedade de se enquadrar a infração, bastando que nela constem os fatos contrários ao regime disciplinar praticados pelo acusado.*

*(...) a Lei nº 8.112/90, doravante tratada por Estatuto, não prevê reabertura de prazo para complementação da defesa, e a doutrina, a jurisprudência e a Advocacia-Geral da União - AGU entendem que o acusado se defende exclusivamente quanto aos fatos e não quanto ao enquadramento da infração. Esse entendimento se baseia no princípio jurídico consubstanciado no brocardo narra mihi factum, dabo tibi jus - narra-me o fato e te darei o direito. No Direito Penal, fonte subsidiária do Direito Disciplinar, o aludido princípio tem total aplicabilidade, de forma que o Juiz pode alterar o enquadramento dado pelo Ministério Público na denúncia caso entenda que não se emparelha com os fatos apurados.”, Luciano Rosa Vicente, “Violação de Princípio Constitucional no PAD Federal Mediante Cerceamento de Defesa na Alteração de Enquadramento”, Revista Fórum Administrativo, nº 181, pgs. 40 a 51, Editora Fórum, março de 2016*

Aqui, remete-se à leitura do que já se aduziu em **4.10.2.1**, adaptando à espécie a recomendação de que, caso a autoridade julgadora decida não acatar a proposta da comissão, ainda que em nenhum momento se cogite de descumprimento dos Pareceres AGU nº GQ-177 e GQ-183 (que ratificam o caráter vinculante da aplicação da pena associada ao enquadramento), não convém embasar a decisão nestas duas manifestações da AGU (sobretudo em caso de agravamento), visto haver jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça de que ambas afrontariam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ao contrário, convém que o julgamento (no parecer propositivo ou na decisão em si) ratifique que as razões ali expostas para não acatar a proposta da comissão amoldam-se perfeitamente aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e aos parâmetros necessários à devida individualização da pena.

É de se destacar que aqui não se trata de esfera recursal (que será abordada em **5.1**), vez que não houve decisão acatando a primeira proposta da comissão e que tenha sido posteriormente anulada ou revogada, para que prevalecesse uma segunda decisão mais gravosa. Aqui, há apenas uma proposta da comissão e que não é, motivadamente, acatada pela autoridade julgadora, não tendo de se cogitar, portanto, da aplicação do art. 64 da Lei nº 9.784, de 29/01/99, que determinaria a oferta de manifestação ao acusado na hipótese de que qualquer esfera recursal por ele mesmo manejada resultasse em agravamento da decisão original. Em outras palavras, a possibilidade de a autoridade julgadora agravar a proposta da comissão não obriga a notificação ao acusado para apresentar manifestação, visto que o contraditório já restou satisfeito com as alegações acerca dos fatos apurados.

Não obstante, embora não obrigatório, por não haver previsão legal, no caso específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil, quando o Chefe de Escor (ou o Corregedor), motivadamente, decidir agravar a proposta de responsabilização feita pela comissão de arquivamento ou de aplicação de pena de advertência ou de suspensão e até trinta dias em pena expulsiva, de forma a fazer com que a competência julgadora que originalmente poderia ser sua suba para a alçada ministerial, não há obrigatoriedade de se dar ciência à defesa do despacho que encaminhou os autos para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e muito menos de se conceder prazo para nova manifestação. Não obstante, se, por qualquer motivo, o acusado, espontaneamente, apresentar algum tipo de memorial de defesa, esta peça deve ser juntada ao processo de imediato. Mas, mesmo que os autos ainda estejam localizados no sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil, esta nova peça deve ser

remetida para a apreciação exclusiva da PGFN. De se ressaltar que, se se defende em segurança esta tese quando o agravamento extrapola a competência originária da autoridade instauradora (em propostas de advertência ou de suspensão agravadas para proposta de pena expulsiva), com mais certeza ainda se assevera a desnecessidade de nova provocação à defesa quando o agravamento se dá na esfera de competência da própria autoridade instauradora, diante de agravamento de proposta de arquivamento para aplicação de advertência ou de agravamento de proposta de arquivamento ou de advertência para aplicação de suspensão de até trinta dias ou de majoração do quantum de dias de aplicação de pena de suspensão, dentro do limite de trinta dias.

Na mesma linha ora defendida é a manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 21, de 26 de fevereiro de 2018.

*Enunciado CGU/CCC nº 21, de 2018: “Agravamento da sanção pela autoridade julgadora sem nova manifestação da defesa. A autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, sendo desnecessária a abertura de novo prazo para a apresentação de defesa”.*

Por óbvio, não se admite o agravamento do julgamento em relação ao relatório para aplicar punição com base em fato que não tenha constado da indicição. Conforme já se abordou em 4.5.2 e 4.9.2, a indicição delimita faticamente a acusação, pois somente contra o que dela consta poderá o servidor se defender. A consideração de novos elementos fáticos formadores de convicção importa baixar novamente o processo em instrução, com nova indicição e reabertura de prazo de defesa. A doutrina penal chama este incidente de *mutatio libelli* e para ele o art. 384 do CPP prevê diligências saneadoras antes do julgamento, diferentemente do art. 383, mencionado acima, em que a necessidade de se corrigir o enquadramento não impede que se proceda ao julgamento. E menos ainda se pode cogitar de agravamento do julgamento em relação ao relatório absolutório, para aplicar punição em servidor que sequer foi indiciado, conforme aduzido em 4.10.1.2, hipótese em que deve ser reaberta a instrução e ser o servidor indiciado e coletada sua defesa.

*CPP - Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 20/06/08)*

*§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 20/06/08)*

*TRF da 4ª Região, Apelação Cível nº 171.093: “Ementa: No inquérito administrativo, semelhantemente ao que ocorre no processo penal, não pode o servidor ser punido com base em fato não constante da imputação que lhe foi inicialmente feita (mutatio libelli). Se o inquérito foi iniciado para apurar abandono do cargo e inassiduidade habitual, tipificados nos incisos II e III do art. 132 da Lei 8.112/90, não pode o servidor ser demitido por improbidade administrativa, tipificada no inciso IV do mesmo artigo, cujo suporte fático é diverso, sem que lhe seja reaberta oportunidade para defesa.”*

*“O despacho de indiciamento tem por fim delimitar, processualmente, a acusação, o que significa dizer que a autoridade competente para julgar não poderá levar em conta fatos que não tenham sido articulados em seu contexto, sobre os quais não se estabeleceu contraditório e defesa.” Francisco Xavier da*

*Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 157, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

#### **4.10.4.4 - Presunção de Inocência e *In Dubio pro Reo***

Por fim, destaque-se que se, à luz da livre apreciação da prova, o conjunto probatório não for suficiente para fornecer à autoridade julgadora convicção acerca da responsabilização, e não havendo mais o que se buscar em termos de provas, uma vez que cabe à Administração o ônus de comprovar a materialidade e autoria ou concorrência (art. 156 do CPP), é recomendável que prevaleçam os princípios da razoabilidade (art. 2º da Lei nº 9.784, de 29/01/99), da presunção da inocência (art. 5º, LVII da CF) e do *in dubio pro reo* (art. 386, VII do CPP).

*CF - Art. 5º*

*LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;*

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 2º A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

*CPP - Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*

*I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*

*II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*

*Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:*

*VII - não existir prova suficiente para a condenação. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/08)*

*Parecer AGU nº GQ-173, não vinculante: “Ementa: A administração pode editar o ato punitivo apenas na hipótese em que esteja convencida quanto à responsabilidade administrativa do servidor a quem se imputa a autoria da infração. A dúvida deve resultar em benefício do indiciado.”*

*Parecer AGU nº GM-3, não vinculante: “Ementa: (...) Incumbe à administração apurar as irregularidades verificadas no serviço público e demonstrar a culpabilidade do servidor, proporcionando seguro juízo de valor sobre a verdade dos fatos. Na dúvida sobre a existência de falta disciplinar ou da autoria, não se aplica penalidade, por ser a solução mais benigna.(...)”*

*50. (...) compete à administração, por intermédio da comissão de inquérito, demonstrar a culpabilidade do servidor, com satisfatório teor de certeza.”*

*Parecer AGU nº GM-14, não vinculante: “8. (...) É reiterada a orientação normativa firmada por esta Instituição, no sentido de que o ônus da prova, em tema de processo disciplinar, incumbe à administração.”*

*TRF da 3ª Região, Apelação Criminal nº 2.300: “Ementa: (...) III. Se pelos elementos e provas carreadas, que compõem a instrução probatória, a autoria e culpabilidade dos acusados não restaram evidenciadas, de forma indubitável nos autos, a ponto de justificar uma condenação, é de ser aplicado o princípio do ‘in dubio pro reo’, insculpido no inciso VI do artigo 386 do Código de Processo Penal.”*

*(Nota: O antigo inciso VI do art. 386 do CPP passou a ser inciso VII, com a redação dada pela Lei nº 11.719, de 09/06/08)*

*“(...) a regra do ‘in dubio pro reo’ se aplica, em geral, somente em relação ao*

*fato típico, cuja prova incumbe ao acusador. As causas justificatórias ou circunstâncias eximentes devem ser provadas pela defesa.” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pg. 530, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

Relembre-se o já aduzido em **4.10.1.2**: na hipótese de julgamento em favor do arquivamento, por ausência de provas de infração disciplinar e em que se cogite da existência tão somente de indícios de desvio ético: pode a autoridade julgadora, após encerrada a instância disciplinar sem responsabilização, entender, seja por espontânea convicção própria, seja por provocação da comissão em seu relatório, que os trabalhos apuratórios, embora não tenham coletado provas de infração disciplinar, tenham levantado tão somente indícios de transgressão a princípio ou norma ética e assim provocar, mediante envio de cópia dos autos, a CEPS-RFB, para as análises de sua alçada. Ressalve-se que o ordenamento interno somente contempla a provocação da instância ética quando o caso não tenha configurado infração disciplinar; tendo havido a apuração de infração disciplinar, não há também que se provocar o rito específico da matéria ética pelo mesmo fato. Ressalve-se também que, em qualquer caso de provocação à CEPS-RFB, o material a ser remetido a este foro deve se restringir apenas aos elementos que noticiam o suposto desvio ético.

*Portaria RFB nº 3.286, de 24/08/11 - Art. 2º Na hipótese de arquivamento de sindicância ou processo administrativo disciplinar, a autoridade julgadora, por sua iniciativa ou por proposta da Comissão de Inquérito ou Sindicância, enviará cópia dos autos à CEPS-RFB, se entender presentes elementos que configurem possível desvio ético.*

*Portaria RFB nº 3.262, de 19/08/11 - Art. 4º Incumbirá à CEPS-RFB: III - aplicar a penalidade de censura ética, exclusivamente mediante decisão devidamente motivada, depois de esgotados o contraditório e a ampla defesa, aos agentes públicos em exercício na RFB, desde que a falta ética não configure infração sujeita a sanção mais grave, hipótese em que os autos serão encaminhados à autoridade competente para instauração de procedimento disciplinar; e*

## **4.10.5 - Juntada Extemporânea de Provas, Prazo para Julgar e o Ato do Julgamento**

### **4.10.5.1 - Memorial de Defesa**

Em princípio, por força do art. 153 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, tem-se que apenas a fase do inquérito é contraditória. Com isto, a rigor, não há previsão na Lei nº 8.112, de 11/12/90, para juntada de documentos (o chamado memorial de defesa ou aditamento de defesa), para se contrapor às conclusões da comissão, após sua dissolução, com a entrega do relatório à autoridade. Menos ainda há previsão para solicitação de novas provas. Nesta fase, o atendimento do mandamento constitucional se dá por meio da garantia à ampla defesa, com a prerrogativa de, ao final, poder interpor pedido de reconsideração ou recurso hierárquico contra a decisão, de forma que, encerrada a instrução probatória, a juntada extemporânea de prova por parte do acusado somente mereceria atenção em fase de recurso.

É de se entender que, neste caso, sequer se vislumbra conflito entre a Lei nº 8.112, de 11/12/90, e a Lei nº 9.784, de 29/01/99, em razão dos seus mandamentos do art. 3º, III e do art. 38, § 1º. Enquanto esta última, como Lei Geral do Processo Administrativo em sentido amplo, dita normas gerais, tem-se que, na matéria disciplinar, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabelece de forma mais específica o rito. A leitura atenta do processo descrito na Lei nº 8.112, de 11/12/90, leva à constatação que, como espécie de rito processual, ele se amolda ao gênero de condutas estabelecidas genericamente no art. 3º, III e no art. 38, § 1º da Lei nº

9.784, de 29/01/99. Ademais, havendo previsão específica do rito instrutório e da aplicação do princípio do contraditório na Lei nº 8.112, de 11/12/90, resta vedada a superposição dos mandamentos da Lei nº 9.784, de 29/01/99, pois o seu próprio art. 69 prevê aplicação subsidiária, apenas na lacuna de norma específica.

*Lei nº 9.784 - Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:*

*III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;*

*Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.*

*§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.*

*STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.526: “Ementa: Não há preceito legal que imponha a intimação pessoal dos acusados, ou permita a impugnação do relatório da Comissão processante, devendo os autos serem imediatamente remetidos à autoridade competente para julgamento [arts. 165 e 166 da Lei n. 8.112/90]. Precedente: [MS n. 23.268, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 07.06.2002].”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 8.209: “Ementa: IV - A Lei 8.112/90, ao estabelecer regulamentação específica para o processo disciplinar dos servidores públicos por ela regidos, admite aplicação apenas subsidiária da Lei 9.784/99. Se não há previsão na Lei 8.112/90 para o oferecimento de alegações finais pelo acusado antes do julgamento, não cabe acrescentar nova fase no processo para tal fim com base na lei genérica.”*

*Idem: STJ, Mandado de Segurança nº 11.221*

Todavia, a jurisprudência e a doutrina concordam que princípios relevantes para a esfera disciplinar, tais como princípios da verdade material, da ampla defesa, do interesse público e do formalismo moderado, autorizam não só a juntada extemporânea mas também, em caso de extrema relevância para elucidação, a apreciação de prova, até antes da decisão definitiva.

*STJ, Mandado de Segurança nº 2.047: “Ementa: Antes da decisão final a ser proferida em processo administrativo disciplinar, (...) cabe a juntada de documentos que noticiam fatos novos que poderiam influenciar no julgamento, em observância ao princípio da ampla defesa.”*

*Idem: STJ, Mandado de Segurança nº 6.478*

*“Em princípio, concluída a fase da defesa, tanto o acusado quanto o trio processante não podem mais anexar ao processo novos elementos de comprovação. Bem como havendo sido relatado o processo, com o seu subsequente encaminhamento à autoridade instauradora, as provas ou razões que porventura surgirem não poderão igualmente ser ajuntadas ao bojo daquele.*

*Tais provas novas somente poderão ser utilizadas pelo servidor imputado na instância de recurso, depois do julgamento.*

*Nada obstante, vale salientar que, em casos excepcionais - quando sejam de grande valia para o restabelecimento da verdade real dos fatos - poderão ser levadas ao processo novas provas, pela comissão ou pela autoridade instauradora ou julgadora, ainda que tenha sido relatado o processo. Se as provas forem francamente favoráveis ao servidor acusado, sem nenhuma restrição reflexa, não haverá, obviamente, necessidade de reabertura de espaço para recepcionar as emanações do contraditório, uma vez que tal providência extemporânea já realizou por si uma função de contradição acusatória. Já na hipótese reversa, quando tais provas forem desfavoráveis ao imputado, a única forma de acatá-las, em atendimento ao princípio da verdade real, é fazer a sua submissão ao princípio do contraditório, com a reabertura de novo prazo de*

*defesa do funcionário acusado.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 306, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“O inquérito, (...), portanto, é o momento de se produzir prova. (...) (...) Na prática, podemos imaginar a testemunha ou um novo documento, trazido pelo acusado, com explicações convincentes da impossibilidade de tê-lo feito antes. Sendo relevante para o mérito, a comissão não pode indeferir sob pretexto de intempestividade. Nem o pode fazer sob alegação de ter prazo exíguo.” Léio da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, pg. 215, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

Mas a aplicação daquela base principiológica deve ser ponderada com a atenção, em igual intensidade, à proteção do necessário regular andamento processual em face de estratégias meramente protelatórias de defesa; à ausência de previsão legal nos arts. 151 e 161 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, para tal peça intempestiva; e aos conceitos de preclusão temporal consumativa. Este conjunto de argumentos amparam a tese de que, a rigor, a Administração não está obrigada a analisar tal peça e que, ao assim agir, não se inquina de nulidade o processo. Desta forma, o equilíbrio entre aquele rol de princípios conservadores e o rol de argumentos acima repousa na recomendação de que o memorial de defesa porventura apresentado já na fase de julgamento deve ser objeto de análise sucinta, sem adentrar em cada alegação em si acerca do mérito, a fim de verificar se a peça contém contestações de ocorrência de ilegalidade ou de superveniência de fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do servidor. Somente na presença de tais elementos é que o memorial de defesa faz merecer detida análise e enfrentamento da questão de mérito que se demonstrou pertinente e relevante.

*Orientação Coger nº 44*

*Memorial ou aditamento de defesa apresentado na fase de julgamento deve ser objeto de análise apenas acerca de ocorrência de ilegalidade ou de superveniência de fato novo ou circunstância suscitadores da inocência.*

O amparo para tal aceitação advém do já exposto em **4.4.1.2**, em que se destacou que, na processualística disciplinar, diferentemente dos ritos processuais judiciais, não há quem acusa ou pleiteia e quem se defende ou contesta, ou seja, de não há duas partes que litigam com interesses antagônicos, fazendo com que o instituto da preclusão sofra frequentes mitigações e os delimitadores formais assumem menor força determinante diante da busca da verdade material. Assim, uma concessão como a que aqui se expressa, a favor da defesa, além do que expressamente se encontra previsto em lei, é juridicamente aceitável porque não gera prejuízo a interesses de parte oponente - visto não existir esta parte antagônica.

#### **4.10.5.2 - Contraditório: Entre Acusado e Administração**

Uma vez que no processo administrativo disciplinar o interesse maior é o do esclarecimento do fato, não se tem aqui a tríade do processo judicial (um Estado-juiz em meio a duas partes litigantes). Na especificidade do processo administrativo disciplinar, tem-se sempre apenas a Administração e o administrado. Em razão desta peculiaridade, o agente público deve estar sempre atento a não quebrar a isonomia, a não usar de forma parcial e desequilibrada o poder de condução dos trabalhos. No curso do processo, o polo da Administração inicialmente concentra-se nas mãos da autoridade instauradora, na fase pontual da instauração, movida pelo *in dubio pro societate*. Na segunda fase do processo, do inquérito contraditório, a comissão passa a representar a Administração, na persecução da prova. Por fim, na última fase, dissolvida a comissão, a autoridade julgadora passa a fazer as vezes da Administração.

Dito isto, na hipótese de excepcional e extemporaneamente ter o acusado apresentado argumentações ou provas ou ter solicitado novos atos instrucionais (por meio do chamado

memorial de defesa) já na fase de julgamento, sendo estes elementos relevantes na apreciação da autoridade julgadora, conforme exposto em **4.10.5.1**, não se deve cogitar de prejuízo à Administração, por não se dispor mais da comissão a contrapô-los. A autoridade julgadora é, nesta fase, o ente legalmente previsto para compor o polo da Administração. Não se fala em relação contraditória entre acusado e comissão, mas sim entre acusado e Administração. O Estado pode ser representado pela comissão ou pela autoridade, dependendo do momento processual: na fase instrucional, cabe à comissão contraditar as alegações de defesa; na fase de julgamento, pode fazê-lo a autoridade julgadora.

Então, conforme apresentado em **4.10.5.1**, este novo elemento extemporaneamente trazido ao processo pode causar diversas repercussões.

Primeiramente, se o memorial de defesa formulado pela parte tão somente apresenta alegações, sem solicitar realização de novas provas, são possíveis duas decisões: se as alegações já foram apresentadas na defesa, a autoridade, prosseguindo no julgamento, deve apenas fazer remissão ao relatório da comissão, onde, pelo menos em princípio, já foram rebatidas; se apresentar novas teses acerca de ocorrência de ilegalidade ou de superveniência de fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do servidor, deve enfrentá-las em mérito, não obstante ser possível julgá-las à vista apenas do que agora consta dos autos, se não vislumbrar necessidade de retomar a instrução probatória.

Por outro lado, se o memorial de defesa provoca ou solicita realização de novas provas, a autoridade competente deve analisar o pedido muito criteriosamente, visto ser excepcionalidade reabrir a instrução na fase de julgamento. Se entender que a prova solicitada não é relevante, deve a autoridade julgadora motivadamente denegar o pedido e concluir o julgamento; se, excepcionalmente, entender relevante a prova, por ela poder conduzir à convicção de ocorrência de ilegalidade ou de superveniência de fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do servidor, para melhor preservar os princípios constitucionais e legais, deve a autoridade julgadora designar nova comissão (que pode, preferencialmente, ter os mesmos membros originais) para realizar o ato, respeitando sempre as garantias de ampla defesa e contraditório. Dependendo do tipo de prova, do alcance constante da portaria de designação desta comissão e da repercussão da realização do ato, pode a comissão tão somente produzir a prova e juntá-la aos autos, sem se manifestar. Mas, em regra, convém que a comissão, no mínimo, se manifeste para a autoridade julgadora acerca desta nova prova. Caso, em função desta nova prova, a comissão vislumbre necessidade de realizar outros atos de instrução bem como de alterar a indicição, se a portaria ampara apenas a realização de um ato, convém que o colegiado primeiramente provoque a autoridade a aditar a portaria (não confundir esta hipótese com o caso em que a autoridade, de ofício, determina o refazimento dos trabalhos a partir de um determinado ponto considerado nulo, conforme se verá em **4.12**).

*“(...) é perfeitamente razoável admitir-se que a autoridade julgadora, que não está inteiramente jungida ao relatório da Comissão, conforme preceitua o art. 168 seguinte, possa buscar novos esclarecimentos para decidir, de modo a promover a indispensável Justiça. Tudo isto sem ferir o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 176, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

De certo é que a apuração incompleta não afasta nem impede a sua complementação, com vista à elucidação do fato. E aqui novamente se aplica o predomínio da competência da autoridade julgadora sobre possível entendimento da comissão em não realizar novo ato instrucional, conforme abordado em **4.10.1.3**, a cuja leitura se remete.

### **4.10.5.3 - O Prazo e o Ato Propriamente Dito em que se Exara o Julgamento**

Formalmente, o prazo para as decisões a cargo da autoridade instauradora, ou seja, a

cargo do Chefe de Escor (ou, excepcionalmente, do Corregedor) determinar o arquivamento do feito ou punir com penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias é de vinte dias, contados a partir do recebimento do processo da comissão. No caso de a pena cabível exceder a competência da autoridade instauradora e o processo ser remetido para o Ministro de Estado da Fazenda, dão-se mais vinte dias para decisão a cargo da autoridade julgadora, novamente contados a partir do recebimento do processo.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 167. No prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão.*

Mas tais prazos não são fatais. A própria Lei estabelece que julgamento fora do prazo não implica nulidade.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 169.*

*§ 1º O julgamento fora do prazo legal não implica nulidade do processo.*

*§ 2º A autoridade julgadora que der causa à prescrição de que trata o art. 142,*

*§ 2º, será responsabilizada na forma do Capítulo IV do Título IV.*

Este prazo de vinte dias para julgamento, na prática, atua apenas na contagem da prescrição, conforme se verá em **4.13.2.1**.

Se, uma vez encerrados os trabalhos da comissão, com a entrega do relatório, o acusado solicita exoneração ou aposentadoria, a rigor, o pedido deve ser sobrestado até o julgamento do processo. Como a própria Lei nº 8.112, de 11/12/90, prevê que o prazo de vinte dias para julgamento não é fatal, a sua extrapolção sem decisão não tem o condão de automaticamente permitir a exoneração ou aposentadoria a pedido, vedadas pelo art. 172 da citada Lei. Mas, uma vez que a inteligência do dispositivo é impedir que o acusado se evada da relação processual e que o prejuízo maior com tal postura se concentraria na fase do inquérito administrativo, até se pode cogitar de liberação da vedação legal já na fase de julgamento, em que *a priori* não se prevê participação do servidor.

Quanto ao termo em si em que a autoridade julgadora manifesta seu julgamento, em se tratando de ato cabível na competência da autoridade instauradora, deve o Chefe do Escor (ou o Corregedor) expressar que acata o relatório da comissão, que aprova o parecer de seu grupo de assessoramento, o qual opinou pela regularidade formal e material dos trabalhos (ou, se for o caso, deve expressar que aprova o parecer e que, tendo esta peça divergido do relatório no aspecto material, que não acata este texto final da comissão), e que adota seus fundamentos para julgar o servidor, seja pela isenção de pena (por comprovada inocência ou por insuficiência de prova condenatória), seja por sua responsabilização em razão do cometimento de determinada infração, reproduzindo a literalidade do seu enquadramento legal.

Na hipótese de responsabilização, deve a autoridade julgadora registrar no ato de julgamento que decide pela aplicação da penalidade cabível (advertência ou suspensão de até trinta dias) e que determina a expedição e a publicação da portaria punitiva, a ser publicada no boletim de serviço (ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora (que, em regra, é o Boletim de Serviço da Secretaria da Receita Federal do Brasil - BS RFB), bem como a extração de cópia desta decisão, para envio à Divisão de Gestão de Pessoas da respectiva Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil se o acusado é ativo lotado em unidade descentralizada ou lotado em unidade central situada fora de Brasília, ou à Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas, se o acusado é ativo lotado em unidade central situada em Brasília, ou à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda do respectivo Estado da Federação de residência, se o acusado é inativo ou ex-servidor, para registro da penalidade nos assentamentos funcionais e para que se operem os efeitos remuneratórios em caso de suspensão. Ainda especificamente no caso de suspensão, é necessário registrar o período em que se dará a efetivação do efeito da pena (que, em geral, é um período de dias a ser cumprido após a publicação do ato punitivo) e, se for o caso, a sua conversão em multa - ambos pormenores da pena de suspensão costumam ser previamente acertados com o titular da

unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do apenado.

O ato de julgamento deve ainda determinar, tanto em caso de arquivamento quanto em caso de responsabilização, que, com base no *caput* do art. 7º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21/11/13, e também do *caput* do art. 9º da Portaria Coger nº 14, de 30/01/14, que dispõem sobre apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Fazenda (MF) como um todo e especificamente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), se informem ao titular da unidade local as conclusões e eventuais recomendações e que se extraia cópia integral digitalizada (escaneada) e criptografada dos autos, em mídia digital, para remessa àquela autoridade a fim de que esta a entregue ao acusado, para ciência, mediante contrarrecibo, a ser devolvido ao Escor (ou à Coger); e que, após o cumprimento de tudo o que foi decidido, se extraia cópia integral digitalizada e criptografada do processo para suprir o arquivo interno do Escor (ou da Coger) e que se remetam os autos originais para o Arquivo Geral da Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda.

No caso de julgamento de alçada ministerial, a praxe adotada tem sido de o ato decisório apenas registrar que aprova o parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e que adota seus fundamentos, e que, por força do § 8º do art. 66 da Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017, se deve dar ciência ao Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controle e fazer com que os autos originais refaçam o caminho de volta para a Secretaria da Receita Federal do Brasil, a fim de que também se cumpram os dois comandos infralegais acima listados. Como neste caso não houve julgamento da alçada da autoridade instauradora, cabe ao Chefe de Escor (ou ao Corregedor), determinar, por meio de despacho a ser juntado quando do retorno dos autos, que, caso ainda não tenha sido providenciado, se faça o informe ao titular da unidade local, juntamente com cópia dos autos em mídia digital para o acusado; que se encaminhe cópia da decisão para a Cogep, Digep ou Samf registrar nos assentamentos a aplicação de pena e aplicar os efeitos remuneratórios cabíveis; e que se extraia cópia integral dos autos para arquivamento final, antes do envio para o Arquivo Geral.

Obviamente, caso tenha se operado a prescrição, o ato de julgamento responsabilizador não determina expedição de portaria punitiva e deixa de aplicar a pena que seria cabível, não havendo que se falar em registro da penalidade nos assentamentos funcionais e em seus efeitos remuneratórios, mas sim decide tão somente pelo arquivamento. Em consequência, também não há extração de cópia da decisão para envio à Divisão de Gestão de Pessoas da respectiva Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil se o acusado é ativo lotado em unidade descentralizada ou lotado em unidade central situada fora de Brasília, ou à Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas, se o acusado é ativo lotado em unidade central situada em Brasília, ou à Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda do respectivo Estado da Federação de residência, se o acusado é inativo ou ex-servidor.

Uma vez que, para qualquer que seja a autoridade julgadora, devem constar do ato de julgamento o enquadramento legal que melhor se amolda à conduta e a reprodução de sua literalidade, cabe relembrar o já aduzido em **4.5.3**, de que, *a priori*, se tem a regra geral de que, para uma conduta única, o enquadramento é único (operando, se for o caso, algum critério de resolução do conflito apenas aparente entre mais de um enquadramento cogitável). Todavia, há casos em que se opera o concurso formal de infrações, de forma que, mesmo se tendo conduta única, se pode ter diferentes infrações configuradas e, além disto, há casos de mais de uma conduta infracional por parte do servidor, ou seja, de ter cometido infrações independentes (múltiplas e dissociadas), situações para as quais não há que se cogitar de conflito aparente e em que se registram mais de um enquadramento.

Por fim, quanto ao ato de imposição de penalidade - qual seja, a portaria punitiva decorrente do ato de julgamento responsabilizador -, deve a autoridade julgadora reproduzir em seu preâmbulo sua competência legal (o inciso III do art. 141 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, pelo Chefe de Escor ou pelo Corregedor, em caso de aplicação de advertência ou de

suspensão de até trinta dias; ou o inciso II do mesmo comando legal, pelo Ministro de Estado da Fazenda, em caso de aplicação de suspensão de 31 a 90 dias; ou o inciso I do mesmo comando legal, conjugado com o Decreto nº 3.035, de 27/04/99, também pelo Ministro de Estado da Fazenda, em caso de aplicação de pena expulsiva) e o mesmo texto do ato de julgamento (em que se registraram o enquadramento legal em que melhor se adequa a conduta ilícita e a sua literalidade, como forma de descrever o fundamento legal e a causa da sanção), combinados com o dispositivo da mencionada Lei que comina a pena ao enquadramento aplicado (art. 129, 130, 132 ou 134). A identificação do enquadramento aplicado à conduta infracional e a reprodução literal de sua conduta atendem à exigência do parágrafo único do art. 128 da mesma Lei. No caso de aplicação de pena de suspensão, deve-se expressar também na portaria punitiva o período de efetivação dos seus efeitos e eventual conversão em multa.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 128.*

*Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*“O fundamento legal para aplicação da penalidade é a citação da norma legal que embasou a aplicação da sanção disciplinar e é feito de acordo com a tipificação legal, ou seja, de acordo com os deveres (art. 116 da Lei nº 8.112/90) e/ou as proibições funcionais (art. 117 da Lei nº 8.112/90) violados, nos casos dos arts. 129, 130 e 132; e de acordo com a penalidade correspondente à falta cometida, no caso dos arts. 134 e 135 da Lei nº 8.112/90. Os fundamentos legais para aplicações das penalidades (que estão relacionadas no art. 127 da Lei nº 8.112/90) estão previstos nos arts. 129, 130, 132, 134 e 135, todos da Lei nº 8.112/90.” Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, “Processo Administrativo Disciplinar - Manual”, pg. 174, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

E mesmo na hipótese de serem aplicados mais de um enquadramento (ilícitos independentes), não há que se falar em cumulação de penas. Sendo sanções distintas, registra-se na portaria e efetivamente se aplica apenas a mais grave. Sendo sanções iguais para os fatos apurados, a sanção é uma só (seja pena básica, seja uma pena agravada por parâmetros de dosimetria), fundamentada em todos os dispositivos legais aplicáveis ao caso. Nesta hipótese, em caso de pena expulsiva, por exemplo, eventual questionamento administrativo ou judicial acerca de um dos fatos ilícitos imputados ao servidor não terá o condão de reintegrá-lo se restarem inquestionáveis as conclusões acerca dos demais ilícitos independentes.

Editada a portaria punitiva, após ser assinada pela competente autoridade julgadora, deve o ato ser publicado, no BS RFB, para o caso de apenação da lavra do Chefe de Escor (ou excepcionalmente do Corregedor), ou no Diário Oficial da União, para o caso de apenação da lavra do Ministro de Estado da Fazenda.

## **4.10.6 - Consequências do Julgamento**

### **4.10.6.1 - Publicação, Presunção de Legitimidade e Autoexecutoriedade do Ato Punitivo**

Para que o julgamento responsabilizador seja um ato jurídico perfeito e acabado, é necessário que a portaria que aplicar a penalidade seja publicada. A publicação, seja no boletim de serviço ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora (que, em regra, é o Boletim de Serviço da Secretaria da Receita Federal do Brasil - BS RFB, no caso de julgamento do Chefe do Escor ou do Corregedor), seja no DOU (no caso do Ministro de Estado da Fazenda), aperfeiçoa o ato de julgamento e é requisito essencial para fins de todas as repercussões funcionais ou administrativas da apenação. Dependendo então da autoridade julgadora, a

portaria punitiva é publicada na Seção 2 do BS RFB ou na Seção 2 do DOU.

Especificamente quanto à veiculação de portaria no BS RFB, a proceduralização para a aposição da assinatura digital e para a publicação e a recomendação para que se juntem aos autos a impressão da versão em extensão “*portable document format*” (pdf) do ato e a(s) página(s) do Boletim que a contempla(m) podem ser revistas em 4.2.1.1, de repetição desnecessária e a cuja leitura se remete.

Prosseguindo na análise para qualquer caso, não se exige ciência pessoal do acusado para que se concretizem e para que se apliquem os efeitos do julgamento; a publicação faz presumir o conhecimento e autoriza a aplicação dos efeitos do julgamento (mesmo no caso da publicação por meio BS RFB, que é diariamente disponibilizado de forma ostensiva e acessível na *intranet* institucional, e muito mais inquestionavelmente no caso de publicação em DOU). Acrescente-se ainda que, para fim de seu principal efeito, que é externar o julgamento, eventual ausência de publicação não anula o ato se dele, comprovadamente por qualquer outra forma válida, teve ciência pessoal o acusado.

*STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.619, Voto: “Além disso, o recorrente aduz cerceamento de defesa, em virtude da ausência de intimação pessoal da pena de demissão imposta pela Portaria n. 17/2002. Contudo, registre-se que o recorrente teve plena ciência do conteúdo da mencionada Portaria por intermédio de sua publicação no Diário Oficial da União no dia 25 de janeiro de 2002. Ressalte-se, ainda, que a publicação na imprensa oficial é a comunicação adequada para o ato, sendo desnecessária a intimação pessoal do acusado.”*

*STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.526: “Ementa: 3. Não houve, no presente caso, ofensa ao art. 28 da lei n. 9.784/98, eis que os ora recorrentes tiveram pleno conhecimento da publicação oficial do ato que determinou suas demissões em tempo hábil para utilizar os recursos administrativos cabíveis. 4. Não há preceito legal que imponha a intimação pessoal dos acusados, ou permita a impugnação do relatório da Comissão processante, devendo os autos serem imediatamente remetidos à autoridade competente para julgamento [arts. 165 e 166 da Lei n. 8.112/90].”*

*STF, Mandado de Segurança nº 23.268: “Ementa: Mandado de Segurança. Servidor Público. Processo Administrativo. Pena Disciplinar de Demissão. Alegação de violação à ampla defesa pela ausência de notificação quanto às conclusões do relatório final rejeitada, porquanto regular o exercício do contraditório ao longo do processo, tendo a servidora constituído advogado e apresentado defesa escrita. Não restou demonstrado, ademais, o prejuízo que teria sido causado pela falta da referida intimação. Mandado de segurança que se indefere.”*

*“Questão interessante (...) concerne à existência, ou não, da prescrição (...) no processo administrativo disciplinar (...), por causa do fato de, apesar de a sanção ter sido devidamente publicada no diário oficial, sua efetivação não se ter verificado em face da pendência das correspondentes medidas materiais necessárias, ainda não implementadas pela Administração Pública.*

*Se, porém, a pena é aplicada tempestivamente, não há que se falar de prescrição mais, pois a ação disciplinar ocorreu de forma regular e findou eficazmente.*

*O ato administrativo pelo qual se aplica penalidade disciplinar gera seus efeitos jurídicos a partir da data de sua publicação no Diário Oficial da União, do Distrito Federal, do Estado ou do Município.*

*O inciso II do art. 142 da lei federal nº 8.112/1990 preceitua que, quando a infração funcional for punível com suspensão, a ação disciplinar prescreverá em 2 (dois) anos, de modo que o dispositivo legal se refere tão somente à possibilidade de manejo do procedimento disciplinar próprio, e não à excludibilidade da pena, exatamente por serem situações distintas, as quais não*

*podem ser tratadas como se equivalentes fossem.*

*Na hipótese, ou seja, finda a tramitação do processo administrativo disciplinar com efetiva publicação da pena, o ordenamento jurídico federal é silente quanto ao prazo prescricional a ser aplicado no caso de mera inexecução da penalidade (...).” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pgs. 852, 852, 856 e 857, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

O processo disciplinar e o ato de imposição de penalidade, como atos administrativos em espécie, desfrutam da presunção relativa de legitimidade e da autoexecutoriedade. Isto significa que produzem normalmente seus efeitos próprios, pois dispensam prova prévia de sua legalidade (caso não sejam impugnados e, mesmo que o sejam, ou até prova em contrário, são válidos, incumbindo ao servidor comprovar a ilicitude alegada do ato) e sua efetividade independe de ato de outro Poder.

Como consequência imediata da presunção de legitimidade, não é necessário (e tampouco ilegal) que a autoridade julgadora aguarde o prazo de apresentação de qualquer espécie de recurso para aplicar a pena (no caso da suspensão, conforme já aduzido em **4.10.1** e em **4.10.2.4.4** - apenas no que diz respeito à efetivação e não à aplicação da pena -, recomenda-se que a autoridade julgadora previamente verifique com o titular da unidade de lotação (ou de exercício) do servidor a conveniência da conversão em multa e o período a ser cumprida). Com isto, como regra geral, a aplicação de pena, por meio da publicação de portaria da autoridade competente, exarada após o julgamento, tem efeito imediato (a menos que o servidor interponha recurso e a ele, excepcionalmente, a autoridade competente atribua efeito suspensivo, conforme se verá em **5.1.2**).

*“Os efeitos dos atos punitivos começam a ser contados da data de sua publicação, seja no Diário Oficial da União, seja no Boletim Oficial, Boletim de Serviço ou Boletim de Pessoal (qualquer o nome que tenha) do órgão ou unidade.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 202, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/2.

*Nota Técnica Coger nº 2005/2: “Ementa: A penalidade deve ser publicada após o julgamento, sem que haja necessidade de se aguardar o término do prazo para interposição de recurso. (...)”*

E, destaque-se, a constitucionalmente consagrada livre ida ao Poder Judiciário não impõe que a Administração aguarde o pronunciamento judicial, para lhe dar fiel cumprimento. Ou seja, a autoexecutoriedade do ato administrativo disciplinar é tal que não requer nenhum tipo de regulação ou aperfeiçoamento por parte do Poder Judiciário.

*“A tese que sustenta o reconhecimento do perdão tácito, ante a inaplicabilidade contemporânea da punição, não pode ter guarida no campo do Direito Disciplinar (...).*

*No campo do Direito Público, todavia, a autoridade administrativa não detém o poder disciplinar em nome próprio. Como administrador da coisa pública, sujeita-se às imposições da lei, à indisponibilidade do interesse do Estado e à responsabilidade pelo ato omissivo.*

*Nesse exato sentido de oportunidade, sem as consequências da absolvição tácita, o princípio da aplicação imediata, atual e contemporânea da correção disciplinar tem cabimento no âmbito da administração pública. (...)*

*Em matéria de Direito Disciplinar, todavia, não é dada ao acusado a escolha da via judicial para, primeiramente, ver nela discutida a falta que lhe é atribuída, adiando ou suspendendo decisão de competência privativa da autoridade administrativa, a ser proferida em decorrência do exclusivo dever funcional de punir ou declarar a inocência do servidor implicado.*

*Ademais, ao procedimento disciplinar não tem aplicação o princípio administrativo de conveniência e oportunidade decisórias ante o imperativo*

*legal que pune o administrador por retardar a decisão. Com efeito, o adiamento decisório em processo disciplinar pode trazer como consequência a extinção da responsabilidade do culpado por ter-se perdido o prazo legal da punição (...).” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 175, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

#### **4.10.6.2 - Monitoramento da Publicação e Imediato Comunicado da Punição**

Na ausência de sistema informatizado ou de qualquer tipo de rotina automatizada que monitore e informe a publicação de portaria punitiva, é imprescindível que a Corregedoria e os Escor acompanhem diariamente tal publicação no boletim de pessoal do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora - que, no caso, é o Boletim de Serviço da Secretaria da Receita Federal do Brasil, o BS RFB -, ou no Diário Oficial da União. No caso de ato punitivo da lavra da autoridade instauradora (o Chefe de Escor ou, excepcionalmente, o Corregedor), delimitado no máximo a pena de suspensão de até trinta dias, utiliza-se a Seção 2 do BS RFB; e, no caso de ato punitivo da lavra do Ministro de Estado da Fazenda, comportando todas as penas legalmente previstas e destacadamente as penas expulsivas, utiliza-se a Seção 2 do DOU. Obviamente, pelos fortes pontos de contato em suas atuações, além do sistema correcional, também se faz pertinente que as unidades inseridas no macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas (Cogep e as Digep) também realizem este tipo de acompanhamento diário.

Assim, ato contínuo à detecção de publicação de portaria punitiva, deve a autoridade instauradora de imediato atender ao comando do *caput* do art. 7º da Portaria Cogep-MF nº 42, de 21/11/13, e também do *caput* do art. 9º da Portaria Cogep nº 14, de 30/01/14, que dispõem sobre apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Fazenda (MF) como um todo e especificamente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). Estas normas estabelecem que, após o julgamento (ato que, no caso de aplicação de penalidade, somente se aperfeiçoa com a publicação da portaria punitiva, conforme já abordado em **4.10.6.1**), a autoridade instauradora deve cientificar o titular da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do servidor acusado, acerca da decisão final. De acordo com o que já se expôs em **4.3.2**, no caso de servidor lotado em ARF, uma vez que o julgamento pode importar repercussões em sua vida funcional, convém que este retorno se dê por meio do Delegado da respectiva DRF, a fim de que este encaminhe ao titular da ARF jurisdicionada.

*Portaria Cogep-MF nº 42, de 2013 - Art. 7º A autoridade instauradora comunicará ao titular do órgão ou da unidade de lotação ou de exercício do acusado a conclusão exarada pela comissão de inquérito, cientificando-o, outrossim, da decisão final, para adoção das medidas que se fizerem necessárias.*

*Portaria Cogep nº 14, de 2014 - Art. 9º A autoridade instauradora comunicará ao titular da unidade de lotação ou exercício do acusado a conclusão exarada pela comissão de inquérito, o informará acerca do posterior trâmite do processo até a decisão final a ser proferida pela autoridade julgadora e, após o julgamento, o cientificará da decisão final, para adoção das medidas que se fizerem necessárias.*

A rigor, impõe-se esta imediata comunicação precipuamente para contemplar a necessidade de não só o titular da unidade local ter conhecimento do teor das conclusões e recomendações aferidas pela comissão e do julgamento, mas também para a autoridade competente pelos efeitos remuneratórios e pelo registro nos assentamentos funcionais possam, ambas, tomar as providências que forem respectivamente cabíveis. A celeridade com que deve ser feita tal comunicação, sobretudo para a viabilização imediata das repercussões advindas da aplicação de pena expulsiva, requer e autoriza o pronto envio de mensagem, por meio do correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11

de novembro de 2002), com reprodução do teor da portaria punitiva ou com seu texto em anexo, já no primeiro momento do expediente em que se deu a publicação, sendo dispensado o envio de cópia integral dos autos neste momento.

No caso de aplicação de pena de demissão, deve a autoridade instauradora informar ao titular da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) a obrigatoriedade de recolher de imediato definitivamente o distintivo, o crachá, as carteiras funcionais da RFB (segundo a Portaria RFB nº 451, de 23/03/10) e da Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda, carimbos, processos e demais cargas de trabalho, *notebooks* e demais equipamentos porventura em poder ou uso do servidor, bem como de revogar o certificado digital de e-CPF (se for o caso, conforme a Portaria Cotec nº 19, de 28/05/07) e de solicitar à projeção de tecnologia da informação a exclusão ou a desabilitação de todos os segmentos de ambiente informatizado pertinentes (conforme a Portaria Cotec nº 10, de 17/03/10), fim de que sejam cancelados todos os perfis e senhas de acesso a sistemas informatizados e ao correio eletrônico institucional. E, no caso de aplicação de pena de suspensão, no período de efetivação do efeito, os documentos de identificação funcional devem ser retidos na unidade local, cabendo ao servidor entregá-los.

*Portaria Cotec nº 19, de 28/05/07 - Art. 37. O chefe imediato é o responsável pela solicitação de revogação do certificado digital e-CPF para funcionário da RFB, nos seguintes casos:*

- I - Aposentadoria do servidor;*
- II - Desligamento da RFB;*
- III - Licença para atividade política;*
- IV - Afastamento para exercício de mandato eletivo;*
- V - Licenças e afastamentos temporários sem remuneração.*

*Portaria Cotec nº 13, de 17/03/10 - Art. 33. São competentes para solicitar cadastramento, atualização, exclusão, habilitação e desabilitação dos usuários sob sua supervisão:*

- I - chefe imediato e seus superiores;*
- II - chefe de equipe ou grupo de trabalho formalmente constituído;*
- III - titular de UA, Coordenador de Coordenação, chefe de Divisão, Serviço, Seção, Setor, Escritório, Núcleo, CAC ou Equipe no qual o usuário estiver prestando serviço temporariamente, ressalvado o disposto no inciso IV;*

*Portaria RFB nº 451, de 23/03/10 - Art. 13. O direito ao uso do conjunto de identificação funcional especificado nesta Portaria:*

- I - expira na data da publicação do ato que der origem à vacância do cargo;*
- II - fica suspenso durante o período em que o servidor se encontrar afastado do exercício de suas atribuições, nos casos de:*

*a) aplicação de penalidade de suspensão não convertida em multa;*

*§ 1º Na ocorrência da hipótese prevista no inciso I, o titular da unidade de exercício deverá solicitar, contado da publicação do ato no Diário Oficial ou da ocorrência do fato, a restituição do conjunto de identificação funcional:*

*II - ao servidor:*

*a) em até 3 (três) dias, no caso de demissão;*

*b) em até 10 (dez) dias, nos demais casos de vacâncias do cargo efetivo ou em comissão, de que tratam os arts. 33 a 35, da Lei nº 8.112, de 1990.*

*§ 2º Incumbe ao titular da unidade de exercício do servidor o envio à Cogep do conjunto de identificação funcional recolhido, por meio da área de gestão de pessoas, para a devida baixa.*

*§ 4º Nas hipóteses previstas no inciso II do caput deste artigo, o servidor entregará o conjunto de identificação funcional ao titular da sua unidade de exercício, que o reterá durante o período de afastamento temporário.*

A mesma mensagem eletrônica, remetida pela autoridade instauradora, também deve cientificar respectivamente a Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas, a Divisão de Gestão de Pessoas e a Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda da aplicação de

responsabilização em servidor ativo lotado em unidade central situada em Brasília, em servidor ativo lotado em unidade descentralizada ou em unidade central situada fora de Brasília e em inativo ou ex-servidor residente no respectivo Estado da Federação, a fim de que se recolha a folha de presença e se suspenda ou se exclua da folha de pagamento para cortar a remuneração (nos casos de aplicação de penas de suspensão, demissão e cassação de aposentadoria) e para que se faça o devido registro nos assentamentos funcionais em qualquer caso de apenação.

#### **4.10.6.3 - Controle Administrativo, Registro nos Assentamentos Funcionais e Efeitos Remuneratórios**

O julgamento do processo disciplinar acarreta a necessidade de se promoverem atos de controle, sendo alguns destes controles aplicáveis indistintamente para desfechos processuais sem responsabilização ou com responsabilização mediante aplicação da penalidade ou até mesmo em caso de declaração de ocorrência da prescrição.

Nesta linha de controles independentes do resultado do processo, conforme já aduzido em **2.1.4** e em **4.3.7.1**, nos termos exigidos pelos arts. 2º e 3º da Portaria Coger-MF nº 17, de 30/01/14, após o julgamento de sua competência, o Escor (ou a Coger, quando for o caso) deve alimentar, tanto no sistema interno de gestão de pessoas (Sistema de Apoio às Atividades Administrativas - SA3), quanto no Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD), do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), os dados referentes à decisão emanada no processo - se houve absolvição ou responsabilização e, neste caso, os dados do ato punitivo, tais como nº da portaria, autoridade signatária, punição aplicada, data e meio de publicação, ou ainda se ocorreu a prescrição. A base de dados de natureza correccional informada no Sistema de Apoio às Atividades Administrativas - SA3 é útil para que as unidades regionais do macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas possam consultar e automaticamente emitir certidão comprobatória de que não constam registros de natureza disciplinar presente ou pretérito para determinado servidor sem necessidade de provocar o sistema correccional e para que o Serviço de Atividades Auxiliares (Coger/Seaux) possa emitir informação disciplinar nos casos em que há registro de apenação.

Especificamente no caso de julgamento da alçada de competência do Ministro de Estado da Fazenda, por força dos mesmos comandos normativos da citada Portaria Coger-MF, também incumbe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional promover a alimentação da base de dados do sistema CGU-PAD. Além disto, se a instauração não coube à Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda (Coger-MF), como nas frequentes hipóteses de instauração ter se dado no âmbito do sistema correccional da Secretaria da Receita Federal do Brasil, a praxe é de a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional remeter para aquela unidade seccional de correição cópias do parecer de assessoramento, do despacho ministerial de julgamento e da portaria de apenação, a fim de que possa proceder a controles, verificações e anotações do resultado do PAD, cujos autos originais, em regra, não tramitam pela unidade.

Ademais, com o julgamento, seja inocentando, seja responsabilizando o servidor, seu nome deve ser excluído do rol dos que respondem a processo disciplinar, devendo ser retirados todos os gravames expostos em **4.3.7**. Conforme já exposto em **4.3.4.2** e em **4.3.7.1**, a exclusão de servidor inicialmente acusado, por parte da comissão, do polo apuratório em determinado processo, seja no curso da instrução, seja ao final da instrução (na deliberação de não indiciá-lo), seja na conclusão do relatório, não supre ou afasta a competência exclusiva da autoridade competente para proceder ao julgamento com o fim de retirar deste servidor a condição de se encontrar respondendo processo e os consequentes gravames.

Pode se mencionar também medidas a cargo do titular da unidade de lotação (ou de exercício) do acusado voltadas à administração da sua própria unidade, que justificam que lhe

seja concedida imediata comunicação das conclusões e das recomendações aferidas pela comissão e do julgamento. Tais medidas administrativas referem-se a providências de natureza fiscal (tais como reversão e regularização dos atos ilícitos verificados no curso do processo, que podem acarretar constituição de crédito tributário, refiscalização, cancelamento de benefício fiscal indevido, dentre outros) ou ainda de natureza estratégica, logística ou gerencial (tais como adoção de maiores cautelas ou de novas rotinas ou praxes ou de realocação de pessoal ou de aperfeiçoamento da normatização, com o fim de evitar repetição de falhas ou de ilicitudes).

Sob este mesmo enfoque, é de se lembrar que, como o mais habitual é o servidor cometer o ilícito em sua própria unidade de lotação (ou de exercício), a regra geral é de se confundirem em uma só as unidades de lotação (ou exercício) do acusado e de ocorrência do fato. Todavia, conforme já aduzido em 3.2.2.1 e 3.2.2.2, podem ser distintas a unidade de lotação (ou exercício) do servidor acusado e a unidade em que o fato foi cometido, seja porque ele o cometeu fora de seu local de trabalho, seja porque foi removido ou teve o exercício alterado ou foi investido em novo cargo após o cometimento, por exemplo. Nestes casos, embora a rigor a normatização de regência não preveja explicitamente, mas tomando-se amparo na interpretação sistemática do ordenamento e dos princípios reitores, também pode se justificar a ciência do titular da unidade de ocorrência do fato ilícito ensejador do processo, caso haja recomendações de ordem prática para esta unidade. A mesma recomendação também pode se aplicar para o caso excepcionalíssimo de se ter um processo em que nenhum servidor foi notificado como acusado para acompanhar e, não obstante, ao final, haja recomendações de ordem prática ao titular da unidade de ocorrência dos fatos.

Ainda neste escopo pode-se também mencionar a necessidade de se remeter cópia do relatório da comissão para autoridade aduaneira, a fim de se embasar eventual procedimento persecutório em face de qualquer interveniente em operação de comércio exterior e que tenha incorrido em suposta prática de ilicitude. Neste sentido, o art. 76 da Lei nº 10.833, de 29/12/03, prevê a possibilidade de importador, exportador, despachante aduaneiro e ajudante, transportador, agente, depositário e perito serem objeto de investigação de responsabilidade e de eventual apenação administrativas.

Iniciando a descrição dos controles aplicáveis exclusivamente após o julgamento do processo em desfavor do acusado, por força do art. 131 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a projeção regional de gestão de pessoas, mais comumente a Divisão de Gestão de Pessoas da respectiva Superintendência Regional, para o caso de servidor da ativa lotado em unidade descentralizada ou lotado em unidade central situada fora de Brasília (ou a Coordenação-Geral de Gestão de Pessoas, para o caso de servidor da ativa lotado em unidade central situada em Brasília; ou a Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda, para o caso de inativo e de ex-servidor residente no respectivo Estado da Federação) deve registrar nos assentamentos funcionais, após a publicação da portaria punitiva, a penalidade aplicada. Ademais, devem também proceder aos respectivos registros no Sistema Integrado de Administração de Pessoal (Siape). Por fim, como reflexo do mandamento do § 2º do art. 7º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21/11/13, e também do § 2º do art. 9º da Portaria Coger nº 14, de 30/01/14, que dispõem sobre apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Fazenda (MF) como um todo e especificamente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), caso haja efeitos remuneratórios decorrentes do julgamento, em decorrência de aplicação de penas de suspensão, demissão ou cassação de aposentadoria, aquelas mesmas unidades ou órgão devem concretizar tais repercussões.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 131. As penalidades de advertência e de suspensão terão seus registros cancelados, após o decurso de 3 (três) e 5 (cinco) anos de efetivo exercício, respectivamente, se o servidor não houver, nesse período, praticado nova infração disciplinar.*

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 7º*

*§ 2º Para adoção de providências quantos aos efeitos remuneratórios*

*decorrentes da decisão final proferida em sede de rito disciplinar, a autoridade instauradora deverá cientificar a unidade de Recursos Humanos do órgão onde o servidor esteja em exercício.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 9º*

*§ 2º Para adoção de providências quantos aos efeitos remuneratórios decorrentes da decisão final proferida em sede de rito disciplinar, a autoridade instauradora deverá cientificar:*

*I - a Coordenação-Geral de Pessoas, no caso de suspensão, demissão ou destituição de cargo em comissão ou de função comissionada de servidores lotados nas Unidades Centrais;*

*II - a Divisão de Gestão de Pessoas da Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil no âmbito da respectiva RF, no caso de suspensão, demissão ou destituição de cargo em comissão ou de função comissionada de servidores lotados nas Unidades Descentralizadas; ou*

*III - a Superintendência Administrativa do Ministério da Fazenda no âmbito do respectivo Estado da Federação onde reside o servidor aposentado, no caso de cassação de aposentadoria*

Para tais fins, em reforço à mensagem enviada por correio eletrônico institucional ato contínuo à publicação como notícia imediata, deve o Chefe do Escor encaminhar à unidade de gestão de pessoas cópia da sua decisão (no caso de infração com julgamento em sua alçada, ou seja, de advertência ou de suspensão de até trinta dias) ou da decisão ministerial (no caso de julgamento de alçada do Ministro de Estado da Fazenda), por memorando que identifica a portaria punitiva. Uma vez que a portaria é publicada no boletim de serviço (ou, excepcionalmente, no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora (que, no caso, é o Boletim de Serviço da Secretaria da Receita Federal do Brasil - BS RFB) ou em DOU, não se faz necessário juntá-la. O memorando ressalta ainda que o registro nos assentamentos funcionais deve ser feito de forma a constar do dossiê do RH do servidor (que é extraído do Sistema Integrado de Administração de Pessoal/Cadastro - Siape/Siapecad) o nº do processo em questão, a penalidade ora aplicada e a fundamentação legal da imputação.

Retomando a questão do registro no assentamento, como regra, o efeito jurídico do registro não perdura por toda vida funcional do servidor. O registro da efetiva aplicação da penalidade é cancelado nos assentamentos funcionais do servidor se o fato foi punido (ou punível) com advertência ou com suspensão, respectivamente, após três ou após cinco anos de efetivo exercício sem nova infração disciplinar. Destaque-se que a Lei não prevê cancelamento de registro em caso de infração grave, punida com pena expulsiva.

Faz-se necessário esclarecer qual o termo final dos prazos de três e de cinco anos mencionados no dispositivo legal em tela. A literalidade da Lei, em absoluta consonância com a interpretação teleológica que se aúfere do dispositivo, estabelece um período balizado pela primeira atuação estatal punitiva (registrando no assentamento o cometimento da primeira infração) e a conduta novamente reprovável do servidor que, mesmo após ter sofrido alguma forma de reprimenda oficial, dentro de determinado período temporal, volta a praticar outra ilicitude. Assim, resta claro que o momento em que se afere o transcurso ou não do prazo de três ou de cinco anos é aquele em que se configura o efetivo cometimento da segunda infração, não importando para a demarcação do lapso temporal merecedor do cancelamento do primeiro registro o tempo decorrido para que a Administração tenha conhecimento da nova ilicitude ou para que conclua o segundo apuratório ou para que julgue o feito ou para que publique o segundo ato decisório responsabilizador. A inteligência do dispositivo em tela é manter o servidor, por um determinado período, com sua conduta sob maior rigor, sendo relevante para o tema o lapso de tempo em que ele comete nova conduta infracional mesmo ainda sob o efeito disciplinador e reeducativo de já ter sofrido uma primeira reprimenda, em perfeita harmonia e consonância com o instituto da reincidência genérica, já abordado em **4.10.2.4.2**. Esclarece-se, portanto, que os prazos de três ou de cinco anos medem-se da efetiva

publicação do primeiro ato de julgamento responsabilizador até a data do cometimento da segunda infração (podendo-se interpretar que, nos casos de infrações continuadas ou habituais, nos termos já dispostos em 2.5.3.4, esta demarcação conclui-se na data do início desta segunda conduta infracional), independentemente da data em que ela venha a ser conhecida, apurada, julgada, apenada e registrada.

Destaque-se que este cancelamento é efetuado apenas com o fim jurídico de vedar a consideração daquele fato para qualquer efeito (como antecedentes funcionais, possibilidade de integrar comissão e reincidência, por exemplo). Em geral, é formalizado por meio de declaração nos assentamentos e não com a eliminação física do registro anterior, de modo que o registro de toda a vida funcional do servidor permaneça incólume. Informe-se ainda que o Sistema de Apoio às Atividades Administrativas - SA3 inclui o controle do cancelamento dos registros de natureza disciplinar, eliminando automaticamente de sua base, após o transcurso dos prazos de três e de cinco anos, os respectivos dados condenatórios.

*“Esclarece, ainda, a Lei citada que ‘o cancelamento da penalidade não surtirá efeitos retroativos’. Não atingirá, portanto, os atos pretéritos cujos efeitos já foram consumados. Vigerá, apenas, para o futuro, como ato constitutivo que é.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pgs. 59 e 60, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“(…) Tal não significa raspá-las com estilete do assentamento, ou apagá-las com borracha ou tinta corretiva do respectivo registro, porém, por declaração, nos assentamentos funcionais, de que a penalidade anterior foi cancelada (…).” Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis”, pg. 293, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

Independentemente de haver sido cancelado nos assentamentos ou não, o registro de aplicação de pena de advertência ou de suspensão, decorridos respectivamente três ou cinco anos de efetivo exercício sem nova infração disciplinar, não pode ser considerado como antecedente funcional ou para qualquer outro efeito jurídico. Esta ressalva se faz necessária, para fins tanto disciplinar quanto de gestão de pessoas, pois há direitos funcionais cuja regulamentação interna estabelece restrição de gozo não só ao servidor que, ao tempo do pedido, esteja respondendo a processo administrativo disciplinar, mas também àquele que já tenha sofrido punição, bem como também pode haver repercussões de natureza gerencial, como vedações para candidaturas em certames internos para designação para cargos em comissão ou para ocupação de funções de confiança.

Em virtude das diferentes penas previstas na Lei nº 8.112, de 11/12/90, dos diversos efeitos jurídicos decorrentes da efetiva aplicação da pena e dos variados prazos para perda do efeito jurídico dos registros, são possíveis inúmeras possibilidades quando o servidor comete duas irregularidades, conforme a seguir se tenta sintetizar. Neste tópico, se padronizará denominar de infrações leves todas as condutas punidas ou puníveis originariamente com advertência (art. 116 e art. 117, I a VIII e XIX da Lei); de infrações médias todas as condutas punidas ou puníveis originariamente com suspensão (art. 117, XVII e XVIII e art. 130, § 1º da Lei); e de infrações graves todas as condutas punidas ou puníveis com penas expulsivas (art. 117, IX a XVI e art. 132 da Lei).

- Se o servidor comete uma primeira infração leve, os possíveis efeitos jurídicos são:
  - Efetiva aplicação de pena básica de advertência e registro nos assentamentos, que terá afastado seus efeitos após três anos de efetivo exercício sem cometer nova infração. Mas se cometer uma segunda infração dentro daquele prazo:
    - Sendo esta segunda infração leve ou média, obrigatoriamente o julgamento será pela aplicação de pena de suspensão (devido à reincidência), tendo o primeiro e o segundo registros cancelados seus efeitos, respectivamente, após três e cinco anos de efetivo exercício sem cometer uma terceira infração.

- Sendo esta segunda infração grave, havendo efetiva aplicação de pena de demissão ou de cassação de aposentadoria e registro nos assentamentos, não há previsão legal de perda de efeitos jurídicos de ambos os registros.
- Efetiva aplicação de pena agravada para suspensão e registro nos assentamentos, que terá afastado seus efeitos após cinco anos de efetivo exercício sem cometer nova infração. Mas se cometer uma segunda infração dentro daquele prazo:
  - Sendo esta segunda infração leve ou média, obrigatoriamente o julgamento será pela aplicação de pena de suspensão (devido à reincidência), tendo o primeiro e o segundo registros cancelados seus efeitos, simultaneamente, após cinco anos de efetivo exercício sem cometer uma terceira infração.
  - Sendo esta segunda infração grave, havendo efetiva aplicação de pena de demissão ou de cassação de aposentadoria e registro nos assentamentos, não há previsão legal de perda de efeitos jurídicos de ambos os registros.
- Se o servidor comete uma primeira infração média, os possíveis efeitos jurídicos são:
  - Efetiva aplicação de pena de suspensão e registro nos assentamentos, que terá afastado seus efeitos após cinco anos de efetivo exercício sem cometer nova infração. Mas se cometer uma segunda infração dentro daquele prazo:
    - Sendo esta segunda infração leve ou média, obrigatoriamente o julgamento será pela aplicação de pena de suspensão (devido à reincidência), tendo o primeiro e o segundo registros cancelados seus efeitos, simultaneamente, após cinco anos de efetivo exercício sem cometer uma terceira infração.
    - Sendo esta segunda infração grave, havendo efetiva aplicação de pena de demissão ou de cassação de aposentadoria e registro nos assentamentos, não há previsão legal de perda de efeitos jurídicos de ambos os registros.
- Se o servidor comete uma primeira infração grave, os possíveis efeitos jurídicos são:
  - Efetiva aplicação de pena de demissão ou de cassação de aposentadoria e registro nos assentamentos, para o qual não há previsão legal de perda de seus efeitos jurídicos.
  - Se cometer uma segunda infração:
    - Sendo esta segunda infração leve, o julgamento pode ser pela aplicação de pena básica de advertência ou agravada para suspensão.
      - Caso se julgue pela aplicação de pena básica de advertência, o segundo registro terá cancelados seus efeitos após três anos de efetivo exercício sem cometer uma terceira infração.
      - Caso se julgue pela aplicação de pena agravada para suspensão, o segundo registro terá cancelados seus efeitos após cinco anos de efetivo exercício sem cometer uma terceira infração.
    - Sendo aquela segunda infração média, obrigatoriamente o julgamento será pela aplicação de pena de suspensão, tendo o segundo registro cancelados seus efeitos após cinco anos de efetivo exercício sem cometer uma terceira infração.
    - Sendo aquela segunda infração grave, não há previsão legal de perda de efeitos jurídicos de ambos os registros.

#### **4.10.6.4 - Comunicação de Dano ao Erário**

Quando, em decorrência dos atos objeto de apuração no processo disciplinar, também restar configurado prejuízo aos cofres públicos, a autoridade julgadora deve informar esta

repercussão à unidade do local de ocorrência do fato, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), mais especificamente à Secretaria Federal de Controle Interno da CGU (CGU/SFC), encaminhando cópia do relatório da comissão e do julgamento. Na hipótese de o rito disciplinar ter conseguido identificar o responsável pelo dano e sua quantificação, tais comunicados objetivam e propiciam que, de imediato, as instituições acima possam tomar suas respectivas providências na busca do ressarcimento. Estas providências a cargo das correspondentes autoridades podem variar desde a simples lavratura de acordo com o responsável até um processo judicial de execução, estando descritas em **4.14.1** as diferentes possibilidades de ritos de responsabilização civil.

Relembre-se o conceito já apresentado em **3.2.3.5.2** para erário, que, como sinônimo de cofres públicos, reflete a ideia de dinheiros ou recursos públicos e abarca todos os valores monetários e mobiliários ou bens e mercadorias em poder da Administração e destinados à venda ou de qualquer forma conversíveis em moeda, significando, em síntese, delimitadamente, o conjunto de bens e de interesses de natureza econômico-financeira de cada um dos entes federados, quais sejam, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, relevando para o presente o que concerne à União (na contrapartida da definição mais abrangente de patrimônio público ou patrimônio nacional, que alcança não só os bens e direitos de valor econômico, mas também aqueles de natureza artística, histórica, turística ou estética pertencentes a cada ente federado, conforme define o art. 1º, § 1º da Lei nº 4.717, de 29/06/65, a chamada Lei da Ação Popular).

Acrescente-se ainda que, no caso específico de o ato lesivo ao erário ter acarretado perda ou dano de bem público, o comunicado à unidade local se justifica também à vista de que compete à projeção interna do macroprocesso de trabalho de materiais e logística de cada unidade administrar o patrimônio e propor, quando for o caso, ao titular da unidade ou à autoridade gestora, a baixa do bem.

Relembre-se, conforme já aduzido em **3.2.3.5.2**, que o dano ou desaparecimento de bem decorrente de culpa e causador de prejuízo inferior a R\$ 8.000,00 pode ter sua apuração encerrada em TCA, sem rito disciplinar, se o servidor aquiesce em ressarcir ao erário.

Como regra, para qualquer ato funcional em decorrência do qual se cogite de qualquer imputação associada à existência de dano ao erário, deve, de antemão, a comissão disciplinar quantificar expressa e objetivamente o valor do prejuízo; apenas de forma excepcional, caso este trabalho de quantificação se demonstre muito extenso ou requeredor de algum tipo de conhecimento específico, acata-se que seja feito por comissão especialmente designada pela autoridade instauradora, cujos resultados devem ser encaminhados aos órgãos acima referidos, juntamente com o relatório e o julgamento do processo disciplinar.

Mas ratifica-se o já exposto em **4.7.4.4.1**, para o caso específico de ato funcional de natureza ímproba: para que se cogite de enquadramento no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, tomando por definição algum ato de improbidade administrativa definido no art. 10 da Lei nº 8.429, de 02/06/92 (qual seja, da espécie de ato gerador de dano ao erário), deve de fato a comissão estar diante de prática ensejadora do prejuízo e que tal prejuízo seja quantificável, cabendo-lhe inclusive tal quantificação (ainda que preliminar) - até porque, em leitura sistemática da Lei nº 8.429, de 02/06/92, o dano ao erário deve ser quantificado pois acarreta a sanção de ressarcimento. Em consequência desta linha interpretativa excludente, as condutas dolosas de natureza ímproba suscitadoras de inferência de algum dano ao erário mas em que este reste completamente inquantificável devem ser objeto de enquadramento no art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

*“Lembre-se de que o processo administrativo disciplinar não pode ter por efeito ou penalidade compelir o servidor a ressarcir os prejuízos causados à Administração, visto que as penalidades cabíveis em seu bojo são apenas aquelas previstas em lei (art. 127, I a VI, art. 130, § 2º, todos da Lei federal nº*

8.112/1990.” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pgs. 122 e 123, Editora Fortium, 2008, 1ª edição

Para que se tenha controle do fornecimento, cópias reprográficas do memorando e dos ofícios remetidos à unidade do local de ocorrência do fato, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e à CGU devem ser juntadas ao processo administrativo disciplinar.

Ademais, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional recomenda, por meio de seu Parecer PGFN/CJU/COJPN nº 2.865/2009, que se encaminhe à Advocacia-Geral da União cópia de processo disciplinar com decisão condenatória irrecurável por ato de improbidade administrativa, a fim de que aquele órgão de representação judicial exerça suas funções de defesa de direitos e de interesses da União, dentre as quais se inclui ajuizar ação de ressarcimento ao erário e ação de improbidade administrativa, com ou sem pedido de reposição de dano. Sendo tal remessa ao final do processo, a recomendação recai sobre o respectivo Escor ou a Coger, sendo conveniente que tal cópia se faça integral digitalizada (escaneada) e criptografada, em mídia digital.

Destaque-se que, a menos da previsão do art. 15 da Lei nº 8.429, de 02/06/92 (especificamente para atos enquadrados como improbidade administrativa), e tendo em vista ainda que o processo de tomada de contas especial (abordado no **Anexo III**) é de ser visto em caráter residual e excepcional, não há determinação legal para que, tão somente porque se configurou dano ao erário, seja enviada, de imediato, qualquer comunicação e menos ainda cópia integral dos autos ao Tribunal de Contas da União.

#### **4.10.6.5 - Representação Penal**

Se, ao final do inquérito administrativo, em seu relatório, a comissão cogita da existência de indícios de configuração de crime (seja por ausência de materialidade de infração administrativa, seja porque o ilícito disciplinar também perfaz os requisitos da tipicidade penal) e com tal percepção a autoridade instauradora, em sua leitura preliminar dos autos, concorde ou se, mesmo sem provocação do colegiado, esta autoridade identifica por si própria aqueles indícios, incumbe-lhe, antes mesmo do julgamento, informar o fato em ofício ao Ministério Público Federal, acompanhado de cópia integral do processo disciplinar (sindicância disciplinar ou PAD).

Este ofício pode ser remetido a qualquer momento entre a entrega do relatório pela comissão e o término dos trabalhos no âmbito do Escor (ou da Coger, excepcionalmente). DE posse desta notícia e da íntegra dos autos, o MPF pode avaliar a pertinência de promover ou não a ação penal pública, a ser seguida, em caso positivo, em rito próprio de responsabilização criminal, conforme **4.14.2**.

Embora o art. 171 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, mencione remessa dos autos, a praxe é, tanto para sindicância disciplinar quanto para PAD, enviar cópia integral digitalizada (escaneada) e criptografada, em mídia digital, até porque, em caso de PAD com proposta de pena de competência ministerial, os autos originais seguem para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. A propósito, sendo praticamente inequívoco que, diante de conduta ensejadora de indícios criminais, se tenha configurada infração disciplinar grave, convém que, para se propiciar ao MPF uma visão conglobante dos fatos, este ofício ao *Parquet* informe, em seu final, que os autos originais, com proposta de aplicação de pena expulsiva, foram remetidos para julgamento a cargo do Ministro de Estado da Fazenda. Acrescente-se que, na hipótese mais específica de o relatório da comissão ter concluído por cometimento de ato de improbidade administrativa, este ofício para o MPF, a ser remetido entre a entrega do relatório e o término dos trabalhos no âmbito do Escor (ou da Coger), quando da remessa dos autos para julgamento, já pode antecipar outro ofício a ser remetido após o julgamento (novamente ao *Parquet* e também à respectiva Procuradoria Regional da União, da

Advocacia-Geral da União, mencionado em **4.10.6.6**), para que se providenciem as repercussões exigidas pelo art. 136 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, como consequência da aplicação da pena expulsiva (indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário).

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 154.*

*Parágrafo único. Na hipótese de o relatório da sindicância concluir que a infração está capitulada como ilícito penal, a autoridade competente encaminhará cópia dos autos ao Ministério Público, independentemente da imediata instauração do processo disciplinar.*

*Art. 171. Quando a infração estiver capitulada como crime, o processo disciplinar será remetido ao Ministério Público para instauração da ação penal, ficando trasladado na repartição.*

Em princípio, como regra geral inibidora do pré-julgamento, a Lei somente prevê a remessa, no mínimo, ao final do inquérito administrativo da sindicância disciplinar ou do PAD, como decorrência da observância dos princípios do devido processo legal e da presunção de inocência. Todavia, excepcionalmente, pode ser justificável que a comissão encaminhe a qualquer momento, antes do término do seu trabalho apuratório, representação penal à autoridade instauradora, a fim de que esta, se entender cabível, remeta-a ao Ministério Público Federal.

*“O momento, segundo a Lei, para a comunicação sobre irregularidades verificadas no âmbito da administração, ao Ministério Público, é o do encerramento do processo administrativo disciplinar, com o que se presume completa a coleta da prova ao alcance da comissão processante, com que se fundamenta a possível configuração de ilícito penal.*

*Nada impede, entretanto, que em determinadas circunstâncias a comunicação ao Ministério Público dos fatos que, em tese, estariam a configurar, por seus indícios, ilícito penal, seja, convenientemente, antecipado.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 41, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Esta antecipação pode ser justificada pelo objetivo de prevenir a prescrição ou mesmo de provocar a produção de provas judiciais para posteriormente instruir o processo disciplinar como provas emprestadas. Destaque-se que, se for o caso, esta representação prévia não prejudica as remessas após o final do inquérito administrativo, já na fase de julgamento.

A propósito, esta é a tendência, de se antecipar a troca de informações entre a Administração e o Ministério Público Federal. Com a crescente interação entre órgãos, propiciando relações de parcerias desde o preparo das operações conjuntas, também com participação do Departamento de Polícia Federal, e com a Coger assumindo uma posição de protagonismo nas investigações prévias, torna-se cada vez mais frequente que deflagrações das respectivas ações persecutórias se deem de forma simultânea e não mais em sequência. Com isto, motivadamente, mitiga-se o comando legal que reserva a remessa de informações ao Ministério Público Federal apenas para o fim dos inquéritos administrativos, passando a ocorrer até mesmo antes de se instaurar o PAD e de se designar comissão, em ato de iniciativa direta da autoridade instauradora, sem que isto signifique qualquer ilegalidade.

Em todo caso, e sobretudo na hipótese da antecipação de repasse de informações ao MPF no curso do inquérito administrativo, recomenda-se cautela à comissão ao cogitar de representação criminal, mencionando apenas haver indícios, não se afirmando categoricamente a configuração de crime, visto não ser competência do agente administrativo, e também a fim de evitar risco de pré-julgamento no PAD ou de dependência da manifestação judicial definitiva.

Para que se tenha controle do que porventura já foi fornecido ao Ministério Público Federal, cópia(s) do(s) ofício(s) remetido(s) ao *Parquet* (seja ainda na fase investigativa, seja no curso do inquérito administrativo, seja já na fase de julgamento ou após seu término) deve(m) ser juntada(s) ao processo disciplinar.

E, no caso específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil, em que há uma estrutura correcional descentralizada e estando a competência para aplicar penas graves concentrada em hierarquia superior (no Ministro de Estado da Fazenda), é conveniente que os Escor controlem este envio de cópias ao Ministério Público Federal.

#### **4.10.6.6 - Repercussões Exclusivas das Penas Capitais**

Adaptando-se para a especificidade da atividade correcional nos âmbitos do Ministério da Fazenda em geral e especificamente da Secretaria da Receita Federal do Brasil o mandamento do Decreto nº 3.781, de 02/04/01, voltado a toda a Administração Pública federal, o § 1º do art. 7º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21/11/13, e também o § 1º do art. 9º da Portaria Coger nº 14, de 30/01/14, que dispõem sobre apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Fazenda (MF) como um todo e especificamente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), determinam que, em casos de penas de demissão, de cassação de aposentadoria e de destituição de cargo em comissão enquadradas no art. 117, IX a XIV ou XVI ou no art. 132, I, IV, VIII, IX, X, XI ou XII, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se remessa cópia do processo, após julgamento, para a Divisão de Fiscalização (Difis) da respectiva SRRF do domicílio fiscal do servidor, a fim de instruir possível (e não obrigatória) ação fiscal.

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 7º*

*§ 1º Quando o julgamento do processo administrativo disciplinar resultar em demissão, cassação de aposentadoria, destituição de cargo em comissão ou de função comissionada de servidores, a autoridade instauradora enviará cópia do referido processo, preferencialmente em meio digital, à Secretaria da Receita Federal do Brasil, para o cumprimento do disposto no Decreto nº 3.781, de 2 de abril de 2001, no caso de infração aos incisos IX, X, XI, XII, XIII, XIV e XVI do art. 117, e incisos I, IV, VIII, IX, X, XI e XII do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 9º*

*§ 1º Quando o julgamento do processo administrativo disciplinar resultar em demissão, cassação de aposentadoria, destituição de cargo em comissão ou de função comissionada de servidores, a autoridade instauradora enviará cópia do referido processo, preferencialmente em meio digital, à Divisão de Fiscalização da Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil na RF da unidade de exercício do servidor apenado, para o cumprimento do disposto no Decreto nº 3.781, de 2 de abril de 2001, e posterior devolução do processo disciplinar à origem, para arquivamento, no caso de infração aos incisos IX, X, XI, XII, XIII, XIV e XVI do art. 117, e incisos I, IV, VIII, IX, X, XI e XII do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990.*

*Portaria RFB nº 11.230, de 09/11/07 - Art. 1º*

*§ 1º Alternativamente ao disposto no caput, os órgãos da Administração Federal direta, autarquias federais e fundações instituídas e mantidas pela União poderão encaminhar cópia integral do processo.*

*§ 2º O encaminhamento de que trata este artigo deverá ocorrer no prazo de trinta dias, contado da data de publicação do ato que impuser a penalidade disciplinar.*

*Art. 2º Os processos de que trata o caput do art. 1º, recebidos pelas Difis/Srrf, após extração de cópia das peças de interesse fiscal, serão restituídos ao órgão ou entidade de origem, no prazo de trinta dias, contado da data de seu recebimento.*

*Art. 3º Os elementos de interesse fiscal, aduzidos por intermédio dos processos administrativos de que trata o art. 1º, serão encaminhados pela Difis/Srrf à unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) de domicílio fiscal do servidor e servirão de subsídio para decisão sobre a sua inclusão em programa de fiscalização.*

A Portaria RFB nº 11.230, de 09/11/07, regulou esta obrigação, dispondo que o órgão de origem (no caso específico de processo disciplinar no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, é a Coger ou Escor) encaminhe, em até trinta dias da publicação da portaria de pena expulsiva, cópia integral do processo ou o processo original (e neste caso, a Difis/SRRF tem prazo de até trinta para extrair cópias das peças de interesse fiscal e devolver os autos). Após isto, a Difis/SRRF deve encaminhar o material de interesse fiscal para a unidade de jurisdição do domicílio fiscal do servidor, onde será objeto de decisão acerca de sua inclusão ou não no programa de fiscalização, segundo os parâmetros gerais daquela instância. A praxe interna é de o sistema correcional suprir a instância fiscal com cópia integral digitalizada (escaneada) e criptografada dos autos.

As penas de demissão e destituição de cargo em comissão, quando enquadradas no art. 132, IV, VIII, X ou XI da Lei nº 8.112, de 11/12/90, impõem a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, conforme o art. 136 da mesma Lei, e sem prejuízo da ação penal cabível. A indisponibilidade dos bens não é uma pena em si, mas sim uma medida liminar judicial que visa a proteger o interesse público, vedando que o infrator destine seus bens, e o ressarcimento ao erário reflete a responsabilização civil de reparar dano, decorrente de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, no exercício do cargo, a qual, em regra também requer decisão judicial, conforme **4.14.1.1**. Sendo medidas que requerem decisão judicial, são diligenciadas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, mediante provocação à respectiva Procuradoria Regional da União, órgão da Advocacia-Geral da União (AGU/PRU).

Convém destacar que o servidor que tenha sido demitido ou que tenha tido sua aposentadoria cassada, caso esteja em débito com o erário, deve promover o ressarcimento em no máximo sessenta dias da publicação de sua portaria punitiva.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 47. O servidor em débito com o erário, que for demitido, exonerado ou que tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, terá o prazo de sessenta dias para quitar o débito. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*Parágrafo único. A não quitação do débito no prazo previsto implicará sua inscrição em dívida ativa. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

A propósito, ainda em leitura extraível do art. 136 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, defende-se a plausibilidade de a autoridade julgadora fornecer cópia integral digitalizada e criptografada dos autos à respectiva Procuradoria Regional da União, da Advocacia-Geral da União, após o julgamento de ato de improbidade administrativa (sem prejuízo dos comunicados ao Ministério Público Federal e ao Tribunal de Contas da União, determinados pelo art. 15 da Lei nº 8.429, de 02/06/92), com o fim de que aquele órgão executivo já promova as diligências de natureza cível a favor da instauração da ação civil de improbidade administrativa e também que visem a impedir que o servidor dilapide o patrimônio amealhado com o uso indevido do cargo - e preserva a ação penal cabível, de promoção a cargo do *Parquet*.

As mesmas penas de demissão e destituição de cargo em comissão, quando enquadradas no art. 132, I, IV, VIII, X ou XI da Lei nº 8.112, de 11/12/90, impõem a vedação definitiva de retorno ao serviço público federal; e, quando enquadradas no art. 117, IX e XI da Lei nº 8.112, de 11/12/90, incompatibilizam nova investidura federal por cinco anos.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 136. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, nos casos dos incisos IV, VIII, X e XI do art. 132, implica a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.*

*Art. 137. A demissão, ou a destituição de cargo em comissão por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.*

*Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor*

*que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.*

Há uma linha de entendimento - apoiada em julgado do Superior Tribunal de Justiça (Mandado de Segurança nº 1.119), confirmado pelo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 154.134), no qual se indicou que a vedação constitucional de caráter perpétuo não se restringe às sanções penais, mas também às penas administrativas - que defende que o efeito da pena expulsiva previsto no parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, teria caráter perpétuo, o que contrariaria o art. 5º, XLVII, "b" da CF, que veda pena com tal caráter. Mas, por outro lado, pode-se defender que a pena expulsiva agravada pelo comando de não retorno, do parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não tem caráter perpétuo pois tão somente o que o dispositivo impõe é um requisito a mais para a investidura no cargo, qual seja, da idoneidade moral, que resta descumprida e desatendida à vista da exclusão dos quadros públicos em função dos enquadramentos acima descritos, como uma causa específica de inaptidão moral. Ademais, diante do silêncio do Supremo Tribunal Federal em declarar a inconstitucionalidade, por ora, cabe ao agente administrativo que porventura vier a se deparar com esta questão cumprir e executar o dispositivo legal, ou seja, impedir nova investidura em cargo público federal de servidor que já foi demitido ou destituído do cargo em comissão nos casos do art. 132, I, IV, VIII, X e XI da mesma Lei.

Nesta linha cogitada acima, da valoração da aptidão moral como requisito para investidura, eis que especificamente no caso de servidores detentores dos cargos de AFRFB e ATRFB, há ainda os dispositivos do § 3º do art. 3º da Lei nº 10.593, de 06/12/02:

*Lei nº 10.593, de 06/12/02 - Art. 3º*

*§ 3º Sem prejuízo dos requisitos estabelecidos neste artigo, o ingresso nos cargos de que trata o 'caput' deste artigo depende da inexistência de: (Incluído pela Lei nº 11.457, de 16/03/07)*

*I - registro de antecedentes criminais decorrentes de decisão condenatória transitada em julgado de crime cuja descrição envolva a prática de ato de improbidade administrativa ou incompatível com a idoneidade exigida para o exercício do cargo;*

*II - punição em processo disciplinar por ato de improbidade administrativa mediante decisão de que não caiba recurso hierárquico.*

Acrescente-se que o parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se aplica não só à hipótese de o servidor demitido por cláusula de não retorno e que busca nova investidura mas também se aplica a servidor que obtém vacância em determinado cargo para assumir outro cargo não acumulável (mesmo que esteja ainda respondendo a PAD, em virtude aplicação da presunção de inocência, a vacância pode ser concedida) e que tem aquela vacância convertida em demissão por enquadramento para o qual se veda o retorno. Ora, tanto não pode retornar ao serviço público este servidor demitido de forma qualificada como também não pode permanecer na Administração, devendo sofrer desinvestidura do segundo cargo (desde que haja previsão em lei específica ou no edital regulador do certame público).

Havendo tal previsão, a investidura no segundo cargo deve ser anulada (desde que a Administração tome esta atitude no prazo de cinco anos, conforme o art. 54 da Lei nº 9.784, de 29/01/99, e salvo má-fé), devendo-se cuidar apenas para se assegurar ao servidor um procedimento administrativo, desenvolvido no âmbito da unidade de gestão de pessoas, em que lhe assegurem o exercício do contraditório e da ampla defesa, uma vez que tal ato administrativo anulatório, se por um lado, tem amparo na Súmula nº 473, do Supremo Tribunal Federal, de outro lado, atinge relevante esfera de direitos pessoais do agente.

A se observar, entretanto, que alguns efeitos da segunda investidura são preservados. De imediato, o tempo em que o servidor desempenhou as atribuições legais deste segundo cargo - ainda que ilegalmente provido e a ser desinvestido - não pode ser objeto de devolução da remuneração recebida, já que de fato o agente laborou e dispendeu de sua força de trabalho

e o contrário significaria enriquecimento sem causa de parte do Estado. Da mesma forma, os atos praticados pelo servidor enquanto exerceu o cargo permanecem válidos, à vista do princípio da segurança da relação jurídica a favor dos contribuintes e administrados.

Com estas repercussões expressas, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, estipulou cláusula ainda mais pesada do que a expressão de demissão “a bem do serviço público”, atualmente inexistente no Estatuto, mas ainda prevista nas Leis nº 8.429, de 02/06/92, e 8.026, de 12/04/90.

*“Penas acessórias. O art. 136 representa o mecanismo legal de aplicação parcial do dispositivo constitucional sobre o assunto (é o § 4º do art. 37 CF: Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.) (...). Ou seja, ao lado da ação penal tradicional, existirá contra o mau administrador, conforme for determinado em lei especial, este elenco de sanções a ser aplicado.*

*Alerte-se que o artigo em análise não se presta para dotar a administração do direito de determinar a indisponibilidade dos bens e do ressarcimento ao erário, mas de tomar as providências para que tal ocorra. Somente o Ministério Público é competente para solicitar esta providência em Juízo, cabendo a decisão unicamente ao Magistrado que preside o feito. Não é a Lei nº 8.112, de 1990, a pretendida lei especial, que deveria tratar da forma e gradação dessas penalidades configuradas constitucionalmente (...).*

*Esta matéria veio a ser disciplinada, no campo da legislação ordinária, pela Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.*

*A indisponibilidade dos bens, a rigor, não é uma penalidade, porém um ato de proteção aos interesses do Estado, relacionado com a responsabilidade civil de ressarcimento. Assim, pode ser decretada em medida liminar em ação cautelar, previamente, pois é simplesmente uma atividade preventiva de modo a impedir o desaparecimento do patrimônio do servidor, quando este estiver em seu nome, bem caracterizada sua propriedade. (...)*

*A autoridade administrativa responsável pelo inquérito instaurado para apurar as lesões patrimoniais ao Erário Público (bem como enriquecimento ilícito) tem o dever de representar ao Ministério Público para que este providencie a indisponibilidade dos bens do indiciado.*

*A penalidade a ser aplicada é o perdimento dos bens, que não atinge apenas ao condenado, mas pode, nos termos da lei, ser estendida aos sucessores e contra eles ser executada, até o limite do valor do patrimônio transferido. Sucessão, no caso, não é apenas a hereditária, e inclui a inter-vivos e a mortis-causa.*

*O ressarcimento ao erário pode decorrer de verificação, mediante investigação administrativa, de existência de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, causador da responsabilidade civil, na forma do art. 122 da Lei nº 8.112, de 1990.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pgs. 307 e 308, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

A vírgula existente no *caput* do art. 137 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, entre as penas de demissão e de destituição de cargo em comissão, deve ser considerada erro de digitação. Do contrário, se estaria indo contra o tratamento similar que sistematicamente a Lei nº 8.112, de 11/12/90, atribuiu às duas penas em toda matéria disciplinar.

*“A existência de uma vírgula após a palavra ‘demissão’, no ‘caput’ do art. 137 (...), pode levar à interpretação de que qualquer demissão, em princípio, incompatibiliza o ex-servidor com o serviço público federal por cinco anos, e que, no caso da destituição de cargos em comissão é que isto ocorreria só nas hipóteses do art. 117, IX e XI.*

*Preferimos, por ora, a interpretação mais benigna (...), por julgar que o legislador não daria tratamento diferente aos institutos da demissão e da destituição de cargo em comissão, contrariando o que fez em todo o Capítulo V*

*(arts. 127 a 142).” Edmir Netto de Araújo, “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, pg. 211, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

Mencione-se ainda a repercussão da inelegibilidade, por oito anos, para todos os servidores demitidos em decorrência de PAD ou que tenham sido objeto de declaração judicial de perda de cargo, competindo à autoridade julgadora (o Ministro de Estado da Fazenda, no caso) emitir Aviso Ministerial à Presidência do Tribunal Superior Eleitoral.

*Lei Complementar nº 64, de 18/05/90 - Art. 1º São inelegíveis:*

*I - para qualquer cargo:*

*o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário; (Incluída pela Lei Complementar nº 135, de 04/06/10)*

#### **4.10.6.7 - Ciência Final do Julgamento à Autoridade Local e ao Servidor**

Após a concretização de todos os atos de controle e o registro nos autos de todas as repercussões decorrentes do julgamento, resta, por fim, atender ao comando derradeiro da sequência de determinações inseridas no *caput* do art. 7º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21/11/13, refletido também no *caput* do art. 9º da Portaria Coger nº 14, de 30/01/14, que dispõem sobre apuração de irregularidades funcionais nos respectivos âmbitos do Ministério da Fazenda (MF) como um todo e especificamente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). Relembre-se que os mencionados dispositivos normativos exigem que a autoridade instauradora informe os passos processuais ao titular da unidade de lotação (ou de exercício, se diferente) do acusado desde a entrega do relatório por parte da comissão, culminando então na ciência da decisão definitiva.

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 7º A autoridade instauradora comunicará ao titular do órgão ou da unidade de lotação ou de exercício do acusado a conclusão exarada pela comissão de inquérito, cientificando-o, outrossim, da decisão final, para adoção das medidas que se fizerem necessárias.*

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 9º A autoridade instauradora comunicará ao titular da unidade de lotação ou exercício do acusado a conclusão exarada pela comissão de inquérito, o informará acerca do posterior trâmite do processo até a decisão final a ser proferida pela autoridade julgadora e, após o julgamento, o cientificará da decisão final, para adoção das medidas que se fizerem necessárias.*

E, embora ambos comandos normativos determinem a ciência do julgamento apenas da autoridade local, recomenda-se que se aprimore a providência para que também se colete ciência do servidor, pessoalmente, do teor da decisão, sendo facilmente compreensível que tal extensão cabe na expressão positivada de que incumbe àquela autoridade a “*adoção das medidas que se fizerem necessárias*”. E dar a ciência final ao acusado pode ser tido como pertinente não apenas com base em inequívoco apoio principiológico como também pode se vislumbrar amparo para tal ato na leitura do art. 26 da Lei nº 9.784, de 29/01/99, que determina que a Administração contate o “*interessado para ciência da decisão*”.

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.*

Também se demonstra importante a ciência pessoal do servidor na hipótese de arquivamento sem julgamento responsabilizador (inclusive em decorrência de prescrição), em que não há que se falar em publicação da decisão e muito menos de portaria punitiva. A iniciativa ora defendida de se estender a ciência ao acusado supre a ausência de publicidade naqueles casos em que não se dá visibilidade ao julgamento, pois de outra forma o interessado

não saberia da decisão a que chegou o processo disciplinar em que figurou como acusado.

A operacionalização do comando contido no *caput* do art. 9º da Portaria Coger nº 14, de 30/01/14, pode se dar por meio de envio, ao titular da unidade de lotação (ou de exercício) do acusado, de memorando do Chefe de Escor (ou, excepcionalmente, do Corregedor), em cujo texto já se deixe destacada a síntese do teor do julgamento: se arquivamento ou se responsabilização e qual a pena aplicada, se for o caso, hipótese em que se reitera o que já lhe havia sido comunicado por meio de mensagem de correio eletrônico institucional (nos termos do art. 1º da Portaria SRF nº 1.397, de 11 de novembro de 2002) em ato contínuo à publicação da portaria punitiva. Para o atendimento da positividade normativa e para a autoridade local, é o que basta, não sendo de seu interesse receber cópia integral dos autos.

Em acréscimo, este memorando deve se fazer acompanhar de cópia integral digitalizada (escaneada) e criptografada do processo, em mídia digital, registrando ainda em seu corpo que o titular da unidade repasse tal meio de gravação ao acusado, que colete termo de recebimento e que remeta este recibo de volta ao Escor, a fim de ser autuado (o memorando para a autoridade local pode ter como anexo o recibo em branco, já preparado apenas para que se colem a data e a assinatura do servidor). Destacadamente no caso de o acusado ser inativo ou ex-servidor no momento da ciência em tela - seja em razão de inatividade por aposentadoria, seja em razão de ter se tornado recentemente ex-servidor justamente em razão de ter sofrido pena de demissão neste mesmo PAD cujo julgamento se quer dar ciência, seja em razão de anteriormente já ser ex-servidor por pena expulsiva aplicada em PAD anterior -, convém que este ato de comunicação solicite ainda à autoridade local que estabeleça um prazo (de trinta dias, por exemplo) para que o destinatário compareça à unidade, a fim de receber a mídia digital e que registre o recebimento ou o tácito desinteresse ou a expressa recusa do interessado em atender ao comunicado, para posterior remessa ao Escor, a fim de o respectivo termo ser juntado aos autos. Os eventuais desinteresse ou recusa do acusado em tomar ciência do julgamento do PAD devem ser registrados em termo, podendo-se redigir, para o caso de expressa recusa, termo análogo ao que preconiza o § 4º do art. 161 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, quando o indiciado se recusa a assinar sua citação.

Embora se tenha que eventual portaria punitiva obrigatoriamente deve ser publicada (seja em boletim de serviço ou excepcionalmente em boletim de pessoal do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora - que, no caso, é o Boletim de Serviço da Secretaria da Receita Federal do Brasil, o BS RFB -, seja em DOU) e, formalmente, se presume que o servidor tenha ciência do ato a partir de sua publicação, a cautela para que se colete sua ciência pessoal do teor do julgamento (que se subentende com o fornecimento de cópia integral do processo), operacionalmente realizável em virtude da presumida proximidade entre a autoridade local e o destinatário, a ser posteriormente autuada pelo Escor, em nada se confunde com pré-requisito para a imediata aplicação dos efeitos da punição.

Esta recomendação de entrega da mídia digital ao acusado após o julgamento, como forma de ratificar que o servidor teve conhecimento de decisão que lhe é contrária e de facilitar a possibilidade de manejo de via recursal, em nada contradiz o que já foi exposto em **4.10.6.1**, acerca da inexistência de obrigação de se aguardar o esgotamento do prazo recursal para que se operem os efeitos da apenação, em razão da presunção de legitimidade e, por conseguinte, da autoexecutoriedade de que gozam o processo disciplinar e o ato de imposição de penalidade, dispensando prova prévia de sua legalidade e qualquer outra formalidade. Ressalve-se que apenas no caso da suspensão, de acordo com o interesse da Administração, pode ser aplicada já a partir da data da publicação da portaria; ou posteriormente, que parece ser o mais adequado, a partir de data especificada na portaria, com mínimo prazo hábil para que o servidor seja cientificado.

Tampouco se vincula o marco inicial da contagem do prazo recursal à ciência pessoal

do acusado. Conforme se verá em **5.1.2**, o prazo previsto na Lei para que o apenado, caso queira, interponha qualquer espécie de recurso - cuja regra geral de recebimento é de ser com mero efeito devolutivo e não suspensivo - é contado a partir da data da publicação do ato punitivo e não desta ciência pessoal, que sequer é exigida de forma cristalina em norma

*STJ, Recurso Especial nº 510.612: “Ementa: 1. O termo inicial para a impetração de mandado de segurança contra ato que redunde na demissão de servidor se dá a partir da publicação do referido ato no Diário Oficial da União, por ser nessa ocasião que se verifica a inequívoca ciência do interessado. (...)”*

Reitera-se a conveniência (o que não se confunde com obrigatoriedade) de se ter este termo de recebimento de cópia integral posteriormente juntado ao processo, para fazer prova ainda mais robusta da ciência do julgamento por parte do apenado. Esta peça, em caso de julgamento responsabilizador, delimita, inquestionavelmente da forma mais conservadora e benéfica possível à defesa, a tolerância máxima para o marco inicial do prazo recursal (superando inapelavelmente qualquer eventual alegação de desconhecimento de publicação da portaria punitiva). Por óbvio, na peculiaridade de um caso concreto em que se enfrente esta pouco convincente alegação, embora não obrigada a acatar, não incorre em ilegalidade a autoridade que resolva adotar postura de extremados apego e tolerância por teses de defesa e conceda tal postergação do termo inicial. Também é interessante ter este recibo nos autos para o fim de se considerá-lo como marco inicial da contagem do prazo para recurso na hipótese de responsabilização com punibilidade prescrita, em que não há portaria punitiva publicada.

Por fim, também se demonstra interessante ter este recibo da ciência pessoal do acusado nos autos para configurar o elemento subjetivo doloso do possível crime de exercício funcional ilegalmente prolongado, previsto no art. 324 do CP. Embora aqui se tenha como uma hipótese pouco provável de ocorrer se a autoridade local tiver tomado todas as medidas de prevenção e de controle recomendadas pela autoridade instauradora desde sua mensagem por correio eletrônico institucional imediatamente após a publicação da portaria punitiva, ainda assim expõe-se a questão de quando o servidor, mesmo após a publicação da pena de demissão (que é de presumida ciência, já que publicada no DOU, e que, pela consagrada autoexecutoriedade da medida punitiva, faz com que este ato administrativo se torne perfeito e acabado), continua exercendo seu cargo e produzindo atos. Em princípio, neste caso, não se cogita de instauração de instância disciplinar, porque os atos não foram praticados no exercício do cargo. Nesta hipótese, poder-se-ia, em tese, vislumbrar apenas de configuração da tipicidade em tela.

*CP - Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado*

*Art. 324. Entrar no exercício de função pública antes de satisfeitas as exigências legais ou continuar a exercê-la, sem autorização, depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso.*

*Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.*

Interpretando-se o tipo penal acima, se, por um lado, é certo que não faz sentido excluir a demissão do seu alcance, podendo considerá-la abarcada no termo “exoneração”, por outro lado, também não se omite que a regra da configuração do elemento subjetivo do crime requer a comprovação do dolo, ou seja, da vontade e da consciência do autor em praticar a conduta - qual seja, no caso, de prolongar sabidamente de forma indevida o exercício de suas atribuições públicas, ficando então tal ânimo subjetivo inquestionavelmente configurado com o recebimento da mídia digital com cópia integral dos autos.

*“(...) Esqueceu-se o legislador da demissão e da aposentadoria. Enquanto na primeira hipótese pode-se tê-la como espécie de exoneração, na segunda a omissão da lei faz com que o fato não configure o ilícito previsto no artigo 324. É indispensável, nos termos expressos da lei, que o funcionário tenha conhecimento oficial do impedimento ao exercício das funções. Exige-se, pois, a comunicação expressa ao agente público, não a suprimindo a publicação no*

*Diário Oficial quando não houver prova de que o agente tomou conhecimento inequívoco da exoneração, remoção, substituição ou suspensão. (...). Não ocorre o crime também quando se trata de cessação temporária (férias, licença, etc) (...).” Julio Fabbrini Mirabete, “Manual de Direito Penal”, pg. 347, Editora Atlas, 17ª edição, 2001*

*“(...) O agente continua a exercer a função pública (pratica atos de ofício) mesmo depois de ter recebido ‘comunicação oficial’ informando que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso (não são incluídas as cessações por licença ou férias). A notificação deve ser pessoal, sendo imprescindível que o agente tenha conhecimento direto e certo, não bastando a dúvida (...).” Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Junior, “Código Penal Comentado”, pg. 549, Editora Renovar, 4ª edição, 1998*

Destaque-se que a lei penal tipifica também a continuidade do exercício por parte do servidor apenado com suspensão. Neste caso, uma vez que se mantém o vínculo funcional entre o servidor e a Administração, diferentemente da hipótese anterior, além do crime em tela, pode-se cogitar também de repercussão disciplinar, em função da quebra dos deveres de obediência e de lealdade por parte do servidor suspenso que descumpra o efeito punitivo que o afasta temporariamente da função pública.

Ainda neste rumo de inibir o exercício funcional ilegalmente prolongado e todas outras danosas iniciativas de o ex-servidor ainda tentar se passar por agente público em virtude ter em mãos aparatos públicos, advirta-se também que, como em caso de aplicação de demissão, o julgamento é ministerial, por óbvio, o processo disciplinar levará alguns dias para retornar da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional até o sistema correccional da RFB e daí até se poder ter cópia integral para encaminhar para a unidade de lotação do apenado, quando se espera que o servidor já não mais se encontre. Com o efeito indiscutivelmente imediato da publicação em DOU, independentemente de onde se encontram os autos, a rigor, presume-se e espera-se que o servidor seja prontamente afastado do exercício do seu cargo e do acesso à repartição e que lhe sejam retirados distintivo, crachá, carteiras funcionais, carimbos, processos, equipamentos de informática, certificado digital e perfis e senhas de acesso a todos os sistemas informatizados internos já no próprio dia da publicação oficial, conforme já foi exposto em **4.10.6.2**. Mas, na prática, em que não se cogita de que o próprio servidor acompanhe a publicação de seu ato expulsivo e menos ainda que cumpra espontaneamente a ordem, para que o afastamento imediato efetivamente se operacionalize, faz-se necessário que a Administração, precipuamente por sua estrutura correccional (Coger e Escor) e também por sua área de gestão de pessoas (Cogep e suas projeções regionais), tenha acompanhamento diário das publicações oficiais e imediatamente comunique ao titular da unidade de lotação (ou de exercício) do apenado a publicação da portaria demissória, bem como o informe das demais providências a tomar, em celeridade comportada por mensagem do correio eletrônico institucional. Uma vez que a competência para aplicar suspensão superior a trinta dias também é ministerial, parte do que aqui se expôs, sobretudo em termos de necessidade de acompanhamento da publicação em DOU, também se aplica a esta pena.

Autuado o recibo da mídia digital por parte do acusado, antes da remessa definitiva do processo para o Arquivo Geral da Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda para arquivamento por tempo indeterminado, é necessário extrair cópia integral digitalizada e criptografada do processo para arquivamento interno, no Escor ou na Coger. À luz do que determina a Ordem de Serviço Coger nº 1, de 13/06/13, ao final dos trabalhos no âmbito do Escor (ou Nucor), deve ser disponibilizada, na pasta virtual compartilhada referente ao Escor (ou Nucor), cópia em formato editável do parecer propositivo de julgamento, em subpastas específicas organizadas por ano, e deve também ser disponibilizada cópia digitalizada atualizada dos autos, identificada de acordo com a Portaria Coger nº 55, de 20/07/12, em subpastas específicas organizadas por nº de processo.

*Portaria Coger nº 55, de 20/07/12 - Art. 1º Deverão ser digitalizados todos os*

*processos disciplinares, sindicâncias acusatórias e sindicâncias investigativas no âmbito da Corregedoria-Geral, dos Escritório de Corregedoria nas Regiões Fiscais (Escor) e no Núcleo de Corregedoria em Manaus (Nucor).*

*Ordem de Serviço Coger nº 1, de 13/06/13 - Art. 1º A Divisão de Controle da Atividade Correcional (Dicac) criará, em pastas identificadas com os nomes dos Escritórios e do Núcleo de Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil (Escor/Nucor), no endereço <\\compartilhamentos.rfoc.srf\RFOC\ESCORXXDIGITAL>, subpastas denominadas:*

*II - PAD CONCLUÍDO, onde serão armazenados, após o encerramento dos trabalhos no âmbito do Escor/Nucor, cópias dos PADs e das Sindicâncias Disciplinares descritos no inciso I;*

*IV - DOCUMENTOS EDITÁVEIS, onde serão disponibilizados, em formato editável, cópias dos relatórios finais produzidos pelas Comissões de Inquérito (CI) e pelas Comissões de Sindicância Disciplinar (CS), dos pareceres de juízo de admissibilidade, dos pareceres de julgamento, dos pareceres de análise de recursos e das informações relativas às atividades supervisionadas pela Divisão de Análise Correcional (Diac) prestadas ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à Advocacia-Geral da União, à Controladoria-Geral da União e a outros órgãos externos à Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

*§ 1º As subpastas PAD EM ANDAMENTO, PAD CONCLUÍDO e PROCESSOS CONCLUÍDOS COM JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NEGATIVO serão subdivididas em subpastas identificadas pelos números dos respectivos processos, cujas cópias deverão ser armazenadas com separação em volumes, anexos e apensos, conforme padrão estabelecido no Anexo I da Portaria Coger nº 55, de 20 de julho de 2012.*

*§ 2º A subpasta DOCUMENTOS EDITÁVEIS será subdividida nas subpastas RELATÓRIOS FINAIS DE CI E CS, PARECERES DE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE, PARECERES DE JULGAMENTO, PARECERES DE ANÁLISE DE RECURSOS e INFORMAÇÕES.*

*§ 3º As subpastas mencionadas no parágrafo anterior deverão estar organizadas por ano.*

*Art. 3º Arquivado o feito ou decidido seu encaminhamento para julgamento da autoridade competente, cabe ao Escor/Nucor transferir a versão atualizada de cópia do PAD ou Sindicância Disciplinar da subpasta PAD EM ANDAMENTO para a subpasta PAD CONCLUÍDO.*

*Art. 5º Os presidentes de Comissão de Inquérito, os presidentes de Comissão de Sindicância Disciplinar e os demais servidores do Escor/Nucor, no âmbito de suas atividades, enviarão ao respectivo chefe de Escor/Nucor, para disponibilização na subpasta DOCUMENTOS EDITÁVEIS, a versão final, em formato editável (.doc ou .odt), de cópia das seguintes peças: relatórios finais produzidos pelas Comissões de Inquérito e de Sindicância Disciplinar, pareceres de juízo de admissibilidade, pareceres de julgamento, pareceres de análise de recursos e informações relativas às atividades supervisionadas pela Diac prestadas ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à Advocacia-Geral da União, à Controladoria-Geral da União e a outros órgãos externos à Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

#### **4.10.6.8 - Perda da Cláusula de Sigilo de Processo Disciplinar após o Arquivamento**

Após as ciências e recomendações e a extração de cópia dos autos para arquivamento interno e não tendo havido a interposição de qualquer espécie recursal pela defesa no prazo de trinta dias contados da publicação do ato punitivo, os autos são encaminhados para o Arquivo Geral da respectiva Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda, para arquivamento por prazo indeterminado, conforme preceitua a Resolução Conarq nº 14, de 24/10/01 para feitos de natureza disciplinar. Ressalve-se que este encaminhamento célere ao

Arquivo Geral é interrompido na hipótese de a defesa apresentar pedido de reconsideração e/ou recurso hierárquico, inserindo-se aqui os atos procedimentais que serão abordados em **5.1.2.**

Conforme já aduzido em **2.5.6.2.3** e em **3.3.1.7**, a cláusula de sigilo imposta pelo art. 150 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, é aplicada ao processo disciplinar, que engloba desde a fase de instauração até a fase de julgamento, com o fim precípua de proteger o interesse público encartado nas apurações. Assim, uma vez encerrado o PAD ou a sindicância disciplinar, com seu julgamento e com os atos posteriores, remetidos os autos ao arquivo, não mais se cogita de aplicação do comando restritivo do art. 150 do Estatuto. Após o arquivamento, os autos disciplinares submetem-se, como atos e documentos públicos, à regra geral da publicidade, estabelecida pela Lei nº 12.527, de 18/11/11, e mais especificamente, por seu art. 7º, § 3º e também pelo art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16/05/12.

*Lei nº 12.527, de 18/11/11 - Art. 7º*

*§ 3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo.*

*Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.*

*Decreto nº 7.724, de 16/05/12 - Art. 20. O acesso a documento preparatório ou informação nele contida, utilizados como fundamento de tomada de decisão ou de ato administrativo, será assegurado a partir da edição do ato ou decisão.*

Segundo se extrai destes dois comandos normativos, os elementos do processo administrativo disciplinar são acobertados pela cláusula do sigilo estabelecido no art. 150 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, somente até o momento do ato decisório a que se dirigem e que instruem, qual seja, o julgamento. Uma vez julgado o PAD ou a sindicância disciplinar, deixa de se aplicar tal cláusula restritiva e passam aqueles elementos a serem alcançados pela regra geral da publicidade consagrada pela Lei nº 12.527, de 18/11/11, ressalvadas as informações protegidas por cláusulas específicas de sigilo de outras naturezas.

Em reforço à argumentação acima exposta, a título de informação, acrescenta-se que o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), na condição de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, adotou normatização restritiva ao acesso a dados encartados em fase investigativa em curso em seu próprio âmbito, conferindo a cláusula de sigilo por toda esta fase, até seu arquivamento, e que a estende no curso de processo administrativo disciplinar decorrente, reconhecendo a supressão da cláusula após a publicação do respectivo julgamento, conforme se depreende dos arts. 4º e 5º da Portaria CGU nº 1.613, de 26/07/12. Embora tal norma tenha aplicação restrita àquele órgão, convém sua menção no presente, a título de referência.

*Portaria CGU nº 1.613, de 26/07/12 - Art. 4º A CGU manterá, independentemente de classificação, acesso restrito em relação às informações e documentos, sob seu controle e posse, mantidas em qualquer suporte, relacionadas a:*

*IV - identificação do denunciante, até que se conclua procedimento investigativo;*

*V - papéis de trabalho e procedimentos relativos a ações de controle e de inspeção correicional ou de qualquer espécie de ação investigativa, nos termos do 3º do art. 26 da Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001;*

*VII - relatórios e notas técnicas decorrentes de investigações, auditorias e fiscalizações, e outros documentos relativos à atividade de correição, bem como outras ações na área de competência da CGU, quando ainda não concluídos os respectivos procedimentos.*

*Art. 5º A restrição de acesso às informações prevista nos incisos IV e VII do*

*artigo 4º desta Portaria se extingue a partir da conclusão do procedimento investigativo, quando os relatórios e notas técnicas se tornarem públicos.*

*1º Consideram-se concluídos, no âmbito da CGU, os procedimentos investigativos relativos a:*

*I - ação correicional:*

*a) procedimento disciplinar instaurado ou acompanhado: com a publicação do julgamento pela autoridade competente:*

*b) investigação preliminar: com o arquivamento do processo em caso de não ser procedente o fato originário da investigação e, no caso contrário, a publicação do julgamento do procedimento disciplinar decorrente da investigação; e*

*c) relatórios de inspeção correicional: com a aprovação do relatório pelo Corregedor-Geral da União.*

Desta forma, além da inequívoca manutenção e preservação da acessibilidade a favor do acusado e de seu procurador constituído, também os terceiros em geral podem ter acesso, vista, cópia ou esclarecimento acerca de autos disciplinares arquivados. A exceção à regra geral da publicidade ainda pode se operar mesmo após arquivados os autos, desde que a autoridade correicional entenda que contenham informações consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade (em aspectos associados à vida humana ou à segurança ou à saúde da população) ou do Estado (em aspectos associados à soberania nacional, às relações internacionais e a determinadas atividades investigativas de interesse público) e, mais especificamente, conforme o inciso VIII do art. 23 da Lei nº 12.527, de 18/11/11, que a divulgação de tais informações possa comprometer atividades de inteligência, de investigação ou de fiscalização em andamento, relacionados com prevenção ou repressão de infrações.

Uma outra possibilidade de afastamento da regra geral da publicidade após arquivados os autos disciplinares reside na hipótese de conterem informações protegidas por cláusulas específicas de sigilo, tais como o sigilo fiscal, o sigilo bancário, o sigilo profissional (em que se inclui a documentação de perícia médica), o sigilo telefônico e demais dados relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem e o segredo de justiça, pois o art. 22 da Lei nº 12.527, de 18/11/11, mantém a preservação das demais espécies de sigilos legais. Havendo informações protegidas por cláusulas de sigilo específicas, o conhecimento pode se dar parcialmente, conforme autoriza o art. 7º, § 2º da Lei nº 12.527, de 18/11/11, ou, se todo o processo contiver, de forma indissociável, informações de tais naturezas, opera-se a vedação de acesso à íntegra dos autos, sob pena de se permitir obtenção indevida de informação protegida, sob pena de terceiros obterem informações que a Lei quer que sejam protegidas. Conforme já aduzido em **2.5.6.2.1**, a cuja leitura se remete, nada impede que, diante da provocação de terceiro por acesso, vista, cópia ou esclarecimento acerca de PAD ou sindicância disciplinar já arquivados que a autoridade instauradora (o Chefe de Escor, como regra) provoque o Corregedor para que este proceda à atribuição do grau reservado de sigilo (mesmo que ainda não tivesse feito tal atribuição antecipadamente ao pedido).

*Lei nº 12.527, de 18/11/11 - Art. 7º*

*§ 2º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.*

*Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.*

Ressalve-se que a aplicação da regra geral da publicidade, já após arquivado o PAD ou a sindicância disciplinar, se opera no rito estabelecido pela Lei nº 12.527, de 18/11/11, pelo Decreto nº 7.724, de 16/05/12, e ainda pela Portaria MF nº 233, de 26/06/12, via Protocolo-SIC-MF, conforme já detalhado em **2.5.6.2.1**. Ou seja, o acesso, vista, cópia ou esclarecimento acerca do PAD ou sindicância disciplinar arquivados, se porventura

concedido, não é feito diretamente por meio da autoridade correcional (o Corregedor ou o Chefe de Escor ou o Chefe do Nucor). Assim, em razão sobretudo da possibilidade de os autos aos quais se solicita acesso, vista, cópia ou esclarecimento conterem dados de sigilo de natureza específica, convém que a autoridade instauradora (o Chefe do Escor, como regra) após determinar os encaminhamentos de praxe, registre no processo que eventual pedido de desarquivamento seja submetido à sua apreciação, como, aliás, deverá ocorrer, de acordo com o mencionado rito.

No caso de processo digital formalizado no Sistema Processo Eletrônico (e-Processo), os autos são movimentados para a equipe Arquivo Único do sistema. Mas se o processo digital contiver dados protegidos por alguma espécie legais de sigilo diferente do sigilo estabelecido pelo art. 150 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, deve ser movimentado para a equipe Arqui do Escor (ou excepcionalmente da Coger, caso o Corregedor tenha figurado como autoridade instauradora).

Isto porque o sistema e-Processo permite que alguns usuários estranhos ao sistema correcional possuam privilégios diferenciados em seus perfis de acesso que os habilita a desarquivar qualquer processo digital encaminhado ao Arquivo Único.

Portanto, os processos disciplinares em meio digital que contenham dados protegidos por sigilo bancário, profissional, telefônico e relativos à intimidade, vida privada, honra e imagem e sob segredo de justiça não devem ser movimentados para o Arquivo Único do sistema e-Processo, devendo ser arquivados na equipe Arqui local. Percebe-se que a mera existência de documentos com dados protegidos por sigilo fiscal, não oponível no âmbito da RFB, não impede a movimentação do processo digital para o Arquivo Único do sistema.

## 4.11 - RITO SUMÁRIO

Este rito, não previsto na redação original da Lei nº 8.112, de 11/12/90, foi incluído pela Lei nº 9.527, de 10/12/97. O procedimento é aplicável na apuração de acumulação ilegal de cargos, de abandono de cargo e de inassiduidade habitual, sendo a todas cabível a pena de demissão. A regra geral é de que se trata de rito com instrução célere, pois visa a apurar casos em que já se tem materialidade pré-constituída.

*“Outro aspecto inovador a merecer destaque é o que faz sobressair a importância dos órgãos de pessoal de cada repartição, a quem incumbe o dever de exercer a fiscalização ininterrupta e tomar as iniciativas tendentes à imediata apuração, mediante prova pré-constituída.*

*É que a natureza sumária do procedimento de apuração faz pressupor que a instauração do processo se fundamenta nos válidos elementos de prova previamente coligidos pelo órgão de pessoal acerca da acumulação ilegal de cargos, de modo a ensejar que, em três dias, contados da publicação do ato constitutivo da comissão apuradora, como exige o § 2º do art. 133, possa ela lavrar o termo de indiciamento. (...)*

*Vale também, para as hipóteses ora apreciadas (abandono de cargo e inassiduidade habitual), pôr em evidência a importância fiscalizadora dos órgãos de controle ininterrupto, para ensejar imediata apuração da irregularidade, por meio da comprovação documental preexistente da ausência do servidor faltoso ao serviço, de forma contínua ou interpolada, conforme o caso.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pgs. 131 e 133, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

No **Anexo VI**, demonstra-se, aproximadamente, o rito sumário do processo administrativo disciplinar, por meio de fluxogramas.

### 4.11.1 - A Possibilidade de Instrução Ordinária e de Aplicação de Outras

## Penas

Todavia, é óbvio que, contra esta específica determinação legal de instrução célere (basicamente sem atos de busca de prova), devem prevalecer as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, de forma que, caso se demonstre necessário e justificável, a prova pré-constituída possa ser contestada. Com isto, o fato de a Lei *a priori* impor rito sumário não impede que a defesa provoque formação de provas como no rito ordinário, com oitivas, diligências, interrogatório, etc., sem prejuízo das prerrogativas da comissão de denegar aqueles pedidos impertinentes ou protelatórios, conforme o art. 156, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/1.

*Nota Técnica Coger nº 2005/1: “5. Destarte, mesmo que a instrução do PAD se dê com base no rito sumário, o acusado poderá solicitar oitiva de testemunhas, bem como produção de outras provas que entender relevantes para a sua defesa, cabendo ao presidente da respectiva Comissão de Inquérito, nos termos do §1º do artigo 156 da Lei nº 8.112, de 1990, motivadamente denegar os pedidos considerados impertinentes, protelatórios ou sem interesse para o deslinde da questão.”*

E tal incidente excepcional não impede o prosseguimento do apuratório sob o rito sumário, que, como se verá em **4.11.2** e **4.11.3**, diferentemente do que foi defendido para o rito ordinário, inicia-se com portaria de instauração definindo o fato a se apurar e designando apenas dois servidores para conduzirem os trabalhos. A necessidade de realização de atos instrucionais não impõe que se desconstitua a dupla processante e que se designe trio.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 133.*

*§ 8º O procedimento sumário rege-se pelas disposições deste artigo, observando-se, no que lhe for aplicável, subsidiariamente, as disposições dos Títulos IV e V desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.464: “Ementa: (...) III - A intenção do legislador - ao estabelecer o procedimento sumário para a apuração de abandono de cargo e de inassiduidade habitual - foi no sentido de agilizar a averiguação das referidas transgressões, com o aperfeiçoamento do serviço público. Entretanto, não se pode olvidar das garantias constitucionalmente previstas. Ademais, a Lei nº 8.112/90 - art. 133, § 8º - prevê, expressamente, a possibilidade de aplicação subsidiária no procedimento sumário das normas relativas ao processo disciplinar.”*

*“Os ilícitos funcionais da acumulação ilegal de cargos, abandono de cargo e inassiduidade habitual, dada a sua simplória consistência como matéria de fato, dispensa, ‘ipso jure’ e em princípio, a realização de diligências apuratórias. Contudo, chegando-se a verificar circunstâncias excepcionais (como, por exemplo, a falsificação de documentos instrumentalizadores da indicação da materialidade do fato imputado), deverá o procedimento sumário abrir ensancha a que tais diligências sejam realizadas antes da apresentação da defesa escrita do servidor acusado.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 346, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“Realmente, nada está a impedir que se adote o processo disciplinar, com maior dilação probatória, para se investigar, convenientemente, as faltas configuradoras da inassiduidade habitual e o abandono de cargo. Relembre-se que processo, sendo de natureza instrumental, não pode se constituir obstáculo para apuração correta dos fatos.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pgs. 133 e 134, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Além disto, também excepcionalmente, em um processo iniciado sob rito sumário, de acordo com o conjunto probatório, pode a dupla processante não comprovar a configuração da irregularidade (dentre as três previstas) para que foi designada mas comprovar a ocorrência de outros ilícitos, de menor gravidade e conexos ao mesmo fato que ensejou a instauração (como, apenas para citar alguns exemplos: falta de assiduidade ou de pontualidade, ausência injustificada ao serviço, exercício de atividades incompatíveis, etc). Novamente, não há necessidade de conversão deste rito sumário em rito ordinário, designando-se trio processante, e pode-se, ao final, ter a aplicação de pena de advertência ou suspensão. Também, nada obsta que um processo instaurado sob rito sumário para apurar abandono de cargo ao final conclua por sua desconfiguração e pelo cometimento de inassiduidade habitual, ou vice-versa.

Como se percebe, para a validade desta situação, basta que este novo enquadramento esteja relacionado ao fato ensejador da instauração, além, obviamente, que também não haja prejuízo à defesa, pois a dialética processual instaura-se em torno da autoria e da materialidade do fato apurado, podendo-se ter alterado o enquadramento legal.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ao analisar um PAD instaurado pelo rito sumário em que a Coger aplicou a penalidade de advertência, exarou o Parecer PGFN/CJU nº 1.920/2003, concluindo, *ipsis verbis*:

*Parecer PGFN/CJU nº 1.920/2013: “34. Por tudo que aqui foi exposto, julgamos não ter ficado comprovada a existência de vício insanável que nos deixasse com a convicção de que deveria ser declarada a nulidade do julgamento realizado pelo Sr. Corregedor-Geral Substituto (fls. 127/128), mesmo porque a decisão daquela autoridade, a nosso ver, além de encontrar amparo no Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, guardou coerência com o que consta dos autos (Processo Administrativo Disciplinar nº ...), não tendo sido comprovada a transgressão de abandono de cargo ou a de inassiduidade habitual, com intencionalidade ou sem justa causa, como exigido nos arts. 138 e 139 da Lei nº 8.112, de 1990, motivo por que julgamos deva ser mantida a penalidade de advertência aplicada pelo Sr. Corregedor-Geral à servidora (...), pela inobservância da assiduidade e pontualidade no serviço (art. 116, inciso X, da Lei nº 8.112, de 1990).”*

Tal entendimento foi corroborado pela Procuradoria da Fazenda Nacional no Ceará, por meio do Parecer PFN/CE nº 193/2004, em resposta a consulta formulada pelo Escor03:

*Parecer PFN/CE nº 193/2004: “37. Diante do exposto, pode-se concluir que:*  
*a) a capitulação legal da infração imputada ao servidor na portaria de instauração não tem o condão de vincular o trabalho da comissão processante, que poderá retificar a classificação jurídica da conduta;*  
*b) a defesa do servidor se faz sobre os fatos narrados na portaria e não sobre a sua definição jurídica;*  
*c) a diferença de ritos previstos para a infração inicialmente capitulada e a efetivamente apurada se resolve com bastante tranquilidade quando o procedimento disciplinar desenvolveu-se no rito padrão, mesmo que, a observar a literalidade da lei, devesse ter transcorrido pelo procedimento sumário;*

Tampouco configura nulidade se, desde a instauração, a apuração de qualquer daquelas três irregularidades se der em rito ordinário, visto que nenhum prejuízo traz à defesa (ao contrário, é um rito mais completo).

Por outro lado, em princípio, o oposto não se admite: a instauração de rito sumário para apuração de fato que desde o início se sabe totalmente independente de uma daquelas três hipóteses previstas na Lei para sua instauração. Na mesma linha, se a dupla processante, designada sob molde de rito sumário não comprova a acumulação ilegal ou o abandono de cargo ou a inassiduidade habitual, mas depara-se com outra situação irregular e que não guarda nenhuma relação com o objeto original de sua designação, deve apresentar relatório

inocentando o servidor acerca do fato originário e representar pelo outro ato ilícito, a fim de que seja designada outra comissão em trio, sob molde ordinário. A mero título de exemplo, não se vislumbra correlação entre ilícitos apuráveis sob rito sumário e dilapidação de patrimônio e lesão aos cofres públicos.

*TRF da 4ª Região, na Apelação Cível nº 171.093: “Ementa: 1. No inquérito administrativo, semelhantemente ao que ocorre no processo penal, não pode o servidor ser punido com base em fato não constante da imputação que lhe foi inicialmente feita (‘mutatio libelli’). Se o inquérito foi iniciado para apurar abandono do cargo e inassiduidade habitual, tipificados nos incisos II e III do art. 132 da Lei 8.112/90, não pode o servidor ser demitido por improbidade administrativa, tipificada no inciso IV do mesmo artigo, cujo suporte fático é diverso, sem que lhe seja reaberta oportunidade para defesa.*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/1.

*Nota Técnica Coger nº 2005/1: “Ementa: O PAD instaurado e conduzido sob o procedimento sumário, conforme art. 133, da Lei nº 8.112, de 1990, caso não resulte em demissão, poderá culminar na aplicação da penalidade de advertência ou suspensão, desde que o fundamento legal para a apenação guarde conexão com o motivo da instauração do PAD.”*

Formalmente, o prazo total para o rito sumário é de trinta dias, contados da instauração, prorrogáveis por mais quinze dias. Aplicam-se, subsidiariamente, no que couber, os conteúdos já expostos em **4.2.8.2** e em **4.2.8.3**, acerca dos institutos da prorrogação do prazo da comissão de inquérito e da designação de nova comissão para ultimar os trabalhos, bem como os formalismos expostos para as respectivas portarias e a preponderância da busca da verdade material, da indisponibilidade do interesse público e da oficialidade em detrimento da mera instrumentalidade do prazo, sem prejuízo dos efeitos sobre a contagem prescricional.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 133.*

*§ 7º O prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar submetido ao rito sumário não excederá trinta dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por até quinze dias, quando as circunstâncias o exigirem. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*§ 8º O procedimento sumário rege-se pelas disposições deste artigo, observando-se, no que lhe for aplicável, subsidiariamente, as disposições dos Títulos IV e V desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

#### **4.11.2 - Rito para Acumulação Ilegal de Cargos**

Detectada a acumulação ilegal (descrita em **4.7.4.13**), a autoridade instauradora deve notificar o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, a fim de que, no prazo de dez dias, opte por um dos cargos. Caso o servidor manifeste a opção de manter o outro cargo, o processo em que se relata a acumulação ilegal deve ser remetido para a unidade de projeção regional do macroprocesso de trabalho de gestão de pessoas, a fim de que seja operada a exoneração a pedido do cargo ocupado na Secretaria da Receita Federal do Brasil, com posterior notificação ao outro órgão. No caso contrário, em que o servidor manifesta opção de manter o cargo ocupado na Secretaria da Receita Federal do Brasil, não obstante não se recomendar o imediato arquivamento do processo da acumulação ilegal, mas sim apenas ter seu andamento sobrestado, no aguardo da comprovação da exoneração do outro cargo.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 133. Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos empregos ou funções públicas, a autoridade a que se refere o art. 143 notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar a opção no prazo improrrogável de dez dias, contados da data da ciência e, na hipótese de omissão, adotará procedimento sumário para a sua apuração e regularização imediata, cujo processo administrativo disciplinar se*

*desenvolverá nas seguintes fases: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão, a ser composta por dois servidores estáveis, e simultaneamente indicar a autoria e a materialidade da transgressão objeto da apuração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*II - instrução sumária, que compreende indicição, defesa e relatório; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*III - julgamento. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

Conforme já aduzido em **4.7.2.10**, uma situação muito peculiar que pode se configurar é de um servidor já estar respondendo a processo administrativo disciplinar por qualquer outro fato e vir a ser objeto de notícia de acumulação de cargos supostamente ilegal, um na Secretaria da Receita Federal do Brasil e o outro em qualquer órgão. Por força do art. 133 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, deve este servidor ser notificado a manifestar a opção de qual cargo deseja manter. Por um lado, na hipótese de o servidor optar pela manutenção do cargo ocupado na Secretaria da Receita Federal do Brasil, a solução da questão reside apenas em que se comprove a efetiva exoneração do cargo ocupado no outro órgão para que se archive o processo sobre acumulação ilegal e que se prossiga o andamento do outro processo disciplinar já em curso, sem configurar nenhuma dificuldade.

Por outro lado, a solução exige maior esforço interpretativo na hipótese de o servidor manifestar opção de manter o cargo ocupado no outro órgão e de se exonerar do cargo ocupado na Secretaria da Receita Federal do Brasil, pois, em tal caso, uma vez que já responde a outro processo administrativo disciplinar em curso neste órgão, deve-se contemplar que o art. 172 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, veda a exoneração a pedido do cargo (com a inteligência de não prejudicar os trabalhos apuratórios). Neste caso, a obediência ao comando do art. 172 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, conflitua com o atendimento também do art. 133 da mesma Lei.

Em tal situação peculiar, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional mantém entendimento de que é possível a Secretaria da Receita Federal do Brasil conceder a este servidor a exoneração do cargo que ocupa neste órgão desde que o prazo legal de 140 dias já tenha se esgotado no outro processo administrativo disciplinar em curso e que tal demora não tenha sido intencionalmente causada pelo próprio acusado. Caso se satisfaçam estas condições, na hipótese de o servidor vir a ser demitido no outro PAD, deve a Administração, com lastro no poder de autotutela, converter em demissão aquela exoneração atipicamente concedida para o cargo ocupado na Secretaria da Receita Federal do Brasil.

*Parecer PGFN/Cojed nº 1.886/2012: “17. (...) deve ser garantido ao servidor o direito de pedir exoneração de seu cargo mesmo que esteja respondendo a outro processo disciplinar, caso este outro PAD tenha ultrapassado o prazo legalmenteprevisto para o seu término (140 dias) (...) e que o servidor não tenha causado a demora na instrução da investigação, com fito de retardar a conclusão do processo disciplinar.*

*19. Ressalte-se, ainda em relação ao questionamento da Corregedoria-Geral da RFB, que o deferimento da exoneração somente se mostra viável em face da possibilidade de a administração, acaso sobrevenha decisão desfavorável ao servidor nos outros processos administrativos disciplinares, sancioná-lo, cassando o ato exoneratório, com vistas à devida aplicação de penalidade de demissão, com fundamento no poder de autotutela.”*

Embora a Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao estabelecer a regra geral da contagem de prazos, em seu art. 238, tenha disposto que apenas o termo final deve recair sobre dia de expediente normal, nada impede que, a favor da parte, se estenda o § 3º do art. 224 do CPC, também iniciando a contagem somente a partir do primeiro dia útil após o recebimento da intimação. Assim, se intimação for entregue em uma sexta-feira, em vez de se contar o prazo de opção a partir do sábado, pode-se fazê-lo a partir da segunda-feira subsequente.

*CPC - Art. 224.*

*§ 3º A contagem do prazo terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação.*

Advirta-se que, à vista da vedação da acumulação remunerada também se estender aos proventos da aposentadoria, nada impede que o aposentado, em acumulação ilícita, opte pelo cargo, renunciando àqueles proventos.

*“(...) ressalte-se que o Dasp, por intermédio de sua formulação nº 275, já havia pacificado o entendimento de que ‘o aposentado que se habilite em concurso pode ser nomeado, devendo, todavia, ao tomar posse, renunciar à aposentadoria, se não forem acumuláveis as duas situações. (...)*

*Vê-se, nesses termos, que é admissível a renúncia à aposentadoria, que aliás configura assim um direito público subjetivo, haja vista que a lei não pode impedir de o servidor aposentado procure suas melhorias.” José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pgs. 476 e 477, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

A instauração do processo disciplinar, com comissão integrada por dois servidores estáveis, se dará apenas em caso de omissão por parte do interessado em manifestar opção.

*Formulação Dasp nº 191. Acumulação*

*A boa ou a má-fé, nos casos de acumulação proibida, apuram-se, necessariamente, no inquérito administrativo.*

*“Tal comportamento omissivo não configura presunção jurídica da má-fé, e sim forte indício de sua existência, legitimando, pois, a abertura do respectivo procedimento disciplinar para apurar se realmente ocorrerá esta possível premeditação. Sem esse cuidado precautório, arrosta-se o princípio constitucional do devido processo legal.*

*Conquanto não se possa presumir a má-fé, destaque-se, todavia, que não é de todo impérvia que a lei, por meio de ficção jurídica, conceba a presunção de boa-fé, como é o caso do art. 133 da Lei nº 8.112/90, que, alicerçando-se em presunção absoluta de inocência do servidor acumulante, admite que este, uma vez notificado pela administração, apresente a sua opção por um dos cargos no improrrogável prazo de dez dias, contados a partir dessa notificação.*

*Não exercitando esse direito de opção, aí sim, deverá a administração abrir o respectivo procedimento apuratório (...).” José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pg. 475, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

Diferentemente do rito ordinário, a portaria de instauração já deve indicar a autoria e a materialidade, ou seja, identificação do servidor, descrição dos cargos, dos órgãos, das datas de ingresso, dos horários e dos regimes de trabalho.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 133.*

*§ 1º A indicação da autoria de que trata o inciso I dar-se-á pelo nome e matrícula do servidor, e a materialidade pela descrição dos cargos, empregos ou funções públicas em situação de acumulação ilegal, dos órgãos ou entidades de vinculação, das datas de ingresso, do horário de trabalho e do correspondente regime jurídico. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*

Em três dias da instauração, deve a comissão indiciar o servidor e citá-lo para apresentar defesa em cinco dias. Apresentada defesa sem provocação para busca de provas, em cinco dias a comissão deve elaborar o relatório conclusivo acerca da licitude ou não da acumulação. Por óbvio que, se diante do rito ordinário, com prazos mais elásticos, se defendeu, à vista do princípio do formalismo moderado, não se tratar de prazos fatais, com mais pertinência se afirma que a extrapolação de exíguos prazos do rito sumário, por si só, não acarreta nulidade no processo.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 133.*

*§ 2º A comissão lavrará, até três dias após a publicação do ato que a constituiu, termo de indicição em que serão transcritas as informações de que*

*trata o parágrafo anterior, bem como promoverá a citação pessoal do servidor indiciado, ou por intermédio de sua chefia imediata, para, no prazo de cinco dias, apresentar defesa escrita, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição, observado o disposto nos artigos. 163 e 164. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*§ 3º Apresentada a defesa, a comissão elaborará relatório conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor, em que resumirá as peças principais dos autos, opinará sobre a licitude da acumulação em exame, indicará o respectivo dispositivo legal e remeterá o processo à autoridade instauradora, para julgamento. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*“Então, será lavrado já o Termo de Indiciação dispensando-se a fase probatória do processo disciplinar regular, posto que a questão não é de fato e, sim, apenas de direito, eis que a materialidade da irregularidade já está toda documentada.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 258, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Embora a Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao estabelecer a regra geral da contagem de prazos, em seu art. 238, tenha disposto que apenas o termo final deve recair sobre dia de expediente normal, por um lado, não faz sentido cogitar que uma instauração porventura publicada em uma sexta-feira (como inclusive é hábito) imponha que o prazo de indicição se encerre já na segunda-feira subsequente, com apenas um dia útil a dispor da comissão; por outro lado, nada impede que, a favor da parte, se a citação for entregue ao indiciado em uma sexta-feira, se inicie o prazo de defesa somente a partir da segunda-feira subsequente. Em ambos os casos aqui nada mais se fez que defender a aplicação extensiva do § 2º do art. 224 do CPC, que permite que também se inicie a contagem de prazo somente a partir do primeiro dia útil após o recebimento de determinada provocação.

*CPC - Art. 224.*

*§ 3º A contagem do prazo terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação.*

A opção pelo servidor até o último dia de defesa configura boa-fé e implica apenas exoneração a pedido do outro cargo. Conforme já mencionado em **4.4.1.1**, tem-se aqui um exemplo de presunção legal, construída pelo art. 133, § 5º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de que esta opção por parte do servidor faz com que, inafastavelmente, se configure sua boa-fé, ainda que houvesse elementos de convencimento de que o agente sempre tivesse conhecimento da ilicitude da acumulação.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 133.*

*§ 5º A opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua boa-fé, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

Em sentido contrário, caracterizada a acumulação ilegal e má-fé, as penas cabíveis são demissão ou cassação de aposentadoria de todos os cargos acumulados, ainda que de diferentes órgãos federais ou mesmo de outro ente federado, já que o ilícito é previsto em esfera constitucional. Nestes casos, a autoridade julgadora do processo administrativo disciplinar em que se apurou a ilicitude, além de promover a demissão do cargo ocupado na Secretaria da Receita Federal do Brasil, deve comunicar à respectiva autoridade competente do outro órgão, por meio de ofício, com cópia dos autos. Em caso de opção tardia do servidor, já no curso do processo instaurado, até o último dia de defesa, manifestando-se pela exoneração do cargo ocupado em outro órgão, convém que a autoridade instauradora condicione o arquivamento do feito disciplinar à comprovação oficial da exoneração naquele outro órgão.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 133.*

*§ 6º Caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé, aplicar-se-á a pena de demissão, destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em*

*relação aos cargos, empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal, hipótese em que os órgãos ou entidades de vinculação serão comunicados. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*“Na outra hipótese, em que o servidor não manifesta a sua opção, e o procedimento sumário apresenta um relatório caracterizando a ilegalidade da acumulação, cabe à autoridade promover sua demissão de ambos os cargos, empregos ou funções que ocupa irregularmente. (...)*

*E quando se tratar de um empregado público, não submetido à regra da Lei nº 8.112, de 1990, numa das funções, mas aos preceitos celetários? Evidentemente que não caberá, neste caso, a pena de demissão (pois não se trata de cargo) mas sim uma rescisão do contrato de trabalho, que não é da competência presidencial, e, sim, do dirigente da entidade contratante. Assim, a decisão deve ser a este dirigente comunicada, para que o mesmo promova a aplicação da lei, desligando do serviço aquele empregado que violou a regra constitucional. A isto a autoridade deprecada não poderá se furtar, mas apenas aplicar a decisão que foi tomada no processo.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pgs. 254 e 255, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Em resumo, a materialidade pré-constituída da acumulação ilícita (por não serem os cargos acumuláveis ou por não haver compatibilidade de horário) impõe que se intime o servidor a optar por um dos cargos, em dez dias. Feita a opção, por presunção absoluta da lei, configura-se boa-fé e o servidor é apenas exonerado do outro cargo, sem se cogitar de instância disciplinar. Todavia, o oposto não necessariamente será verdadeiro, pelo menos de imediato: o fato de não apresentar opção não autoriza presunção absoluta de má-fé; ao contrário, impõe que se instaure o devido processo legal. Ainda que haja elementos probatórios da má-fé, a opção, ainda que tardia, no prazo de defesa, restabelece a presunção absoluta da boa-fé e afasta a aplicação de pena.

*“Conquanto seja improrrogável o prazo de dez dias acima referido, saliente-se que o servidor acusado de estar acumulando ilicitamente, ainda dentro do prazo de defesa do procedimento sumário sobredito, poderá realizar tal opção, providência esta que, caracterizando a sua boa-fé (por presunção ‘juris et de jure’), ‘se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo’ (art. 133, § 5º, da Lei nº 8.112/90).*

*Vê-se, nessas duas chances legais de opção, que o legislador erige a tomada de decisão do servidor acusado em presunção absoluta de boa-fé, o que implica afirmar que não admite sequer prova a demonstração de prova em contrário.*

*Não ocorrendo o exercício dessa opção num dos dois momentos acima referidos, deverá o procedimento apuratório ir até ao fim. Caso seja configurada a acumulação ilícita e demonstrada a má-fé, deverá o servidor infrator ser punido com a pena de demissão, perdendo, assim, os dois cargos.” José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pgs. 475 e 476, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

A boa-fé pode se configurar em situações tais que, exemplificadamente, haja manifestações divergentes acerca da legalidade da acumulação ou mera aparência de que se trata de matéria de caráter técnico efetivo. Já a má-fé caracteriza-se, por exemplo, ao ser provido em um cargo e não declarar o fato de já ocupar outro.

*“Com efeito, a acumulação ilegal tem consequência diversa, conforme a verificação do elemento subjetivo da boa ou má-fé do servidor ao pretender manter mais de um cargo, emprego ou função públicos.*

*No caso, ocorre boa-fé quando alguém, por erro, pratica com intenção pura, ato que julga conveniente e lícito, mas cujo resultado pode ser contrário à previsão legal permissiva.*

*Na prática, a boa-fé emergirá de controvérsia resultante de respeitáveis opiniões divergentes sobre a viabilidade da acumulação legal, passíveis de uniformização de entendimentos; da situação decorrente do não atendimento*

*do pedido de exoneração ou dispensa de cargo acumulado; da mera aparência relativa à correlação de matérias de caráter técnico-científico do cargo acumulado a exigir o aprofundamento do estudo sobre a matéria.*

*Verifica-se a má-fé quando, por malícia, vontade consciente, alguém pratica, em proveito próprio, ato que tem por fim resultado diverso do permitido na lei.*

*A má-fé, por seu turno, poderá ser verificada quando o servidor ao ser provido em cargo público deixa de declarar ser detentor de outro cargo, emprego ou função públicas, federal, estadual ou municipal, sem os requisitos de acumulação permitida. Geralmente, a ignorância ou o esquecimento no cumprimento do dever legal de prestar declarações não são dirimentes, por si só, da má-fé, não servindo, pois, de atenuantes.*

*É importante registrar, de passagem, que a presunção de má-fé não autoriza, desde logo, a aplicação da pena disciplinar, sem a necessária formalidade investigatória do elemento subjetivo, pela via procedimental adequada, onde seja assegurado o direito de defesa ampla e opção, esta última como elemento configurador da boa-fé, conforme o caso, a dispensar a instauração do processo ou a determinar seu arquivamento (art. 133 da Lei nº 8.112/90) em virtude das alterações introduzidas pela Lei nº 9.527/97.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 80, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Relembre-se que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabelece a entrega, por parte do servidor, de declaração de que não exerce outro cargo, como pré-requisito para a posse. Ainda que se pudesse cogitar de cometimento de algum crime na hipótese de se prestar sabida e falsamente esta declaração no momento da posse, para fim disciplinar, tal fato é irrelevante, pois a Lei nº 8.112, de 11/12/90, determina que se considere configurada boa-fé com a opção tardia, não havendo que se perquirir, em instância administrativa se havia ou não intuito por parte do servidor, de iludir a Administração.

*Lei nº 8.112, de 12/11/90 - Art. 13.*

*§ 5º No ato da posse, o servidor apresentará declaração de bens e valores que constituem seu patrimônio e declaração quanto ao exercício ou não de outro cargo, emprego ou função pública.*

A alteração promovida no art. 133 do Estatuto pela Lei nº 9.527, de 10/12/97, eliminou a previsão de devolução de toda a importância recebida indevidamente, por conta da acumulação ilícita. O Parecer AGU nº GQ-145, ao apreciar a questão, comentando a inovação trazida pela Lei supra, asseverou, de forma vinculante, a vedação da reposição, na hipótese de terem sido efetivamente prestados os serviços, com o fim de inibir o enriquecimento sem causa do Estado. É de se perceber que o mencionado Parecer AGU não impede que a Administração exija a reposição proporcional à remuneração paga por horas efetivamente não trabalhadas em algum (ou alguns) dos órgãos em que o servidor não cumpriu completamente a jornada, em decorrência de superposição de horários.

*“23. (...) b) silenciou no respeitante à devolução da importância percebida durante a comprovada acumulação de má fé, assim tornando-a inexigível, em face da consequência imediata do princípio da legalidade, que restringe a atuação do administrador público de modo a somente fazer o que a lei permite. Houve evolução legislativa no regramento do instituto, elidindo a reposição dos estímulos pagos, às vezes por longos anos, em virtude da prestação de serviços, com o que o Estado fica impedido de locupletar-se com o trabalho de seus agentes administrativos.”*

Em analogia ao rito ordinário, em cinco dias do recebimento do processo, a autoridade instauradora analisa aspectos formais do processo e, se for o caso, remete os autos para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, uma vez que o ilícito enseja pena expulsiva, a cargo do Ministro de Estado da Fazenda.

*Lei nº 8.112, de 12/11/90 - Art. 133.*

*§ 4º No prazo de cinco dias, contados do recebimento do processo, a*

*autoridade julgadora proferirá a sua decisão, aplicando-se, quando for o caso, o disposto no § 3º do art. 167. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

### **4.11.3 - Rito para Abandono de Cargo e Inassiduidade Habitual**

A apuração do abandono de cargo e da inassiduidade habitual (descritos em 4.7.4.2 e 4.7.4.3) segue basicamente o mesmo rito descrito acima para a acumulação ilegal, previsto no art. 133 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com exceção da prévia ou posterior manifestação configuradora de boa-fé e de alguns outros pormenores, em que a leitura do art. 140 faz com que se sobreponham alguns de seus dispositivos específicos para estes dois ilícitos em relação a dispositivos do art. 133, voltados tão somente à acumulação ilegal (por exemplo, os §§ 1º e 3º do art. 133 dão lugar respectivamente aos incisos I e II do art. 140, enquanto o *caput* e os §§ 5º e 6º do art. 133 restam inaplicáveis, por serem específicos da acumulação ilegal).

Assim, convém expor de forma didática a base legal deste rito excepcional para abandono de cargo e para a inassiduidade habitual, resultante da leitura conjunta dos arts. 138, 140 e 133 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 138. Configura abandono de cargo a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos.*

*Art. 139. Entende-se por inassiduidade habitual a falta ao serviço, sem causa justificada, por sessenta dias, interpoladamente, durante o período de doze meses.*

*Art. 140. Na apuração de abandono de cargo ou inassiduidade habitual, também será adotado o procedimento sumário a que se refere o art. 133, observando-se especialmente que: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*Art. 133. (...) se desenvolverá nas seguintes fases:*

*I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão, a ser composta por dois servidores estáveis, e simultaneamente indicar a autoria e a materialidade da transgressão objeto da apuração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*II - instrução sumária, que compreende indicição, defesa e relatório; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*III - julgamento. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*§ 1º (...)*

*Art. 140.*

*I - A indicação da materialidade dar-se-á: (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*a) na hipótese de abandono de cargo pela indicação precisa do período de ausência intencional do servidor ao serviço superior a trinta dias; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*b) no caso de inassiduidade habitual, pela indicação dos dias de falta ao serviço sem causa justificada, por período igual ou superior a sessenta dias interpoladamente, durante o período de doze meses; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*Art. 133.*

*§ 2º A comissão lavrará, até três dias após a publicação do ato que a constituiu, termo de indicição em que serão transcritas as informações de que trata o parágrafo anterior, bem como promoverá a citação pessoal do servidor indiciado, ou por intermédio de sua chefia imediata, para, no prazo de cinco dias, apresentar defesa escrita, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição, observado o disposto nos artigos. 163 e 164. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*§ 3º (...)*

*Art. 140.*

*II - após a apresentação da defesa a comissão elaborará relatório conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor, em que resumirá as*

*peças principais dos autos, indicará o respectivo dispositivo legal, opinará, na hipótese de abandono de cargo, sobre a intencionalidade da ausência ao serviço superior a trinta dias e remeterá o processo à autoridade instauradora para julgamento. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*Art. 133.*

*§ 4º No prazo de cinco dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão, aplicando-se, quando for o caso, o disposto no § 3º do art. 167. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*§ 5º (...)*

*§ 6º (...)*

*§ 7º O prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar submetido ao rito sumário não excederá trinta dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por até quinze dias, quando as circunstâncias o exigirem. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

*§ 8º O procedimento sumário rege-se pelas disposições deste artigo, observando-se, no que lhe for aplicável, subsidiariamente, as disposições dos Títulos IV e V desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 1997)*

A instauração do rito sumário para estes dois ilícitos associados à ausência ao trabalho segue a regra específica deste procedimento, com portaria de instauração designando dois servidores estáveis e indicando um deles como presidente e descrevendo a materialidade.

No caso do abandono de cargo, a indicação da materialidade na portaria de instauração faz-se com o registro preciso do período de ausência intencional superior a trinta dias.

Conforme já abordado em **4.7.4.2**, a definição da materialidade do abandono de cargo se aperfeiçoa tão somente com a indicação do período de ausência, ou seja, com a indicação do primeiro e do último dia de ausência ininterrupta, não sendo necessário que a portaria de instauração de rito sumário para apurar abandono de cargo identifique cada um dos dias do intervalo. No aspecto temporal, portanto, tem-se configurado o ilícito em tela com o lapso de pelo menos trinta e um dias consecutivos sem um único dia de efetivo exercício do cargo. Na esteira, isto leva a concluir que a contagem temporal de abandono de cargo inclui fins de semana, feriados e dias de ponto facultativo que estejam intercalados em dias úteis de ausência ininterrupta do servidor.

A conclusão da comissão não deve se ater à mera comprovação do quantitativo de ausência ininterrupta, mas sobretudo à comprovação da intencionalidade ou não da ausência superior a trinta dias consecutivos - ou ao menos da assunção consciente do risco da configuração do ilícito (ou seja, do dolo direto ou eventual). Não cabe aplicação de demissão por abandono de cargo, com base nos arts. 132, II e 138 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se a comissão não comprovar a intenção do servidor de se ausentar ao serviço por mais de trinta dias, visto ser elemento essencial do enquadramento. Neste caso, restará contra o servidor algum outro enquadramento relacionado ao mesmo fato (basicamente associado à ausência, conforme já aduzido em **4.11.1**, como por exemplo, falta de pontualidade ou de assiduidade, do art. 116, X do Estatuto). Por fim, caso nenhum outro enquadramento se configure, restará apenas o efeito pecuniário da ausência. Mas basta a comprovação desta intenção por mais de trinta dias; a Lei não exige *animus* de abandono definitivo. Para maiores detalhes acerca da materialidade, recomenda-se reler a definição do ilícito em **4.7.4.2**.

*Formulação Dasp nº 271. Abandono de cargo*

*No abandono de cargo, o elemento subjetivo ('animus') há que ser apreciado com a maior objetividade.*

Uma vez configurado o ilícito de abandono de cargo e caso o servidor reassuma seu cargo, por um lado, tal fato não significa perdão tácito por parte da Administração, uma vez que é seu poder-dever apurar e, se for o caso, punir o infrator. Mas também, por outro lado, em respeito à presunção de inocência, nada há de impedir o direito de o servidor reassumir

seu cargo e responder ao processo em serviço, até a publicação da portaria expulsiva, caso aplicável.

*Formulação Dasp nº 83. Abandono de cargo*

*Não constitui óbice à demissão a circunstância de haver o funcionário reassumido o exercício do cargo que abandonou.*

*“(...) não há porque notificar o servidor faltoso para que reassuma, sem a apuração, eis que este evento em nada lhe aproveita, pois as faltas ocorreram, foram computadas e descontados os dias não trabalhados da remuneração e da contagem do tempo de serviço.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 266, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

*“(...) não dispõe o administrador público de meios legais para impedir, mesmo após a configuração infracional, que o servidor retorne a seu cargo de origem, se a decisão a respeito ainda não foi proferida.*

*O certo é que o processo administrativo disciplinar em qualquer de suas modalidades é meio apuratório de irregularidade que pode concluir pela existência ou não da falta, segundo a verdade material, não sendo via proibitiva do exercício de função, salvo a hipótese de afastamento preventivo de que trata o art. 147 e seu parágrafo único, que não dispensa a remuneração.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 191, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Conforme já abordado em **4.7.4.3**, no caso de inassiduidade habitual, a indicação da materialidade na portaria de instauração faz-se com o registro preciso dos sessenta dias (ou mais) de falta sem causa justificada em período de doze meses. Aqui, diferentemente do abandono de cargo, a Lei exige a descrição da materialidade com a indicação individualizada de cada um dos sessenta dias úteis, deixando claro que não se incluem fins de semana, feriados e dias de ponto facultativo, intercalados entre dias de ausência, para a configuração da inassiduidade habitual.

A conclusão da comissão não deve se ater à mera comprovação do quantitativo de faltas, mas sobretudo em avaliar se há algum motivo para as mínimas sessenta faltas interpoladas em doze meses e se este motivo realmente é suficiente para justificá-las. Não cabe aplicação de demissão por inassiduidade habitual, com base nos arts. 132, III e 139 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se vierem aos autos motivos relevantes, aceitáveis e razoáveis para justificar as faltas. Neste caso, restará contra o servidor algum outro enquadramento relacionado ao mesmo fato (basicamente associado à ausência, conforme já aduzido em **4.11.1**, como por exemplo, falta de pontualidade ou de assiduidade, do art. 116, X do Estatuto). Por fim, caso nenhum outro enquadramento se configure, restará contra o servidor apenas efeito pecuniário.

Para ambas ilicitudes, já desde a fase de admissibilidade convém juntar cópia das folhas de ponto dos meses em que se deram as faltas; extrair relatórios de ocorrências do Sistema Integrado de Administração de Pessoal (Siape) ou do Sistema de Apoio às Atividades Administrativas (SA3); verificar a existência de descontos pecuniários, de eventual processo de impugnação destes descontos por parte do faltoso, de apresentação de atestados médicos, de submissão a perícia médica oficial e de protocolização de pedido de licença; solicitar informação na unidade de lotação ou de exercício acerca do comparecimento ou não ao serviço no mês anterior e nos dias atuais; elaborar detalhada planilha, indicando eventuais licenças ou afastamentos legais, feriados nacionais, estaduais ou municipais e dias de ponto facultativo, segundo portarias anuais do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG), e computando individualmente as faltas ao serviço em dias úteis no caso de inassiduidade habitual.

Caso se demonstre indispensável, reitera-se que não há vedação legal para que se colem manifestações escritas ou orais do próprio faltoso ou da chefia ou de colegas de trabalho ou ainda para que, excepcionalmente, se provoque que o servidor seja submetido à

perícia médica oficial.

Conforme já aduzido em **4.7.4.2** e em **4.7.4.3**, tratando-se de servidor cuja conduta funcional marca-se pelo não comparecimento ao serviço, é possível ocorrer de o agente se ausentar por mais de trinta dias consecutivos por mais de uma vez, bem como somar sessenta faltas interpoladas em mais de um período de doze meses. Pode ainda ocorrer de o agente se ausentar por mais de trinta dias consecutivos e também, dentro de um período de doze meses, incorrer em pelo menos sessenta faltas interpoladas ao serviço (com a configuração da inassiduidade habitual independente da configuração do abandono de cargo - quando as sessenta faltas ao serviço do primeiro ilícito não têm superposição com nenhuma das trinta ausências configuradoras do segundo - ou com a configuração de apenas uma das duas ilicitudes - quando parte ou a integralidade das trinta ausências caracterizadoras do abandono de cargo se superpõem às sessenta faltas configuradoras da inassiduidade habitual.

No caso de o servidor incorrer em mais de um ilícito (mais de um abandono de cargo, ou mais de uma inassiduidade habitual, ou um abandono de cargo e uma inassiduidade habitual independentes e sem faltas superpostas) ou no caso de ao menos de se ter esta possibilidade em fase de admissibilidade, pode-se abarcar todas as apurações em um mesmo processo sob rito sumário, com uma única portaria de instauração, descrevendo todas as materialidades constituídas. Na sequência, pode a comissão concluir pelo múltiplo cometimento de ilicitudes e pode a autoridade julgadora decidir pela pena única de demissão com base em um enquadramento configurado mais de uma vez ou com base nos dois enquadramentos (sem prejuízo de a comissão e/ou a autoridade julgadora concluir pelo cometimento de apenas uma das infrações ou até por nenhuma das duas).

No caso específico de se superporem no tempo as materialidades de abandono de cargo e de inassiduidade habitual, a conclusão da comissão e o consequente julgamento devem considerar se um determinado ânimo subjetivo melhor se amolda ao fato apurado (intencionalidade ou ausência de justa causa), para concluir por apenas um ilícito e para aplicar a pena de demissão). Neste caso, não cabe se fracionar um período que soma mais de 31 ausências intencionais e ininterruptas para levar o excedente para uma possível caracterização de inassiduidade habitual e tampouco cabe se cogitar de se considerar as faltas superpostas na dupla configuração das duas ilicitudes, pois àqueles mesmos atos absenteístas estarão sendo associados duas distintas irregularidades, em afronta ao entendimento de que se deve evitar o conflito aparente de normas, conforme já exposto em **4.5.3**.

*Parecer PGFN/Cojed nº 2.349/2013: “16. Os documentos juntados aos autos comprovam que os dias não trabalhados estão compreendidos nos seguintes espaços de tempo: dias 17 a 19 de dezembro de 2012; dias 20 a 22 e 25 a 28 de fevereiro de 2013; dias 1, 4 a 8, 11 a 14, 19 a 22 e 25 a 28 de março de 2013; dias 1 a 5, 9 a 12 e 15 de abril de 2013; dias 14 a 17 e 31 de maio de 2013; dias 3 a 7, 10 a 14, 17 a 21 e 24 a 28 de junho de 2013; dias 1 a 5, 8 a 12, 15 a 19, 22 a 26 e 29 a 31 de julho de 2013. O somatório desses intervalos totaliza mais de 60 (sessenta) dias. (...)*

*18. O aspecto temporal [do abandono de cargo] restou preenchido com as informações dos registros de frequência, dando conta de falta contínua ao serviço desde 31/05/2013 até 31/07/2013, o que somam 62 dias.*

*19. Tendo em conta a concomitância parcial dos períodos analisados, se considerará, nessa oportunidade, apenas a infração de abandono do cargo, caracterizada pelas faltas ininterruptas em período de tempo que vai desde 31 de maio até 31 de julho de 2013 (62 dias), na medida em que não se poderia computar os mesmos dias para caracterizar ambas as infrações.”*

*“Ao termo ‘interpoladamente’ não se deve conferir interpretação restritiva, pois pode ocorrer inassiduidade habitual caso o servidor não compareça ao serviço por 60 dias úteis seguidos; a intenção do legislador foi garantir que 60 faltas injustificadas fossem caracterizadas como infração disciplinar, estivessem elas intercaladas ou não, em contraposição à infração de abandono*

*do cargo, a qual requer um “plus” em relação à inassiduidade habitual, isto é, a prova da intenção de abandonar o serviço por 31 dias.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 309 , 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Acrescente-se ainda que ausências ininterruptas de duração tamanha que perfaçam sessenta faltas em dias úteis ao serviço podem ser consideradas configuradoras de inassiduidade habitual.

Na esteira do que já se descreveu em **4.11**, nada obsta que um processo instaurado sob rito sumário para apurar abandono de cargo ao final conclua por sua desconfiguração e pelo cometimento de inassiduidade habitual, ou vice-versa.

Tanto para abandono de cargo quanto para inassiduidade habitual, em casos de ausências ou faltas por motivos de saúde, deve o servidor submeter-se à perícia médica ou entregar tempestivamente atestados médicos particulares, conforme aduzido em **4.4.9.1**.

## **4.12 - NULIDADES**

De imediato, registre-se que, à luz do princípio da autotutela, o primeiro controle de legalidade dos atos processuais pode e deve ser feito pela própria comissão. O colegiado tem autonomia para, no curso do inquérito, declarar, de ofício ou a pedido da parte, a nulidade de ato que ele próprio tenha praticado em afronta a lei e a princípios.

Já após a entrega do relatório, ainda sob a égide do princípio acima mencionado, o controle da legalidade incumbe às autoridades intervenientes até o julgamento.

A Lei nº 8.112, de 11/12/90, não especifica, em lista exaustiva, as hipóteses de nulidade. Apenas estabelece, de forma genérica, que, diante de vício insanável (prejuízo ao acusado ou lesão a interesse, impedindo a convalidação do ato), seja designada outra comissão e instaurado novo processo, pela autoridade instauradora ou por outra superior, a partir das peças não anuladas, para que se refaçam as demais. Na prática, a comissão pode ser composta dos mesmos integrantes ou não, a critério da autoridade, e pode-se prosseguir no mesmo processo, retornando à fase do inquérito, sem necessidade de instaurar novo processo.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 169. Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração do novo processo. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997)*

*Formulação Dasp nº 222. Ato administrativo  
A nulidade dos atos administrativos pode, a qualquer tempo, ser declarada pela própria administração.*

*STJ, Mandado de Segurança n.º 13.986: “Ementa: 3. Respeitados todos os aspectos processuais relativos à suspeição e impedimento dos membros da Comissão Processante previsto pelas Leis 8.112/90 e 9.784/99, não há qualquer impedimento ou prejuízo material na convocação dos mesmos servidores que anteriormente tenham integrado Comissão Processante, cujo relatório conclusivo foi posteriormente anulada (por cerceamento de defesa), para compor a segunda Comissão de Inquérito.”*

*(Idem: STJ, Mandado de Segurança nº 15.463)*

Faz-se necessário firmar alguns conceitos, a fim de não se cometerem impropriedades terminológicas e de se delimitar o escopo do presente tópico, uma vez que um ato administrativo pode ser extinto pela própria Administração e, portanto, deixar de produzir seus efeitos, por duas vias distintas, ambas ao amparo do princípio da autotutela, conforme já

exposto em **3.3.2.11**, consagrado nas Súmulas nº 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal. Seja a pedido, seja de ofício, um ato pode ser retirado do ordenamento, de forma vinculada, em decorrência de vícios de legalidade (vícios sobre algum de seus requisitos necessários à validade, tais como defeitos de competência, finalidade, forma, motivo ou conteúdo); ou, discricionariamente, por motivos de conveniência e oportunidade (em razão de seu mérito). No primeiro caso, opera-se a anulação, instituto de que aqui se trata; no segundo caso, trata-se de outro instituto, a revogação, de natureza afeta à via recursal (apreciada em **5.1**).

Melhor detalhando a primeira hipótese acima, tem-se que um ato inválido por afrontar o ordenamento padece de nulidade e receberá da Administração um dentre dois remédios, a saber: anulação, se a nulidade que o contamina for insanável (ou absoluta); ou convalidação, se a nulidade que o contamina for sanável (ou relativa). Em geral, as nulidades absolutas se referem a vícios nos requisitos de validade de objeto, motivo ou finalidade, que não aceitam convalidação; as nulidades relativas se referem a vícios nos requisitos de validade de competência e de forma, que aceitam convalidação. Em **4.12.3** e **4.12.4**, discorre-se acerca destes dois tipos de nulidades. A anulação (e a convalidação) têm aplicação retroativa (*ex tunc*), eliminando (ou ratificando) todas as consequências decorrentes do ato inquinado desde o seu nascedouro e impedindo (ou validando) seus efeitos futuros.

Por sua vez, fora do escopo deste tópico, um ato válido pode, a critério da autoridade, sofrer revogação pela própria Administração, por razões de conveniência e oportunidade - diferente do ato inválido, em que a afronta ao ordenamento (ou seja, a sua nulidade) vincula uma solução, seja anulando-o, seja convalidando-o, ainda que tacitamente. A revogação tem eficácia irretroativa (*ex nunc*), eliminando apenas os efeitos futuros do ato, que até então era válido.

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.*

*Art. 55. Em decisão da qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.*

*STF, Enunciado da Súmula nº 346*

*A administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos.*

*STF, Enunciado da Súmula nº 473*

*A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*

Pelo exposto, verifica-se que à própria Administração são conferidos os poderes de, vinculadamente, anular os atos administrativos ilegais ou de, por razões de mérito, revogar seus atos tidos como inoportunos ou inconvenientes, podendo assim agir, em ambas as hipóteses, tanto de ofício quanto por provocação. E, ainda sobre o tema, conforme se discorrerá em **5.3**, acrescenta-se que ao Poder Judiciário, no exercício do controle externo, apenas é conferida competência de declarar a nulidade de atos administrativos em razão de ilegalidade, não lhe sendo conferida, à vista da harmonia e independência dos Poderes, a prerrogativa de revogá-los por considerações de mérito. Um ato inoportuno ou inconveniente somente pode ser revogado pela própria Administração, enquanto um ato ilegal pode ser anulado tanto pela Administração quanto pelo Poder Judiciário ou, se for o caso, somente pode ser por aquela convalidado.

A declaração de nulidade pode ser feita pela autoridade instauradora, independentemente de ser ou não competente para julgar a pena cabível, ou por qualquer outra autoridade hierarquicamente superior. Destaque-se que não sobrevive a declaração de nulidade por si só, ficando o processo inconcluso. No mesmo ato, a autoridade que declarou a

nulidade determina a reinstauração do processo ou a reabertura da instrução, para refazimento, por comissão integrada pelos mesmos servidores ou por outros, a seu critério.

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 285. Ao Corregedor incumbe, sem prejuízo das atribuições do Secretário da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

*III - declarar a nulidade parcial ou total de sindicância ou processo administrativo disciplinar, quando verificada a existência de vícios insanáveis; (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 11 de dezembro de 2014)*

*Art. 287. Ao Chefe de Escor incumbe, no âmbito de sua competência:*

*III - declarar a nulidade parcial ou total de sindicância ou processo administrativo disciplinar, quando verificada a existência de vícios insanáveis;*

*STJ, Agravo Regimental nº 15.463: “Ementa: 3. Não foi demonstrado interesse direto ou indireto de membro de Comissão Processante no deslinde do PAD. Respeitados os aspectos processuais em relação ao impedimento e suspeição, não há prejuízo na convocação de servidores que tenham integrado anteriormente uma primeira Comissão Processante cujo relatório conclusivo fora anulado por cerceamento de defesa. Precedente do STJ.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 13.986: “Ementa: 3. Respeitados todos os aspectos processuais relativos à suspeição e impedimento dos membros da Comissão Processante previstos pelas Leis 8.112/90 e 9.784/99, não há qualquer impedimento ou prejuízo material na convocação dos mesmos servidores que anteriormente tenham integrado Comissão Processante, cujo relatório conclusivo foi posteriormente anulado (por cerceamento de defesa), para compor a segunda Comissão de Inquérito.”*

Dependendo da localização do ato nulo no curso do processo, a nulidade pode ser total, alcançando desde o início do apuratório, ou parcial, podendo se aproveitar alguns atos. Neste caso, as peças processuais não anuladas serão consideradas como elementos válidos do processo, refazendo-se as demais a partir do momento da anulação.

Quando se tem nulidade apenas de uma determinada prova que não influenciou na convicção, a autoridade instauradora pode simplesmente afastá-la e manter a convicção. Assim já se manifestaram a Advocacia-Geral da União, nos Pareceres AGU nº GQ-37 e 17, vinculantes, bem como o Superior Tribunal de Justiça, no Mandado de Segurança nº 7.059, respectivamente:

*Parecer AGU nº GQ-37, vinculante: “5. (...) é inconteste que o acusado da prática de infrações disciplinares deve ser notificado para comparecer, se o quiser, aos depoimentos pertinentes aos fatos irregulares, cuja autoria possivelmente lhe será atribuída. No entanto, o conjunto dos elementos probatórios e a maneira como este foi constituído podem induzir o julgador a aquilatar a quantidade de provas obtidas em harmonia com o contraditório e a ampla defesa, desprezando aqueles depoimentos em que não esteve presente o acusado (...).”*

*Parecer AGU nº GQ-17, vinculante: “29. Em síntese, tem-se:*

*a) não obstante ser necessária a notificação da tomada de depoimentos, consequência imediata do princípio do contraditório, as declarações de duas testemunhas, sem a prévia notificação do acusado envolvido na prática da infração objeto do presente processo disciplinar, não implicam nulidade processual, eis que essa exigência foi observada em relação a numerosos outros depoimentos e se encontra provada, à saciedade, a autoria, reconhecida pelo próprio indiciado e seu representante legal, adicionando o caráter satisfativo da ampla defesa assegurada, nos autos. O conjunto das provas juntadas ao processo e a confissão tornam irrelevantes as declarações das duas testemunhas, que não exercem influência na apuração da conduta ilícita e determinação da autoria, como se verificou;”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.059: “Ementa: (...) II - O fato de a comissão processante ter ouvido informalmente determinada testemunha não acarreta nulidade, se na conclusão do processo disciplinar foram consideradas apenas as provas contidas nos autos, sem qualquer referência àqueles contatos.”*

Se a nulidade ocorre em uma prova relevante para a convicção, a autoridade declara nulos a prova, a indicição, a defesa e o relatório. Se as demais provas realizadas após a prova nula não têm nenhuma contaminação dela derivada, podem ser mantidas. Se, da prova nula, extraíram-se outras provas, pode, *a priori*, ser aplicado o que a doutrina chama de teoria dos frutos da árvore envenenada, segundo a qual as provas obtidas a partir de provas ilícitas possuiriam a mesma natureza, ou seja, seriam também envenenadas. Por este enunciado, as demais provas decorrentes de prova nula também podem ser inquinadas pela nulidade e restam também inaproveitáveis no refazimento.

Os elementos dos autos que tenham sido atingidos por declaração de nulidade, ainda que não tenham sido sanados e não possam ser valorados, devem permanecer nos autos, preservando a real sequência de atos processuais. Não se deve confundir a situação que aqui se aborda com a declaração de ilicitude da prova, em que, conforme já aduzido em **4.4.14**, ao afrontar o Direito material (sobretudo constitucional), a prova é tida como ilícita e, portanto inadmissível nos autos, devendo ser desentranhada caso já tivesse sido autuada, na letra do art. 157 do CPP). A prova nula que não tenha sido sanada poderá ser objeto de refazimento ou de convalidação.

É de se diferenciar a origem do incidente aqui descrito, decorrente de a autoridade competente determinar o refazimento de um ato ou de todos os atos a partir de um ponto, da origem das situações descritas em **4.10.1.2**, **4.10.3.1** e **4.10.5.2**, em que se abordaram as hipóteses de a autoridade determinar ultimação dos trabalhos, seja de ofício, seja por pedido extemporâneo da parte.

Conforme já mencionado em **2.1.4**, nos termos exigidos pelos arts. 2º e 3º da Portaria Coger-MF nº 17, de 30/01/14, a declaração administrativa ou judicial de nulidade deve ser informada pelo Escor (ou pela Coger, nas hipóteses excepcionais em que o Corregedor figura como autoridade instauradora) na base de dados externa, do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, do Ministério Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU).

Tendo sido devidamente apurada a responsabilidade do servidor por meio de PAD, que transcorreu sem qualquer prejuízo à defesa, é irrelevante que tenha ocorrido alguma nulidade na sindicância investigativa ou disciplinar que o antecedeu. A nulidade ocorrida na sindicância não afeta a validade do PAD. Assim já se manifestou a Advocacia-Geral da União, no Parecer AGU nº GQ-37, vinculante:

*“Ementa: (...) A legalidade do processo disciplinar independe da validade da investigação, efetuada através da sindicância de que adveio aquele apuratório.”*

*STF, Mandado de Segurança nº 22.103: “Ementa: Tendo a pena imposta ao ora impetrante decorrido de processo administrativo disciplinar que se seguiu à sindicância, e pena essa imposta com base nas provas colhidas no inquérito integrante desse processo, é despiciendo o exame dos alegados defeitos que haveria na sindicância, e que não influíram na imposição da pena que foi dada ao ora impetrante.”*

*“(...) não há razão para se defender que as nulidades da sindicância atingem o PAD, quando ela for apenas uma peça preparatória deste. Afinal, toda nulidade cometida quando da celebração da sindicância poderá ser corrigida quando da celebração do PAD (...).” Judivan Juvenal Vieira, “Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 226, IOB Thomson, 1ª edição, 2005*

Na hipótese de nulidade total do processo, desde sua instauração, é possível o seu

reinício, sem que isto configure *bis in idem*; não obstante, para reinstaurar o processo, é necessário ficar atento à prescrição, já que, juridicamente, deve-se considerar que aquela instauração inválida, como causa de interrupção da contagem do prazo prescricional, nunca ocorreu. Assim se manifestou a Advocacia-Geral da União, no Parecer AGU nº GQ-108, não vinculante:

*STF, Mandado de Segurança nº 23.922: “Ementa: Revisão da punição anteriormente imposta. Afastada a aplicação do art. 174 da Lei 8.112/1990, a revisão ex officio tem fundamento nos arts. 114 e 169 daquele diploma. Precedente: RMS 24.308-AgR, rel. min. Ellen Gracie. Anulação de todos os atos do processo e o seu reinício. Violação ao princípio do non bis in idem: inexistência. Precedente: MS 23.146, rel. min. Sepúlveda Pertence.”*

*Parecer AGU nº GQ-108, não vinculante: “12. Na hipótese em que o processo tenha se desenvolvido sem a observância do princípio do contraditório ou da ampla defesa, impondo-se, destarte, a declaração de sua nulidade, ‘ab initio’, em consequência desta não se configurou a interrupção do fluxo do prazo prescricional, o que autoriza asserir que, no tocante a esse aspecto, as faltas disciplinares têm as respectivas punibilidades sujeitas à extinção.”*

Da mesma forma asseverou o Superior Tribunal de Justiça na ementa do Mandado de Segurança nº 8.558:

*“A declaração de nulidade do processo administrativo implica na desconstituição de todos os seus atos, inclusive o de instauração da comissão disciplinar, o que resulta na inexistência do ato interruptivo da prescrição, que deve ser contada, conseqüentemente, desde o conhecimento do fato lesivo até a instauração do segundo processo disciplinar.”*

*Idem: STF, Mandado de Segurança nº 22.728; e STJ, Mandado de Segurança nº 7.081*

Por fim, à vista do princípio da autotutela dos atos administrativos, pode-se ter a necessidade de, a pedido ou de ofício, em função de algum ato eivado de ilegalidade cometido em qualquer ponto do processo, inclusive pela inadequação do próprio julgamento, se declarar nulo o julgamento e o ato de aplicação de penalidade. A causa da anulação do ato administrativo de julgamento é o reconhecimento, por parte da Administração (espontâneo ou provocado), ao amparo das já mencionadas Súmulas nº 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, de que foi emitido eivado de algum vício insanável, sendo de se perceber que a anulação do julgamento não requer necessariamente a existência de fatos ou de circunstâncias novas.

Na hipótese em tela (em que já houve um primeiro julgamento e este, por vício, deve ser anulado, difere da hipótese abordada em **4.10.4.2**, em que a autoridade a emitir o primeiro julgamento não acata a proposta da comissão), o necessário refazimento do processo, ainda dentro do prazo prescricional, pode levar à aplicação de outra pena, inclusive mais grave que a primeira. Aqui, tendo se operado a anulação da primeira pena, como se juridicamente ela jamais tivesse existido, não há que se confundir a nova e acertada punição com a vedação para agravamento da esfera recursal e da revisão processual (conforme se abordará em **5.1.1** e em **5.1.3**) e tampouco com *bis in idem*, vedado na Súmula nº 19 do Supremo Tribunal Federal. Na espécie, não se cogita de aplicação de uma segunda pena para um mesmo fato, mas sim de aplicação da pena correta após se ter anulado a primeira pena indevidamente aplicada, de forma que resta apenas uma sanção.

Neste tema, basta harmonizar o que aqui se expôs com a vedação à *reformatio in pejus* quando a anulação do primeiro julgamento decorrer de provocação do próprio servidor (manejando qualquer das ferramentas previstas em esfera recursal, tais como pedido de reconsideração, recurso hierárquico ou revisão, mencionados em **5.1**). Tendo decorrido da própria parte a provocação para anulação do primeiro julgamento, não cabe um segundo julgamento mais gravoso. Todavia, tendo sido o primeiro julgamento anulado de ofício, por

vício de legalidade, pela Administração (o que não se confunde com reapreciação de ofício do mérito, cabível em revisão, em que se veda a *reformatio in pejus*), à luz do princípio da autotutela, não há óbice para que o segundo julgamento seja mais gravoso.

*Parecer AGU nº GQ-177, vinculante: “Ementa: O julgamento de processo disciplinar de que advém a aplicação de penalidade mais branda que a cominada em lei, efetuado pela autoridade instauradora, não obsta que aquela efetivamente competente julgue e inflija a punição adequada, sem que esse ato caracterize dupla irrogação de pena, em razão de um mesmo fato ilícito”.*

*STF, Enunciado da Súmula nº 19*

*É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira.*

*STF, Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 24.308: “Ementa: Previsão legal da pena de demissão. Aplicação errônea da pena de suspensão. A hipótese não é de revisão para beneficiar (art. 174 da Lei 8.112/90) mas de ato da Administração Pública proferido contra expressa letra da lei e passível de correção ‘ex officio’. Inaplicabilidade da Súmula 19 do STF. Precedente: MS 23.146. Nenhuma mácula ocorre com relação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, se preservada toda a matéria produzida nos autos do processo administrativo onde esses princípios foram observados.”*

*STF, Mandado de Segurança nº 23.146: “Ementa: Não obstante as sanções de suspensão e demissão tenham sido sucessivamente aplicadas ao mesmo fato, não há ‘bis in idem’, vedado pela Súmula 19, se, para aplicar a demissão, o Presidente da República anulou previamente a suspensão, por incompetência da autoridade inferior que a impusera.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 11.138: “Ementa: 2. O disposto na Súmula 19 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual ‘é inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira’, não se aplica a hipóteses como a dos autos. Em havendo a anulação da primeira punição, não há falar em bis in idem ou em nulidade na aplicação de outra penalidade pela prática da mesma infração.”*

*STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 29: “Ementa: Não se aplica ao procedimento disciplinar a vedação da ‘reformatio in pejus’, pelo que pode a autoridade hierarquicamente superior aplicar pena mais gravosa do que a imposta pelo inferior.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 14.040: “Ementa: 2. A aplicação inadequada a servidor público federal da primeira penalidade administrativa a ele imposta, quando anulada e em seu lugar imposta a pena de demissão prevista na Lei nº 8.112/91, não incorre na vedação estabelecida pela Súmula 19 do Excelso Pretório.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 10.026: “Ementa: 2. A anulação ex officio do anterior processo disciplinar, que resultara em arquivamento, é conduta que encontra respaldo no art. 169 da Lei 8.112/90 e na Súmula 473/STF e impede que se configure ofensa à coisa julgada administrativa ou bis in idem.”*

*“Independentemente de o servidor penalizado já ter cumprido, ou não, sua penalidade, quando um ato do processo disciplinar estiver eivado de ilegalidade, deverá ser anulado, até mesmo de ofício, com base no princípio da autotutela, no art. 114 da Lei nº 8.112/90 e nas Súmulas nº 346 e 473 do STF (...).*

*É possível anular um processo disciplinar depois de a penalidade ter sido aplicada e cumprida (...), considerando que:*

*a) não se trata de revisão de ofício prevista no art. 174 da Lei nº 8.112/90, que não pode majorar a penalidade, mas sim da declaração de nulidade do ato, ou*

*seja, do julgamento, por exemplo, que aplicou, indevidamente, determinada penalidade, por estar eivado de ilegalidade. A revisão diz respeito a mérito, pois depende de contraditório para provar o fato novo alegado. Já a ilegalidade do ato administrativo diz respeito à forma, independentemente do contraditório (não há fato novo a ser provado).*

*b) não ocorreu o 'bis in idem' vedado na Súmula nº 19 do STF ('É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira.'), já que a anulação tem efeito retroativo ('ex tunc'), pelo que é como se o ato anulado não tivesse existido. Na verdade, o ato nulo foi substituído por outro ato válido." Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, "Processo Administrativo Disciplinar - Manual", pg. 201, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

### 4.12.1 - Princípio do Prejuízo

A nulidade no processo administrativo disciplinar, em síntese, está diretamente ligada a cerceamento de defesa. E quanto a este aspecto, não basta a mera alegação da defesa. É necessário se comprovar faticamente no processo que determinado ato, realizado de forma irregular, concretamente trouxe prejuízo à defesa. Assim já se manifestaram a Advocacia-Geral da União, nos Pareceres AGU nº GQ-37 e nº GQ-177, vinculantes, respectivamente, e a jurisprudência:

*"15. (...) o cerceamento de defesa não se presume, eis que, em sendo um fato, há que exsurgir do contexto do processo disciplinar"*

*"Ementa: (...) O cerceamento de defesa é um fato e, em decorrência, quem o alega deve demonstrar o efetivo dano sofrido no exercício do direito de defender-se, não se admitindo sua presunção."*

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.863: "Ementa: 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, assim como a do Supremo Tribunal Federal, têm firme entendimento no sentido de que a nulidade do processo administrativo disciplinar é declarável quando restar evidente a ocorrência de prejuízo à defesa do servidor acusado, observando-se o princípio 'pas de nullité sans grief'."*

*Idem: STJ, Mandados de Segurança nº 7.051, 7.985, 8.259 e 8.297*

Diante dos princípios do formalismo moderado e da verdade material, o simples fato de um ato ter sido realizado sem algum requisito formal não é, por si só, causa de nulidade. Para isto, é necessário que se comprove a ocorrência do prejuízo à defesa. Até mesmo no processo penal, o instituto da nulidade está associado à ocorrência de prejuízo (princípio do prejuízo). Também aqui se opera o princípio geral de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza, refletindo-se no processo administrativo disciplinar o comando do art. 565 do CPP de que a nulidade não pode beneficiar a quem lhe deu causa, em reflexo do brocardo de que ninguém pode se opor a fato a que o próprio tenha dado causa e tampouco atuar com comportamentos contraditórios no curso do processo. Opera efeito também a construção, decorrente do princípio da instrumentalidade das formas (por meio do qual menos importa a forma que um ato administrativo assuma mas sim o alcance do efeito a que se objetivava com ele chegar), de que o ato de que se alega nulidade deve ser tal que de que outra forma não se pode atingir os seus efeitos.

*CPP - Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.*

*Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:*

*IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.*

*Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade relativa a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.*

*Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver*

*influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.*

*Art. 570. A falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argüi-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte.*

*Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, Ill, d e e, segunda parte, g e h, e IV, considerar-se-ão sanadas:*

*I - se não forem argüidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;*

*II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;*

*III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos.*

*CPC Art. 276. Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.*

*Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.*

*Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.*

*Art. 280. As citações e as intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais.*

*Art. 281. Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam, todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes.*

*Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.*

*§ 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.*

*§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.*

*Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.*

*Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.*

#### *Formulação Dasp nº 57. Inquérito administrativo*

*O inquérito administrativo só é nulo em razão de irregularidades que impliquem em cerceamento à defesa.*

*Parecer PGFN/Cojed nº 295/2017: “24. Em decorrência das manobras realizadas pelo acusado, temos, então, a aplicação da teoria da ‘Venire contra Factum Proprium’ que proíbe comportamentos contraditórios. Segundo Flávio Tartuce, que milita no Direito Civil, ‘Pela máxima venire contra factum proprium non potest, determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade, decorrentes da boa-fé objetiva’.*

*25. Em termos mais claros, trata-se da proibição de se beneficiar de atos de incoerência. Ora, se foi o próprio acusado que efetuou manobras para não ser notificado do Processo Administrativo Disciplinar e de seus atos, bem como tirou sucessivas licenças que dificultaram a conclusão do processo, não cabe alegação de excesso de prazo. Desse modo, não houve transgressão ao princípio da boa-fé; se isso ocorreu, foi por parte do acusado.”*

#### *STF, Enunciado da Súmula nº 523*

*No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.*

*TRF da 2ª Região, Apelação Civil nº 420.402: “Ementa: I. Tendo em vista que o abandono de cargo (assim como ocorre com a inassiduidade habitual, nos termos do art. 139 da Lei n.º 8.112/1990) se revela como um grau (e, mais precisamente, o grau máximo) de faltas ao serviço, a elisão de tal situação jurídica, por parte da própria Ré, ao realizar arquivamento de PAD - processo administrativo disciplinar para se apurar tudo isso - convencendo-se dos argumentos desenvolvidos pela Autora sobre a forma de justificação de motivo de faltas ao serviço adotada por ela, e, por conseguinte, declarou a inexistência de responsabilidade administrativa da Autora pela suposta prática da indigitada conduta -, deixa de justificar a realização de descontos na remuneração da Autora a título de reposição ao erário de vencimentos percebidos nos respectivos dias, com fundamento no art. 44, caput, II, dessa Lei, já que simplesmente não se reconhece a existência de uma causa que produza este efeito jurídico genérico. II. Mesmo que assim não fosse, em aplicação do princípio da vedação da assunção de comportamentos contraditórios entre si (expresso através da máxima nemo potest venire contra factum proprium), não é tolerável, por parte da Ré, ou seja, da mesma entidade pública, na mesma conjuntura, diante de uma mesma conduta praticada pela Autora, reconhecer a licitude da forma de justificação de motivo de faltas ao serviço adotada por ela e, pari passu, realizar desconto em sua remuneração a título de reposição ao erário de vencimentos percebidos nos respectivos dias.”*

#### **4.12.2 - Prescrição Quinquenal da Alegação de Nulidade**

Em função da necessária estabilidade das relações jurídicas, a prescrição quinquenal, prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910, de 06/01/32 (ainda vigente e que foi editado como ato do Governo Provisório, com força de lei, visto que o Congresso Nacional encontrava-se fechado), incide em matéria de nulidade do ato administrativo.

*Decreto nº 20.910, de 06/01/32 - Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.*

Significa que a pretensão do administrado em que a Administração reveja ato nulo ou anulável prescreve em cinco anos, contados da data em que foi praticado o ato, e esta prescrição, por ser de ordem pública, não pode ser relevada pela Administração, estando o administrador obrigado a seu cumprimento. Assim já se manifestou a Advocacia-Geral da União no Parecer AGU nº GQ-10, vinculante:

*Parecer AGU nº GQ-10, vinculante: “20. Por em regra, tinha a extinta Consultoria Geral da República e, atualmente, a Advocacia-Geral da União, como meta não proceder à revisão de decisão presidencial, a não ser que elementos novos, merecedores de ponderação, fossem oferecidos pelo interessado. Também, tenho-me mostrado infenso às revisões quando não hajam sido trazidos à colação novos fatos que a possam ensejar. Na espécie, entretanto, penso, salvo melhor entendimento, que a solicitação deve merecer acolhida, isto porque, os elementos jurídicos apresentados no Parecer CJ nº 074/93/MJ são bastantes para se chegar à conclusão de que, na verdade, toda pretensão exposta perante a Administração Pública com a finalidade de rever ato contaminado com vício de nulidade acha-se sujeita à prescrição quinquenal consignada no Decreto 20.910/32, não podendo ser relevada sob pena de acarretar - como ficou patenteado na E.M. nº 355/MJ - danosas consequências ao serviço público.”*

*TRF da 5ª Região, Apelação Cível nº 195-SE: “Ementa: (...) 1. O Decreto nº 20.910, de 06.01.32, ao determinar a prescrição quinquenária de qualquer ação contra ato administrativo não fez qualquer distinção entre nulidade e*

*anulabilidade. O prazo da prescrição incide em relação a quaisquer direitos pessoais, como o são os decorrentes de relação de serviço público.*

*2. A prescrição quinquenal referida abrange qualquer direito ou ação.*

*3. Se é certo que o ato administrativo ilegítimo não se torna válido pelo tempo decorrido, qualquer que seja o período de sua duração, pois, o que é vicioso continua sempre vicioso. Certo, também, é que prescreverá, no prazo de 5 (cinco) anos a ação do interessado para o invalidar, por não se justificar a instabilidade jurídica, mesmo que potencial, por todo e sempre.*

*4. Em consequência, se o interessado não agiu dentro dos cinco anos autorizados pelo ordenamento positivo, o ato, mesmo inválido, firma-se, estabiliza-se, não podendo mais ser anulado, quer por meio administrativo, quer por decisão judicial.”*

Pelo mesmo princípio da segurança da relação jurídica, buscando o devido equilíbrio de pesos e contrapesos de que se faz a matéria jurídica, da mesma forma (porém aqui com diferente base legal), também incide prazo de prescrição quinquenal (contado a partir da data em que foi praticado o ato) sobre a pretensão da Administração em, de ofício, anular ato do qual decorra benefício para o interessado, desde que este não tenha agido com má-fé. Na instância administrativa disciplinar, tal freio se aplicaria, por exemplo, sobre atos dos quais decorrem imputação menos gravosa ou arquivamento a favor do servidor. Todavia, é de se destacar que a Lei nº 9.784, de 29/01/99, estabelece que qualquer medida ou iniciativa tomada pela Administração com vista a questionar a legalidade do ato tem o condão de retirar-lhe a crítica de inerte e, portanto, de interromper a contagem do prazo prescricional (ou seja, de fazer iniciar novamente a contagem na íntegra).

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.*

*§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.*

### **4.12.3 - Nulidades Absolutas**

Conforme já foi objeto de uma abordagem inicial teórico-conceitual (em **4.12**), as nulidades podem ser absolutas ou relativas. Iniciando a análise pela primeira espécie, sob ótica estritamente teórica e conceitual, tem-se que as nulidades absolutas revelam de forma indubitável o prejuízo causado à defesa, dispensando, então, avaliação e demonstração. Não precluem, não são sanáveis, não podem ser objeto de convalidação e podem ser oponíveis em qualquer fase do processo e mesmo após a sua conclusão, e até por quem não tenha legítimo interesse ou por parte de quem lhes tenha dado causa.

Sem que aqui se busque negar a plausibilidade de determinados incidentes no processo disciplinar configurarem nulidade absoluta, é de se dizer que, à vista do plexo principiológico em que se ampara esta instância processual, a afirmação de que um defeito inquina o processo de forma insanável sempre soa temerária, uma vez que se pode investigar se houve ou não efetivo prejuízo à defesa.

Assim, sem a pretensão de fazer lista exaustiva, seguem abaixo exemplos de vícios que, em tese, podem eivar o processo de nulidade absoluta. É de se destacar o aspecto condicional pois, como já foi afirmado, a efetiva declaração de nulidade requer o concreto prejuízo à defesa. Muitos dos exemplos abaixo podem ser supridos se, no caso concreto, não se configurar cerceamento à defesa.

#### **4.12.3.1 - De Competência**

- incompetência da autoridade julgadora (apenas o julgamento será declarado nulo).

#### **4.12.3.2 - Relacionadas com a Composição da Comissão**

- composição com menos de três membros, no caso de PAD sob rito ordinário, ou com apenas um membro, no caso de PAD sob rito sumário (conforme 3.4.2, excepcionalmente, até pode-se ter comissão de sindicância disciplinar composta por dois servidores);
- composição por servidores demissíveis *ad nutum* ou instáveis; e
- comissão composta por servidores notória e declaradamente inimigos do acusado ou indiciado.

#### **4.12.3.3 - Relacionadas com o Direito de Defesa do Acusado ou Indiciado**

- indeferimento de pedido de refazimento de prova coletada antes da notificação inicial como acusado;
- indeferimento, sem motivação, de perícia técnica solicitada pelo acusado;
- não oitiva, sem motivação, de testemunha arrolada pelo acusado;
- ausência de defesa escrita;
- reiterada negativa de vista e de cópia dos autos do processo administrativo disciplinar ao servidor indiciado, ao seu procurador legalmente constituído ou ao defensor dativo; e
- juntada de elementos probatórios aos autos, contrários à parte e após a apresentação da defesa, sem abertura de novo prazo para a defesa.

#### **4.12.3.4 - Relacionadas com o Julgamento do Processo**

- julgamento com base em fatos ou alegativas inexistentes na peça de indicição;
- julgamento feito de modo frontalmente contrário às provas existentes no processo;
- julgamento discordante das conclusões factuais da comissão, quando as provas dos autos não autorizam tal discrepância;
- julgamento feito por autoridade administrativa que se tenha revelado, em qualquer circunstância do cotidiano, como inimiga notória do acusado ou indiciado; e
- falta de indicação do fato ensejador da sanção disciplinar.

### **4.12.4 - Nulidades Relativas**

As nulidades relativas requerem alegação e demonstração do prejuízo causado, mas só podem ser suscitadas por quem tenha interesse legítimo e no prazo devido. São sanáveis e podem ser objeto de convalidação, mediante aceitação expressa ou tácita (pela não arguição no momento oportuno).

*CPP - Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade relativa a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.*

*Art. 570. A falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argüi-la. O juiz ordenará,*

*todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte.*

*STJ, Recurso Especial nº 75.502: “Ementa: (...) É assente a doutrina e a jurisprudência no sentido de que a nulidade não aproveita a quem lhe deu causa, destarte (...) não poderia a recorrida se prevalecer de uma situação jurídica por ela criada (...) para auferir vantagem em detrimento do direito da ora requerente.”*

*Idem: STJ, Recurso Especial nº 1.616*

Sem a pretensão de fazer lista exaustiva, seguem abaixo exemplos de vícios que eivam o processo de nulidade relativa. É de se destacar o aspecto condicional pois, como já foi afirmado, a efetiva declaração de nulidade requer o concreto prejuízo à defesa. Muitos dos exemplos abaixo podem ser supridos se, no caso concreto, não se configurar cerceamento à defesa.

- suspeição da autoridade instauradora do processo;
- suspeição dos membros da comissão;
- suspeição da autoridade julgadora, quando não seja a mesma que instaurou o processo administrativo disciplinar;
- existência originária ou superveniente de impedimentos funcionais em desfavor de algum dos membros da comissão;
- desenvolvimento dos trabalhos apuratórios em constante subordinação à autoridade instauradora, revelando a prática de um trabalho dirigido;
- inexistência de notificação do servidor acusado para acompanhar os atos de instrução (o comparecimento do acusado para os atos afasta a nulidade);
- falta de citação para indiciado apresentar defesa escrita (a apresentação de defesa no prazo regular supre a citação);
- notificação inicial ou citação por edital de indiciado que se encontre preso (a participação nos atos e a apresentação de defesa no prazo regular suprem a notificação inicial e a citação);
- notificação inicial ou citação por edital de indiciado que tenha endereço certo (a participação nos atos, pessoalmente ou por meio de procurador constituído, e a apresentação de defesa no prazo regular suprem a notificação inicial e a citação);
- notificação inicial ou citação por edital de servidor internado em estabelecimento hospitalar para tratamento de saúde (a participação nos atos, pessoalmente ou por meio de procurador constituído, e a apresentação de defesa no prazo regular suprem a notificação inicial e a citação); e
- notificação inicial ou citação, de pronto, por edital, quando inexistente no processo qualquer indicação que traduza o empenho pela localização do indiciado (a participação nos atos, pessoalmente ou por meio de procurador constituído, e a apresentação de defesa no prazo regular suprem a notificação inicial e a citação).

#### **4.13 - PRESCRIÇÃO**

Uma vez cometido, por servidor, um fato que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, elenca como uma infração disciplinar, exsurge daí, pela força de seu art. 143, o poder-dever de a Administração promover, no devido processo administrativo disciplinar, a imediata apuração daquela conduta ilícita, com o fim de exercer seu *jus puniendi* sobre o infrator. Esta atuação punitiva estatal se move por dois objetivos: primeiramente, de índole repressiva, para punir o

infrator; e residualmente, de índole preventiva, para inibir no corpo funcional o desvio de conduta, restabelecendo, assim, a ordem interna, garantindo a regularidade do serviço público e preservando a imagem da Administração.

Todavia, para que tal pretensão punitiva estatal se concretize nos termos legais, a apuração, mediante PAD ou sindicância disciplinar, deve ser deflagrada imediatamente, a fim de o processo ser julgado e a pena ser aplicada tempestivamente, dentro de lapsos de tempo pré-determinados pelo art. 142 a Lei nº 8.112, de 11/12/90, sob pena de, uma vez ultrapassados estes delimitadores temporais para atuação sancionadora, falecer, por obra do instituto da prescrição da punibilidade, o poder de a Administração punir seu agente faltoso, como corolário do princípio da estabilidade da relação jurídica.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:*

*I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;*

*II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;*

*III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.*

*§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.*

*§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.*

*§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.*

*§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.*

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

Isto porque, na instância administrativa, a prescrição é um instituto que, em dois distintos momentos, fulmina o poder-dever de a Administração dar início à apuração contraditória mediante o processo administrativo disciplinar ou de, ao seu final, aplicar a pena correspondente à ilicitude porventura comprovada, sendo regulado pelo art. 142 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Em outras palavras, seja em um momento, seja no outro momento, o regime disciplinar e o processo disciplinar são as ferramentas jurídicas, de natureza material e instrumental, por meio das quais a Administração deve exercer seu *jus puniendi* sobre seu servidor faltoso, que incorre em infração enquadrável nos arts. 116, 117 ou 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Destaque-se que a prescrição da punibilidade não faz extinguir o direito de ação por parte da Administração, mas sim o poder do ente estatal punir seu servidor, devendo-se ressaltar, por óbvio, que a concretização do instituto da prescrição, fazendo extinguir o poder punitivo estatal sobre o infrator, é a exceção, devendo a atuação administrativa ter como regra a imediata apuração e a tempestiva pena, quando esta for cabível.

Uma vez que a prescrição acarreta a extinção da punibilidade, tem-se que tal instituto se refere à aplicação da pena, que é matéria da autoridade julgadora, não devendo, em princípio, ser objeto de análise da comissão. Todavia, se na defesa o acusado provocar a discussão do assunto, a comissão pode abordá-lo no relatório apenas de forma condicional, reservando a decisão à autoridade julgadora. Ainda, convém à comissão alertar a autoridade acerca da possibilidade de ocorrência da prescrição em data futura próxima.

*Parecer PGFN/CDI nº 1.497/2005: “11. Em relação à prescrição temos que o servidor público acusado se defende dos fatos a ele atribuídos e não propriamente da capitulação legal conferida pela Comissão Processante. O Processo Administrativo Disciplinar previsto na Lei nº 8.112, de 11 de*

*dezembro de 1990, apresenta 3 (três) fases distintas: instauração, inquérito administrativo e julgamento. Esta observação tem sentido na medida em que não se pode declarar antecipadamente a suposta prescrição de uma penalidade sem que antes se percorra todo o trâmite legal e, por fim, a autoridade competente, se for o caso, pode declarar prescrita a pretensão punitiva (...).*

*13. Daí porque somente é possível reconhecer a extinção da pretensão executória por ocasião do julgamento, quando a autoridade julgadora poderá mudar a capitulação legal da conduta, aplicando a penalidade mais adequada para o caso concreto, conforme dispõe a Lei nº 8.112 de 1990.”*

Por outro lado, por ser de ordem pública, a prescrição, uma vez configurada, deve ser declarada pela autoridade julgadora mesmo que o acusado não a alegue, em comando que também se sintoniza com o art. 52 da Lei nº 9.784, de 29/01/99.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 112. A prescrição é de ordem pública, não podendo ser relevada pela administração.*

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 52. O órgão competente poderá declarar extinto o processo quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente.*

*“No Direito Administrativo, a prescrição é de ordem pública - art. 112 da Lei nº 8.112/90 e, como tal, deve ser conhecida e declarada pelo julgador, independentemente de provocação da parte interessada, não podendo ser relevada pela administração.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 186, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

#### **4.13.1 - Termo Inicial da Contagem do Prazo Prescricional**

No processo administrativo disciplinar, a prescrição visa a punir inércia da Administração que, sabendo de suposto ilícito, não diligencia na exigida apuração, embora já tivesse elementos para fazê-lo. Assim, em primeiro momento, pode-se dizer que a prescrição decorre da aferição do tempo transcorrido entre a ciência de suposto ilícito, por parte da Administração, até a instauração de processo administrativo disciplinar.

Resulta de expressa determinação legal (art. 142, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90) que, no primeiro momento de aferição, o cômputo da prescrição administrativa, diferentemente da instância penal, não se inicia da data do cometimento do fato supostamente irregular, mas sim da data em que ele se tornou conhecido. A prescrição não pune a Administração por inércia ao tempo em que ela não tinha condições de promover a apuração, por ainda não saber do fato.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 142.*

*§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.*

*Formulação Dasp nº 76. Prescrição*

*A prescrição, nas infrações disciplinares, começa a correr do dia em que o fato se tornou conhecido.*

*Formulação Dasp nº 49. Prescrição*

*Em relação ao abandono de cargo, a prescrição começa a correr no 31º dia de faltas consecutivas ao serviço.*

*STF, Recurso Extraordinário nº 78.949: “Ementa: Funcionário público. Falta disciplinar. Prescrição. ‘Dies a quo’. Nas faltas que se subtraem, pelas circunstâncias do fato, ao conhecimento normal da administração, o prazo prescricional se inicia com a ciência da infração. Recurso extraordinário não conhecido.”*

Pelo exposto, importa diferenciar que a lei penal estrutura o marco inicial da contagem

prescricional com base apenas no único elemento da consumação da conduta ilícita. Conforme já aduzido em **2.5.3.4**, em função da duração da afronta ao bem jurídico tutelado, o art. 111 do CP estabelece que, para os crimes instantâneos, nos quais a consumação é completada e a conduta antijurídica é exaurida em um só momento determinado e pontual, sem continuidade temporal, o prazo é computado a partir “do dia em que o crime se consumou” (art. 111, I do CP); e para os crimes permanentes, nos quais, embora se consumam já desde o primeiro momento em que o agente inicia a afronta, a conduta antijurídica se prolonga no tempo, o prazo é computado a partir “do dia em que cessou a permanência” (art. 111, III do CP). Em qualquer caso, a consumação de um crime deve ser compreendida como o momento em que se reúnem todos os elementos de sua definição legal (art. 14, I do CP). Pode-se dizer que, de certa forma, mesmo considerando a peculiaridade dos ilícitos permanentes, a lei penal estabelece como regra geral para o início da contagem do prazo prescricional a data da consumação (ainda que esta se protraia no tempo) da conduta antijurídica.

*CP - CP - Tempo do crime*

*Art. 4º Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)*

*Art. 14. Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)*

*Crime consumado (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)*

*I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)*

*Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)*

*I - do dia em que o crime se consumou; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)*

*III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)*

Diferentemente, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seu art. 142, § 1º, estrutura o marco inicial da contagem prescricional com base na conjugação de dois elementos. O primeiro elemento, obviamente, é a ocorrência da ilicitude, visto que, se não há infração, não há punibilidade e, por consequência, não há que se falar em prescrição - ou seja, o primeiro elemento é a consumação da conduta antijurídica; e o segundo elemento é o seu conhecimento por parte da Administração. De efeito, para que se dê início ao cômputo do prazo prescricional em instância administrativa, em harmonia com o comando impositivo do art. 143 da mesma Lei, não basta a consumação da falta funcional, mas é imprescindível que dela tenha tido conhecimento a autoridade administrativa.

O resultado desta concorrência dos dois fatores (a consumação da conduta ilícita e seu conhecimento), na regra geral, para a grande maioria das ilicitudes disciplinares - cuja natureza jurídica é instantânea, nas quais tanto a consumação quanto a duração da conduta se exaurem em só um instante -, é que a deflagração da contagem prescricional ainda se condiciona a tal consumação se tornar conhecida, de forma que, antes que se conjuguem os dois elementos, não se cogita de se iniciar a contagem do prazo prescricional. Em **4.13.1.4**, se abordarão casos específicos e suas peculiaridades em termos de início de contagem do prazo prescricional, em comparação com esta regra geral.

Ou seja, para a aplicação do regime disciplinar e do processo disciplinar, requer-se que a Administração tenha conhecimento do cometimento da suposta irregularidade. À vista do art. 143 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a processualística disciplinar deve ser deflagrada, pela autoridade legal ou regimentalmente competente - a ser definida em **4.13.1.2** -, imediatamente após ter ciência da prática de conduta infracional.

De um lado, é certo que de outra forma não poderia ser, visto que a instrumentalização do devido processo legal previsto no Estatuto somente tem seu início justificado diante do

conhecimento, por parte da autoridade competente, do cometimento da suposta irregularidade. Tratando-se de matéria punitiva, requeredora, por conseguinte, de aplicação residual e permeada pela intervenção mínima, não deve ser confundida com ferramentas inespecíficas gerais impessoais e abrangentes, tais como auditoria, e não deve ser instrumentalizada à margem de notícia de conduta infracional cometida por servidor - ou seja, à margem de notícia de indícios de materialidade e de autoria de infração estatutária.

Mas, de outro lado, a deflagração do procedimento disciplinar já se motiva tão somente com a ciência, por parte da autoridade competente, de um primeiro suposto ato ilícito. Seja uma conduta encerrada em fato único isolado e pontual, sejam condutas que se prolongam ou que se reiteram ou que se aperfeiçoam no decurso do tempo, basta a ciência do fato - o único ou apenas o primeiro em qualquer forma de projeção temporal - para se ter a circunstância autorizadora para que o Estado responda à suposta prática infracional.

E tal ciência da Administração pode se dar por meio de diferentes instrumentos, tais como provocações internas (representação de agentes públicos, oriundas de servidores ou autoridades da própria Secretaria da Receita Federal do Brasil ou oriundas de outros órgãos, como Poder Judiciário, Ministério Público Federal, Departamento de Polícia Federal, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU, dentre outros) ou externas (denúncias de contribuintes ou particulares ou notícias de mídia) ou ainda como resultado de trabalhos investigativos realizados de forma inquisitorial e sigilosa *ex officio* no âmbito do próprio ente estatal.

Daí, é correto se afirmar que, na interpretação sistemática da Lei nº 8.112, de 11/12/90, o fenômeno da ciência, por parte da autoridade competente, do cometimento de suposta irregularidade por servidor assume um duplo efeito: não só autoriza a Administração a dar início à ação persecutória de índole punitiva como também demarca, contra este mesmo ente estatal, o início da contagem do prazo prescricional para o exercício de tal dever correccional.

#### **4.13.1.1 - A Configuração do Conhecimento do Fato**

Todavia, a Lei não foi clara ao estabelecer de quem se requer o conhecimento do fato - seja fato único, seja primeiro fato em condutas com qualquer forma de projeção temporal - para dar início à prescrição: se de qualquer servidor, se de qualquer autoridade ou se apenas da autoridade competente para instaurar o processo.

Primeiramente, se aduz que o instituto da prescrição, na esteira do já aduzido em **4.13.1**, é voltado à Administração, ao ente legal ou regimentalmente detentor do poder-dever de apurar e, se for o caso, de punir, no objetivo impessoal de restabelecer a sua própria ordem interna, institucionalmente. Esta introdução leva a afastar a tese de que se configura o tal “conhecimento” exigido no § 1º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, quando qualquer servidor (em sentido lato) tem ciência de suposta irregularidade. A leitura que se dá ao citado dispositivo legal é de que se exige o conhecimento por parte da Administração, ou seja, por parte de quem a exerce, de quem administra, de quem, enfim, tem cargo em comissão ou função de confiança. Ao servidor - aí incluídas as autoridades de menor hierarquia ocupantes de chefias imediatas - sem poder decisório de conduzir a Administração, cabe o dever de representar, conforme o art. 116, VI e XII do citado Estatuto.

Resta, portanto, definir qual é a autoridade que representa a Administração para o fim de que aqui se cuida. A primeira abordagem, meramente conceitual e teórica, seria de que qualquer detentor de cargo em comissão ou função de confiança, em última análise, ainda que em diferentes graus, representa a Administração. Daí, ter-se-ia configurado o conhecimento por parte da Administração no momento em que qualquer autoridade, inserida na via hierárquica do órgão, desde o chefe imediato do representado até o dirigente máximo, mesmo que sem competência estatutária correccional, tivesse conhecimento de suposta irregularidade.

Conforme aduzido em **2.1.1**, embora não desça à minúcia (e nem poderia mesmo fazê-lo, diante da diversidade e das peculiaridades do conjunto de órgãos que integram a Administração Pública federal), a Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seu art. 143 e também no parágrafo único de seu art. 116, aponta no sentido inespecífico e genérico de que a competência disciplinar reside em via hierárquica. Ou seja, para a Lei, em princípio, a autoridade em sentido lato é responsável pela promoção da imediata apuração. Extrai-se portanto, teleologicamente, que o instituto da prescrição repercute na via hierárquica, pois é de uma autoridade hierarquicamente superior ao representado que se espera a diligência no sentido de deflagrar a apuração, recaindo sobre ela o ônus de cuidar da prescrição diante de sua inércia.

Percebe-se que a fria leitura da Lei não afasta a imprecisão do tema. Assim, cabe trazer à tona a manifestação exarada pela Advocacia-Geral da União no Parecer AGU nº GQ-55. Antes, porém, é de se dizer que, na verdade, sobre matéria de prescrição, tal Parecer aborda a questão da normatização aplicável à contagem do prazo prescricional por infração cometida ainda sob a vigência da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (o então Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - EF), antes da edição da Lei nº 8.112, de 11/12/90, mas apurada já depois da entrada em vigor deste atual Estatuto. Ou seja, para este assunto, o cerne da discussão do referido Parecer era identificar qual a norma aplicável àquele caso específico de transição, não sendo o seu foco interpretar o § 1º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Não obstante, após o esclarecimento que se intencionava, neste Parecer, vinculante para toda a Administração Pública federal, vez que foi aprovado pelo Presidente da República e publicado oficialmente, o órgão de assessoramento manifestou entendimento, bastante restritivo, de que o termo inicial da prescrição somente se configuraria com o conhecimento de suposta irregularidade especificamente pela autoridade competente para instaurar o feito disciplinar.

*Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: “19. A inércia da Administração somente é suscetível de se configurar em tendo conhecimento da falta disciplinar a autoridade administrativa competente para instaurar o processo. Considerar-se a data da prática da infração como de início do curso do lapso temporal, independentemente do seu conhecimento pela Administração, sob a alegação de auditagens permanentes, beneficiaria o servidor faltoso, que se cerca de cuidados para manter recôndita sua atuação anti-social, viabilizando a manutenção do proveito ilícito e a impunidade, bem assim não guardaria conformidade com a assertiva de que a prescrição viria inibir o Estado no exercício do poder-dever de restabelecer a ordem social, porque omissa no apuratório e apenação.”*

Tomando-se em conjunto a interpretação sistemática da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e a leitura vinculante do citado Parecer AGU, tem-se, de imediato, que não é o conhecimento de qualquer autoridade inserida na via hierárquica entre o representado e o dirigente máximo do órgão ou unidade que configura o termo inicial da prescrição. Ao contrário, embora limitado à via hierárquica (pois assim determina a Lei), este momento tem configuração restrita, concentrado nas mãos especificamente do superior que detém a competência de instaurar o processo administrativo disciplinar (pois assim, em complemento à Lei, interpreta o Parecer AGU).

#### **4.13.1.2 - A Interpretação para os Casos de Existir Corregedoria ou de a Competência Instauradora Ser Reservada em Uma Única Autoridade**

Segundo já exposto linhas acima, o citado Parecer AGU nº GQ-55 reporta-se apenas à configuração generalista, prevista na Lei nº 8.112, de 11/12/90, em que a competência correcional insere-se em via hierárquica. Conforme já abordado em **2.1.4**, o Decreto nº 5.480, de 30/06/05, estabeleceu o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, indicando tendência crescente de os órgãos públicos inserirem em seu organograma uma unidade

especializada para a matéria correcional (comumente chamada de Corregedoria). Daí, embora hoje ainda seja excepcional e atípica a hipótese de a lei orgânica, estatuto ou regimento interno do órgão conferir, em caráter exclusivo, a competência de instaurar a instância disciplinar a uma autoridade específica, apartada da via hierárquica, e sobretudo porque este é o caso da Secretaria da Receita Federal do Brasil, que conta com a Coger, faz-se necessário manifestar a peculiaridade com que se configura o termo inicial do prazo prescricional, a partir da interpretação flexibilizada e adaptada do citado Parecer AGU, em que pese o seu caráter vinculante, já que ele não tratou desta especificidade.

Para este fim, é necessário buscar a interpretação histórica em que pode ter se baseado o Parecer AGU nº GQ-55 ao ter restringido o início do prazo prescricional ao conhecimento por parte da autoridade com poder disciplinar. Ora, reportando-se ao contexto histórico da edição da Lei nº 8.112, de 11/12/90, tem-se que, quando o legislador se referiu à autoridade com poder disciplinar para que seu conhecimento do fato demarcasse o início do prazo prescricional, na verdade, àquela época, estava se referindo ao titular de unidade, pois, naquele contexto, antes da criação de corregedorias, era a própria autoridade local que instaurava processos disciplinares.

O mesmo se aplica ao caso em que, mesmo não havendo, regimental ou estatutariamente, Corregedoria, a competência instauradora é concentrada em uma única autoridade, de alta hierarquia no órgão.

Sendo a prescrição matéria de ordem pública e regulada em Lei, não pode ser objeto de interpretação extensiva ou de analogia e muito menos pode ter sua essência alterada por norma infralegal.

Não se podendo sobrepor os dispositivos infralegais internos da Secretaria da Receita Federal do Brasil ao mandamento geral do art. 143 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e cuidando ao mesmo tempo de não desatender ao Parecer AGU nº GQ-55, tem-se a leitura de que, na Secretaria da Receita Federal do Brasil, configura-se o início do prazo prescricional quando a máxima autoridade local, ou seja, o titular da unidade (Superintendente, Delegado, Inspetor-Chefe, Agente - regimentalmente, as ARF são unidades administrativas e seus dirigentes são titulares de unidades) de lotação do representado ou do local de ocorrência do fato tem conhecimento da suposta irregularidade. O fato de tais autoridades não deterem competência correcional não afasta seu dever de, ainda que indiretamente, não caracterizarem inércia da Administração e propiciarem a apuração de irregularidades cometidas em suas unidades, comunicando ao respectivo Chefe de Escor.

Destaque-se ainda, por oportuno, que a expressão “titular da unidade” (ou “chefe da unidade”) tem o mesmo significado de servidor no exercício da chefia da unidade. Assim, nos afastamentos legais do titular (por motivo de férias, viagens a serviço etc), o substituto eventual personifica a titularidade da unidade, conforme art. 38 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

*STJ, Mandado de Segurança nº 14.446: “Ementa: A Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional da Ação Disciplinar é a data em que o fato se tornou conhecido da Administração, mas não necessariamente por aquela autoridade específica competente para a instauração do Processo Administrativo Disciplinar (art. 142, § 1º da Lei 8.112/90). Precedentes. 4. Qualquer autoridade administrativa que tiver ciência da ocorrência de infração no Serviço Público tem o dever de proceder à apuração do ilícito ou comunicar imediatamente à autoridade competente para promovê-la, sob pena de incidir no delito de condescendência criminosa (art. 143 da Lei 8.112/90); considera-se autoridade, para os efeitos dessa orientação, somente quem estiver investido de poder decisório na estrutura administrativa, ou seja, o integrante da hierarquia superior da Administração.”*

Obviamente, esta interpretação não prejudica a configuração do termo inicial da

prescrição na hipótese em que a primeira autoridade a saber do fato já é exatamente a autoridade competente na esfera disciplinar (por exemplo, quando a primeira notícia que se tem é diretamente dirigida ao Chefe de Escor ou ao Corregedor).

*“Portanto, do que foi exposto até aqui, concluímos que não é a partir da ciência por qualquer servidor público do Órgão que tem início a contagem do prazo prescricional disciplinar, tendo em vista a ausência de competência legal para deflagrar procedimento apuratório. Somente as autoridades que administram e que ocupam cargos de relevância dentro do Órgão é que possuem essa atribuição.*

*Em resumo, temos que o conhecimento da irregularidade pela autoridade máxima do Órgão faz com que se inicie a contagem do prazo prescricional. De igual maneira, a autoridade máxima da repartição onde o servidor faltoso está lotado e cometeu o ato infracional tem poderes para dar andamento ao apuratório, ainda que não tenha competência regimental para instaurar o procedimento. Esse entendimento decorre da via hierárquica e, desta forma, a sua ciência já implica na deflagração do lapso prescricional.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 391 e 392, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/8.

*Nota Técnica Coger nº 2005/8: “Ementa: O prazo prescricional inicia-se a partir do conhecimento do fato - art. 142, § 1º, da Lei nº 8.112, de 1990 - pelo titular da unidade, em exercício, ou pela autoridade instauradora, o que ocorrer primeiro. (...)”*

Acrescente-se que, para se considerar o fato conhecido pela autoridade competente, não se exige o requinte de se ter a ciência pessoal desta autoridade. A protocolização do documento noticiador da suposta irregularidade ou a sua recepção no gabinete da autoridade, sob presunção de bom funcionamento da máquina pública, respeitadas as peculiaridades de cada caso em concreto, pode fazer com que se assuma conhecido o fato pela autoridade.

Por outro lado, o início do prazo decorre do efetivo conhecimento do suposto ilícito por parte da Administração, o que não se confunde com o mero conhecimento da existência de documento ou acesso a sistema informatizado ou concretização de qualquer ato funcional em que se encontra consubstanciado o ilícito, mas sem saber que aquele documento, acesso ou ato *lato sensu* embute em si uma ilicitude. O recebimento de um documento fraudulento, bem como o registro de um ato em um sistema informatizado oficial (para citar aqui dois exemplos não exaustivos) não permitem, necessariamente, que se confunda com o conhecimento da fraude. Ou seja, não se inicia o prazo prescricional com o mero encaminhamento de documento ou com o registro de um acesso a sistema informatizado que contenha fraude, presumindo-se o conhecimento desta. A presunção do conhecimento da fraude é incompatível com o texto legal e com a finalidade das normas informadoras do instituto da prescrição da punibilidade disciplinar.

A inteligência sistemática da Lei nº 8.112, de 11/12/90, neste tema é indubitável no sentido de que não se impõe à Administração o ônus de fazer prescrever seu poder punitivo enquanto o ente estatal sequer tem conhecimento da possibilidade de irregularidade imiscuída em determinado ato ou conduta funcional, mas sim apenas depois de sabê-lo e manter-se inerte.

Cabe aqui uma analogia com os conceitos de fato materialmente novo e fato formalmente novo, úteis na discussão acerca da possibilidade de reabertura de investigação ou de apuração já arquivada diante do conhecimento, por parte da Administração, de um fato novo. Em analogia ao já exposto em **2.5.3.4**, não cabe afirmar que a Administração já tenha conhecimento de um determinado fato tão somente porque os dados ou provas a ele referentes

estejam disponíveis em sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil e/ou de qualquer forma estejam potencialmente passíveis de serem conhecidos (ou seja, dos quais se pode ter conhecimento potencial), mas que não tenham sido objeto de direta e inequívoca provocação por conta de ao menos suspeita de eivar-se de irregularidade. Os dados ou provas referentes a um determinado fato que apenas tenham a possibilidade de serem identificados - embora o acesso a eles seja possível por meio de pesquisa em sistema interno, não tenham tido seu suposto caráter irregular devidamente noticiado de forma expressa - não assumem o condão de deflagrar o termo inicial da contagem prescricional. O fato do qual se pode afirmar o conhecimento por parte da Administração é aquele cujos dados ou provas a ele referentes, mais do que estarem potencialmente disponíveis (por exemplo, em um sistema interno), já tenham sido efetivamente noticiados em sua qualidade de encerrar e de conter ilicitude e sobre os quais a Administração queira, a destempo, fazer reanálise ou submeter-lhes a uma nova forma de apreciação ou deles extrair uma nova conclusão.

Na esteira, é de se ressaltar que o Direito, como ciência, não se funda nas expectativas do errado, do tortuoso, do ilegal, mas sim, ao contrário, funda seus alicerces na presunção da regularidade e da normalidade. Desta forma, a Administração não faz - e nem tem mesmo de fazer - apriorística avaliação de todos os atos e condutas funcionais do quadro de servidores, para, desde seu nascedouro, configurar irregularidades e instaurar processos punitivos.

Ora, é de se imaginar a insegurança jurídica que reinaria em toda Administração, além dos intransponíveis entraves ao funcionamento da máquina pública, se, a cada ato funcional corriqueiro e cotidiano de um servidor, tivesse de haver por trás uma investigação ou verificação, sob presunção de que o homem e o servidor seriam endemicamente infratores.

A presunção da Administração não é - e nem deveria ser mesmo - a de que todos os servidores, desde sempre e sem nenhum motivo específico, devem e merecem ser verificados e investigados em cada ato ou conduta seus. Assim, não se deve confundir o fato de o servidor cometer o ilícito nas dependências da Administração, mesmo que utilizando meios, instrumentos, equipamentos ou sistemas oficiais, com obrigação simultânea e imediata por parte do ente estatal de verificar e investigar todos os atos funcionais para de pronto levantar indícios de irregularidade e só assim prevenir a prescrição.

Não é para este fim que se presta o instituto da prescrição. Diferentemente, o instituto da prescrição, com o fim de assegurar - para ambos os lados - a segurança jurídica, se presta para delimitar um lapso temporal após o qual, tendo a Administração notícia, ciência ou provocação para verificar possível irregularidade em determinada conduta ou ato funcional, não o faz. Não se “pune” a Administração - e, em última essência, o interesse público -, acobertando o engenhoso infrator enquanto este logra manter desconhecidos seus ardis e faltas, sem que sequer a Administração tenha sido provocada a verificar o ato funcional sob o qual se encobre a suposta irregularidade. O que indubitavelmente faz operar o instituto da prescrição da punibilidade, sobre o poder-dever punitivo estatal e a favor do faltoso, é o fato de se ter levado ao conhecimento da Administração a provocação para que determinado ato ou conduta funcional fosse investigado ou revisto pois ali havia a suposição de irregularidade e o órgão ter se mantido injustificadamente inerte.

O art. 142 da Lei nº 8.112, de 11/12/90 não diz que o prazo prescricional da punibilidade associada a uma ilicitude começa a correr na data em que dá entrada na Administração - independentemente da forma - um determinado dado sobre o qual não se tem nenhuma presunção *a priori* de irregularidade e, em meio a toda miríade de atos realizados a cada dia, o correspondente indício de ilicitude somente seria levantado caso fosse objeto de imediata análise. Diferentemente e de forma muito mais estrita e pontual, o dispositivo legal afirma que a prescrição somente começa a correr a partir da data em que a Administração tem notícia da possibilidade ou dos indícios da infração.

Para espancar qualquer dúvida neste sentido, destaca-se que a jurisprudência e a doutrina reforçam exatamente este entendimento, esclarecendo que o prazo prescricional, por

um lado, começa a ser computado também quando a autoridade responsável pela Administração e não necessariamente a autoridade com competência correcional tem ciência do fato - seja único, seja o primeiro em qualquer hipótese de conduta com projeção temporal - supostamente irregular imputado ao servidor; por outro lado, este prazo somente começa a ser computado quando tal ciência acerca da ilicitude se dá de forma inequívoca, o que não guarda nenhuma correlação com a simples data em que ele cometeu o ato de forma *a priori* regular no âmbito da Administração.

*STJ, Mandado de Segurança nº 11.974: “Ementa: O art. 142 da Lei nº 8.112/90 - o qual prescreve que ‘O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido’ - não delimita qual autoridade deverá ter obtido conhecimento do ilícito administrativo. Dessa forma, não cabe ao intérprete restringir onde o legislador não o fez.*

*Desse modo, é razoável entender-se que o prazo prescricional de cinco anos, para a ação disciplinar tendente à apuração de infrações puníveis com demissão ou cassação de aposentadoria, comece a correr da data em que autoridade da administração tem ciência inequívoca do fato imputado ao servidor, e não apenas a partir do conhecimento de tais irregularidades pela autoridade competente para a instauração do processo administrativo disciplinar.”*

*“Muitas vezes, a irregularidade praticada encontra-se materializada em um documento padrão que tramita por diversos setores da repartição. Assim, indaga-se: a mera ciência dos dirigentes (diretores, presidentes do Órgão, etc.) quanto à existência do documento é suficiente para deflagrar o lapso prescricional? A resposta é negativa. Isso porque, não obstante a ciência acerca da existência do documento, não se tinha conhecimento acerca do vício nele contido. É preciso ter ciência da irregularidade.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 390, 2013, disponível em [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual PAD.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Manual_PAD.pdf), acesso em 07/08/13*

E, como regra geral, o tal conhecimento a que chega a autoridade se dá por meio do instituto da representação, que nos termos do art. 7º da Portaria Coger nº 14, de 30/01/14, conforme já descrito em **2.3.1**, é um dever funcional a ser cumprido em via hierárquica. Assim, na maioria dos casos, o conhecimento da Administração se dá com a provocação, de inequívoco enfoque correcional, contida em peça de representação formulada por servidor, quando chega à autoridade titular de unidade ou à autoridade correcional na Secretaria da Receita Federal do Brasil, ainda que esta peça inicial não contenha todos os elementos suficientes para deflagrar a instauração de qualquer rito, seja investigativo, seja disciplinar. Analogamente, o mesmo se aplica se a notícia se consubstancia em denúncia ofertada por particular. Aqui, se descreve uma regra apriorística; em **4.13.1.4**, serão apresentadas outras situações mais específicas que encerram peculiaridades na forma como se concretiza o conhecimento da suposta ilicitude pela Administração.

Em síntese, prevalece na Secretaria da Receita Federal do Brasil o entendimento de que não se configura o início do prazo quando qualquer servidor ou autoridades intermediárias na via hierárquica (o chefe imediato, por exemplo) têm conhecimento do fato; a estes agentes, impõe-se o dever de representar ou dar encaminhamento à representação. Mas tampouco se reserva o início do prazo ao conhecimento específico por parte da autoridade com competência disciplinar exclusiva na Secretaria da Receita Federal do Brasil, por força de norma interna infralegal (os Chefes de Escor e o Corregedor).

Esse entendimento coaduna-se perfeitamente com o espírito da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de delimitar a competência na via hierárquica; não afronta o Parecer AGU GQ-55, visto que não dilui a configuração do conhecimento entre todas as autoridades inseridas na via hierárquica; e, ao não fazer sobrepor uma norma infralegal à Lei, atende ao princípio da

impessoalidade e preserva o interesse da defesa, visto que, se restringisse o termo inicial somente ao momento em que a autoridade regimentalmente competente tivesse conhecimento do fato, a Administração poderia vir a ser beneficiada com a própria inércia, com a postergação do prazo prescricional, em prejuízo do representado.

*“Restringir a esfera de cognição do fato (‘rectius’: indícios da infração disciplinar) à exclusiva seara da autoridade competente para instaurar o processo constitui inferência que, sobre afrontar os princípios epistêmicos norteadores da interpretação da lei, configura prática arbitrária e despropositada, pois que nem mesmo a norma, em sua literalidade (‘data em que o fato se tornou conhecido’), impõe tal limitação.” José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, pg. 294, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

E tanto se demonstra acertada a tese acima que a própria Advocacia-Geral da União, por meio da Nota Decor/CGU/AGU nº 208/2009-NMS, acatada pelo Despacho do Consultor-Geral da União nº 14/2009 e aprovado por Despacho do Advogado-Geral da União, manifestou que o Parecer AGU nº GQ-55 não objetivara enfrentar na íntegra a questão acerca do termo inicial prescricional, vez que, de um lado, não definira qual seria a autoridade cujo conhecimento da suposta ilicitude teria o condão de fazer iniciar a contagem prescricional, não obstante, de outro lado, ter asseverado que tal deflagração temporal somente se inicia com o conhecimento por parte da Administração (e não com o cometimento do fato); daí porque, na mesma linha do Parecer vinculante, esta manifestação mais recente da Advocacia-Geral da União ratificou que a prescrição tem iniciada sua contagem na data em que a Administração tem conhecimento do fato.

*Nota Decor/CGU/AGU nº 208/2009-NMS - “Ementa: 1. O parecer normativo desta Advocacia-Geral da União - Parecer nº GQ-55, adotado pelo Advogado-Geral da União e aprovado pelo Presidente da República, publicado no Diário Oficial da União de 2 de fevereiro de 1995, nos limites da consulta, dirime a questão relativa ao conflito intertemporal de leis quanto às infrações praticadas na vigência da Lei nº 1.711, de 1952, mas apuradas após edição da Lei nº 8.112, de 1990.*

*2. Referido parecer normativo não tratou da questão de qual autoridade deveria ter conhecimento da falta disciplinar para delimitar o marco inicial da contagem do prazo de prescrição da ação disciplinar. Por esta razão, não houve seu descumprimento.*

*3. Com relação ao momento em que começa a contagem do prazo de prescrição da ação disciplinar, com base no art. 142, § 1º, da Lei nº 8.112, de 1990, na doutrina e na jurisprudência, este começa a correr da data em que o fato se torna conhecido da Administração. A partir do conhecimento da irregularidade pela Administração, começa a fluir o prazo de prescrição da ação disciplinar, que se interrompe com a abertura de sindicância ou de processo administrativo válidos. Sindicância investigativa ou processo administrativo disciplinar anulado não interrompem o curso desse prazo, que volta a ser contado por inteiro.”*

Assim, no primeiro momento de aferição prescricional, a partir da data em que o fato se torna conhecido, nos moldes acima descritos, computam-se os prazos previstos nos incisos do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de cada pena até a instauração do processo administrativo disciplinar. Dentro de tais prazos, incumbe à Administração instaurar a instância disciplinar, sob pena de se ver soterrado o poder punitivo estatal sobre o infrator.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:*

*I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;*

*II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;*

*III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.*

*Art. 169.*

*§ 2º A autoridade julgadora que der causa à prescrição de que trata o art. 142, § 2º, será responsabilizada na forma do Capítulo IV do Título IV.*

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 66.*

*§ 3º Os prazos fixados em meses ou anos contam-se de data a data. Se no mês de vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês.*

*“(…) Assim, o prazo de um ano iniciado em dez de março findará no ano seguinte na mesma data. O mesmo vale para os prazos em meses. Um prazo de três meses iniciado em cinco de abril findar-se-á em cinco de julho.*

*Vê-se no parágrafo, ainda, se não houver no mês de vencimento o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês.*

*Hipoteticamente, o prazo de um mês, com início no dia 30 de janeiro, terá seu término no dia 28 de fevereiro ou 29 se se tratar de ano bissexto.” Luiz Eduardo Pascuim, “Dos Prazos, Sanções e Outras Disposições Finais”, in Lúcia Valle Figueiredo (Coordenadora) e outros, “Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo”, pg. 267, Editora Fórum, 1ª edição, 2004*

Estes prazos referem-se às penas julgadas cabíveis pela autoridade julgadora, não se atrelando ao prazo prescricional da pena referente à conclusão da comissão, vez que podem ser diferentes.

#### **4.13.1.3 - Termo Inicial da Contagem do Prazo Prescricional em Razão das Competências da Controladoria-Geral da União e da Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda**

Determinados órgãos ou autoridades do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), a começar por seu dirigente máximo, o Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, em razão do que dispõem o art. 66 da Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017, e o art. 4º, VIII, do Decreto nº 5.480, de 30/06/05, ou a Corregedoria-Geral da União da CGU (CGU/CRG), por intermédio do Corregedor-Geral da União da CGU, conforme dispõem o art. 14, IX do Decreto nº 8.910, de 22/11/16, e o art. 11 da Portaria CGU nº 335, de 30/05/06 (bem como o Secretário-Executivo da CGU e os Corregedores Setoriais da CGU), nos termos já aduzidos em **2.1.4**, têm competência para instauração de processos administrativos disciplinares, visando a apurar responsabilidades por ilícitos praticados no âmbito da Administração Pública federal.

Mencione-se também, conforme já disposto em **2.1.5**, que, especificamente no âmbito do Ministério da Fazenda, por força do art. 8º, I e II do Decreto nº 9.003, de 13/03/17, o Corregedor-Geral do Ministério da Fazenda dispõe de competência para instaurar processos administrativos disciplinares no âmbito da Pasta.

Portanto, sem prejuízo da competência genérica para instauração, competência esta vinculada ao poder hierárquico ou à previsão regimental de se contar com unidade especializada (um sistema correcional, como é o caso da Coger e de seus Escor, especificamente para o caso da Secretaria da Receita Federal do Brasil) e prevista no art. 143 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, existem as competências da CGU e da Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda para a instauração de sindicância disciplinar e de PAD.

Por conta desta coexistência e pela impossibilidade de termos dois prazos de prescrição para apenas um fato ilícito, vale consignar que se deve considerar o marco inicial da fluência do prazo prescricional a data em que o fato se tornou conhecido pela primeira destas entidades competentes, seja ela a autoridade competente pela via hierárquica ou pela previsão regimental (o Corregedor ou o Chefe de Escor), seja ela a CGU, por um de seus órgãos componentes do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, tal como a Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda.

#### **4.13.1.4 - Peculiaridades no Conhecimento do Fato em Situações Específicas**

Em **4.13.1**, foi apresentada a regra geral para o início da contagem do prazo prescricional em instância disciplinar. Conforme já exposto, o art. 142 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabeleceu o marco inicial com base na conjugação de dois fatores: a ocorrência do ilícito (ou seja, a sua consumação) e o conhecimento que dele deve ter a Administração. A concorrência destes dois fatores resulta em peculiaridades e diferentes desdobramentos para algumas situações específicas, sejam em função da natureza jurídica do ilícito (nos termos definidos em **2.5.3.4**), seja em função da operacionalização deste conhecimento.

Assim, vale abordar o momento em que se configura tal conhecimento em algumas situações específicas.

De imediato contraponto à regra geral, estabelecida para a situação comum das infrações terem natureza jurídica instantânea, convém abordar a rara peculiaridade de o ilícito possuir natureza jurídica permanente. Nas específicas e raras infrações disciplinares de natureza jurídica permanente, na mesma medida em que, não obstante se consumam já desde o início da ação, a conduta antijurídica se prolonga continuamente no tempo em que permanece a ofensa ao bem jurídico tutelado, também e simultaneamente o conhecimento que se tem da ação infracional se estende temporalmente, de forma que a conjugação dos dois elementos residirá somente no momento em que o agente cessar sua conduta antijurídica e somente a partir de tal data - em consonância com o comando específico do art. 111, III do CP - se cogita de se iniciar a contagem do prazo prescricional. Este comando pode se aplicar, por exemplo, para a omissão em não representar ao saber de supostas irregularidades funcionais; a infringência à proibição de manter cônjuge ou parente até o segundo grau sob subordinação em cargo ou função de confiança; a infringência à proibição de recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado; e a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, respectivamente estabelecidas no art. 116, VI e XII, no art. 117, VIII e XIX e no art. 132, XII, todos da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Em todos estes casos, o ilícito - que é único a cada caso - já se consuma desde o primeiro dia de cometimento, podendo-se a conduta prolongar indefinidamente no tempo, até que o agente queira cessar a afronta que comete ao respectivo bem jurídico tutelado. Ademais, a prescrição não tem sua contagem iniciada enquanto não cessa a prática, o que leva a defender que, enquanto o agente persevera na atuação, a cada instante de forma ininterrupta, mantém-se a afronta ao bem jurídico tutelado e renova-se a contagem do prazo prescricional, não se cessando o momento consumativo no conhecimento da autoridade. Em outras palavras, o termo inicial da contagem prescricional renova-se enquanto o agente não cessa sua conduta antijurídica, independentemente do tempo decorrido desde o primeiro momento que dela a Administração já teve conhecimento.

Na segunda situação específica, importa averiguar como se opera a prescrição diante do conhecimento de novos fatos independentes ou conexos em relação ao fato original que deu ensejo à instauração.

No caso de ilícitos independentes em concurso, na esteira da recomendação de emprego de distintos procedimentos (investigativos ou contraditórios), também se tem que os respectivos cômputos prescricionais se dissociam um do outro, atrelando-se às condicionantes de cometimento e de conhecimento de cada infração.

Conforme já aduzido em **4.2.2.1.2**, quando a comissão disciplinar, no curso da sindicância disciplinar ou do PAD, identifica fatos novos que não guardam conexão ou relação de habitualidade ou sequer de continência (que inclui a continuidade delitiva) com o fato original que provocou sua designação - tais como fatos associados à questão patrimonial quando o processo em curso apura ato funcional não patrimonial ou vice-versa ou ainda fatos outros quaisquer dissociados da questão patrimonial -, estes novos fatos também devem ser objeto de representação diretamente apresentada à autoridade instauradora. E esta

representação deve ser formulada assim que tais fatos novos se revelem materializados, momento este que pode ser incidental, em meio à instrução do rito disciplinar (hipótese em que não deve postergar esta provocação para o fim de seus trabalhos) ou, se for o caso, pode coincidir com as conclusões de seu relatório. Por fim, estes fatos novos têm o início da contagem do prazo prescricional desvinculado do fato original que provocou a designação, tendo seu termo inicial vinculado a seu específico conhecimento por parte da Administração, que se dá com a mencionada representação dirigida à autoridade instauradora, e a ser verificado até a publicação da portaria de instauração do segundo feito disciplinar, em harmonia com o Parecer AGU nº GQ-55.

*Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: “13. Não raro, durante a apuração das irregularidades exsurtem evidências quanto à autoria, de forma a envolver outros servidores, ou emergem infrações disciplinares conexas, ou não, com o objeto do processo disciplinar. São fatos que devem ser tidos como consentâneos com a finalidade da instauração do processo e incapazes de acarretar sua nulidade, desde que a c.i. adote as medidas procedimentais compatíveis com o contraditório e a ampla defesa, na execução dos trabalhos de apuração.*

*14. Em casos tais, a comissão deve possuir o discernimento necessário para adotar os atos que se impuserem com vistas a garantir ao servidor faltoso o exercício do direito assegurado no art. 156, suso, mas sem descuidar da agilidade processual. Assim, caso a c.i. não tenha concluído seus trabalhos, deve ser notificado o novel acusado para que, se o pretender, requeira o cumprimento de qualquer dos atos assegurados no art. 156, no respeitante à apuração já efetuada, atentando-se, destarte, para a faculdade atribuída ao presidente da comissão no § 1º do mesmo preceptivo. Já as infrações, verificadas no curso do apuratório, serão igualmente apuradas, se conexas com as faltas objeto do processo ou, se inexistente a conexão, a investigação não compromete a razoável agilidade da conclusão dos trabalhos. Senão, deve a c.i. propor a designação de outro colegiado, sem prejuízo de suas incumbências.”*

Já no caso de ilícitos conexas em concurso, verifica-se que a extensão dos trabalhos tem distintas repercussões no cômputo prescricional, em função do momento processual em que se dá.

De imediato, é hialino afirmar que, no caso de ciência de novos fatos conexas ainda na fase de admissibilidade, inaugura-se, para cada um destes fatos recém-conhecidos um novo marco inicial do prazo prescricional até a instauração do único processo administrativo disciplinar.

E, na esteira, embora se reconheça menos incontestável, a ciência parcelada de novos fatos conexas já no curso do processo administrativo disciplinar também possui eficácia e aptidão próprias para desencadear o início da contagem do prazo prescricional de modo autônomo para cada nova irregularidade conhecida, isoladamente considerada. Decerto, como a prescrição visa punir a inércia da Administração em diligenciar na apuração do suposto ilícito, não haveria como censurar a postura estatal de não exercer seu poder disciplinar diante de fatos desconhecidos. Ademais, não caberia cogitar de que estes novos fatos conhecidos já no curso do inquérito administrativo teriam a deflagração de seu cômputo prescricional atrelada à instauração do rito disciplinar, uma vez que, à luz do comando do art. 142, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a prescrição se inicia do conhecimento do fato, inexistindo circunstâncias no Estatuto que autorizem a interpretação de que tal contagem retroagiria a um momento anterior à ciência por parte da autoridade.

No caso de prática de várias infrações conexas, o termo inicial da inicial da contagem do prazo prescricional se dá com o conhecimento parcelado de cada ilícito, autonomamente considerado. Por isto, mostra-se legítimo admitir que um único procedimento (investigativo ou contraditório) que reúne a investigação ou a apuração de vários ilícitos conexas possua distintos prazos prescricionais em razão da ciência individualizada de cada infração.

No plano do Direito Penal, de onde se importam as definições jurídicas do instituto do concurso material ou formal de infrações, a disciplina da extinção da punibilidade, inclusive quanto à prescrição da pretensão punitiva, diante da pluralidade de crimes, está regulada no art. 119, do CP, reforçada ainda pelo comando do art. 108 da mesma lei penal.

*CP - Art. 108. A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão.*

*Art. 119. No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)*

Pelo exposto acima, vigora a incomunicabilidade da extinção da punibilidade, aí incluída a prescrição, no caso de crimes conexos. Melhor esclarecendo: havendo conexão de crimes, a extinção da punibilidade pela prescrição de um deles não repercute no prazo prescricional dos demais. Este fenômeno também se acomoda na seara disciplinar, a fim de considerar que a prescrição de uma infração funcional não repercute nas outras infrações que lhe são conexas.

Assim, seguindo a mesma linha do Direito Penal, na hipótese de fase de admissibilidade ou de processo administrativo disciplinar já instaurado em que se investiguem ou em que se apurem vários ilícitos, em qualquer das modalidades de concurso, o cálculo da prescrição deve ser analisado em razão do conhecimento isolado de cada infração ligada por liame de conexão, autonomamente considerada.

*STJ, Recurso Especial nº 965.340: “Ementa: 4. O acórdão recorrido foi enfático em consignar que “o primeiro fato que veio à tona, que foi de pronto conhecido, foi a tentativa do levantamento da quantia de R\$ 1.257.960,04, em 12 de fevereiro de 1996” e que “os demais fatos só vieram a ser conhecidos depois, com a investigação criminal”. Afirmou, ainda, que a “ação veio a ser proposta no dia 14 de fevereiro de 2001. Logo, dentro do prazo”. Assim, deve ser reconhecida a prescrição apenas do ato tentado, já que os outros foram descobertos durante a instrução criminal, após o dia 14.02.96.”*

*TRF da 5ª Região, Apelação Civil nº 511.750: “Ementa: 1. Acolhendo embargos declaratórios, com efeitos infringentes, o Juízo ‘a quo’ reputou caracterizada a prescrição da pretensão punitiva, quanto aos 2 (dois) procedimentos disciplinares que foram objeto desta demanda, atinentes a infrações atribuídas a servidor público que estava atuando no Patrimônio da União. 2. No primeiro procedimento, relativo a cancelamento indevido de aforamento e de débitos a ele alusivos, ocorrido em 1995, não se comprovou o decurso do prazo prescricional após a ciência das irregularidades pela autoridade competente, antes da instauração da sindicância prévia e do processo disciplinar que se seguiu, que importaram em interrupção do aludido prazo. 3. No que tange ao segundo procedimento, diz respeito a diversos fatos, acontecidos em várias datas, devendo ser distinguida a situação vivenciada, a respeito da prescrição, em cada um deles. De qualquer modo, como o processo disciplinar será reativado, com novo indiciamento, a autoridade responsável examinará este aspecto.”*

Neste cenário, reconhece-se que o cômputo da prescrição das várias infrações conexas abarcadas em fase de admissibilidade ou no processo administrativo disciplinar leva em conta cada fato individualmente, a partir de suas distintas datas de ciência pela Administração, configurando marcos temporais autônomos para provocar a fluência do prazo prescricional (seja para instaurar, seja para concluir o feito com a eventual apenação do servidor). Antecipe-se ressalva pertinente acerca do tema que vai ser tratado em **4.13.2**: no caso de vir ao conhecimento da Administração novos fatos conexos em sentido amplo, computa-se o prazo prescricional da respectiva pena (se cabível) a partir da data em o fato se tornou

conhecido, não havendo que se falar de também se aplicarem os prazos em que se mantém suspensa a contagem, de 140 dias em PAD ou de oitenta dias em sindicância disciplinar ou de cinquenta dias em rito sumário.

Por fim, acrescente-se que, além da doutrina do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional aderiu a este posicionamento, consignando que os diversos fatos, ligados pelo vínculo da conexão, têm seu prazo prescricional iniciado de forma independente, de acordo com o conhecimento particular de cada infração.

*Parecer PGFN/COJED/Nº 1697/2013: “57. Infere-se, assim, que a situação dos fatos novos serem conexos com os inicialmente apurados não faz retroagir o início do prazo prescricional para o momento da instauração do PAD, devendo ser fixado seu início do conhecimento, pela Comissão de Inquérito, das supostas irregularidades, se coadunando com o teor do art. 142, § 1º: ‘o prazo de prescrição começa a correr da data em que ficou conhecido’.”*

*“Outro caso que merece destaque é quanto a novas irregularidades reveladas nos trabalhos de eventual Comissão Disciplinar. Pode ocorrer que, no curso de procedimento correicional, o Colegiado venha a se deparar com novas irregularidades, acerca das quais, inicialmente, não se tinha conhecimento.*

*Nesse caso, se a irregularidade tiver conexão com os fatos sob apuração no procedimento disciplinar em que foram descobertas, deve a Comissão apurá-los também, naqueles mesmos autos. A única diferença entre os fatos - fato inicial que deu origem ao processo disciplinar e o fato revelado no decorrer dos trabalhos - é que o prazo prescricional do segundo tem início a partir da data da ciência pela Comissão. É relevante notar que, como já há procedimento instaurado, e de acordo com o que veremos mais adiante, o prazo encontra-se paralisado em sua marca inicial, a partir da data em que foi conhecido pela CPAD.*

*De outro modo, caso o fato conhecido pela Comissão no decorrer dos trabalhos não guarde conexão com os fatos que estão sob sua responsabilidade apurar, então tal irregularidade deve ser levada ao conhecimento da autoridade instauradora para as providências cabíveis. É a partir dessa comunicação que se considera iniciado o prazo de prescrição.” Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 129 e 130, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

Nesta linha de entendimento, é possível concluir que a fase de admissibilidade ou a apuração disciplinar de vários fatos em concurso (material ou formal) em uma unidade processual não afeta o tratamento legal dos marcos iniciais da prescrição, que deve ser computado separadamente em relação a cada infração, autonomamente considerada (sejam elas independentes, sejam elas até mesmo conexas).

Na terceira situação específica, faz-se necessário detalhar e diferenciar a demarcação do conhecimento do fato por parte da Administração quando se trata de ilícito de natureza jurídica habitual. Embora não possua expressa definição legal e, conseqüentemente, as peculiaridades de seu cômputo prescricional também não tenham obtido específicas previsões no art. 111 do CP (que, para fins prescricionais, em função da duração da afronta ao bem jurídico tutelado, define e diferencia apenas crimes instantâneos e permanentes), tem-se que o ilícito habitual é doutrinariamente considerado configurado somente após a reiteração de determinados atos que, se tomados isoladamente, não atingem o patamar de ilicitude. O ilícito habitual decorre da reiteração com que o agente pratica atos que, por si sós, até seriam penalmente irrelevantes, mas que auferem reprovabilidade social justamente com a habitualidade. Isto impõe que, tratando-se, a rigor, de um conjunto de atos praticados com habitualidade e que, no seu todo, constituem um ilícito único, considera-se que o início da sua

contagem prescricional relaciona-se à consumação do último ato constituinte.

Trazendo esta conceituação para a instância disciplinar, uma vez que um único e determinado ilícito habitual se aperfeiçoa, se concretiza, se sedimenta e mais fortemente se configura a cada novo ato constituinte que o agente comete e que o início da contagem prescricional disciplinar conjuga a ocorrência de dois pré-requisitos - a consumação da ilicitude e o seu conhecimento por parte da Administração - tem-se que o marco inicial do prazo de prescrição deste único ilícito habitual se renova a cada novo ato constituinte cometido e se posterga à data do seu conhecimento por parte da Administração, por meio da autoridade. Daí, o fato de a Administração ter tomado conhecimento de uma determinada quantidade ou sequência de atos que, em seu conjunto, auferem o patamar de serem configuradores de um ilícito habitual mas ainda não ter instaurado o PAD ou sindicância disciplinar dentro do respectivo prazo prescricional contado a partir do primeiro ou até mesmo a partir do último ato constituinte desta sequência de atos, não necessariamente leva à efetiva configuração da prescrição. Tal entendimento deságua em que caso o agente venha a cometer novo ato constituinte daquele mesmo e único ilícito habitual ainda antes da instauração, e dele a Administração tenha conhecimento, o termo inicial da contagem renova-se e se desloca para a data de conhecimento deste último ato constitutivo. Em outras palavras, quanto ao primeiro momento de aferição da prescrição, o termo inicial renova-se a cada novo ato constituinte cometido de que a Administração venha a ter conhecimento, independentemente do tempo decorrido desde que se conheceram os primeiros atos.

Na linha já exposta em **2.5.3.4**, demonstra-se relevante que, em fase de admissibilidade, se esgotem as investigações acerca do cometimento de novos atos pontuais constitutivos daquele ilícito habitual e, tendo-se identificado o cometimento de ato mais recente, desloca-se o início da contagem do prazo prescricional agora para a data de conhecimento deste que é o novo último ato. Uma vez que a conduta ilícita como um todo, em sua natureza habitual, ainda não se exauriu, não se esgotou e se aperfeiçoa, se concretiza e se sedimenta sendo cometida pelo servidor a cada novo ato constituinte antes da instauração do PAD ou sindicância disciplinar, é lícito que a autoridade instaure o feito disciplinar ainda que se já tivesse como fluído o prazo prescricional se tomado em relação a atos constituintes anteriores daquele ilícito único.

E quanto ao segundo momento de aferição da prescrição, o conhecimento, já no curso do processo administrativo disciplinar, de novos fatos marcados pela habitualidade e referentes ao mesmo e único ilícito objeto daquele inquérito administrativo, assume relevo de modo a repercutir na fluência inicial do prazo prescricional. Esta posição fundamenta-se no fato de que, na infração habitual, o seu cometimento é dilatado no tempo, isto é, o ataque ao bem jurídico tutelado é prolongado na medida da prática reiterada de várias ações, que em conjunto configuram a conduta antijurídica. Neste compasso, a ciência de cada novo ato desenvolvido nos contornos jurídicos da habitualidade constitui o pré-requisito legal que faz novamente disparar a contagem da prescrição da ação disciplinar.

Em conclusão, dada a estrutura jurídica da infração habitual, que se configura mediante a prática reiterada de vários atos que integram o conjunto de condutas indesejável pelo ordenamento legal, a renovação do conhecimento relativamente a cada nova ação, que indica que o agente não cessou a habitualidade transgressora, repercute diretamente na retomada do início da contagem do prazo de prescrição, seja ainda na fase de admissibilidade, seja já no curso do processo administrativo disciplinar instaurado.

Esta construção, administrativamente, pode ser aplicável para ilícitos disciplinares que se aproximam do conceito de ilícito habitual, tais como a quebra do dever de ser assíduo e pontual ao serviço, estabelecido no inciso X do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, ou as infringências às proibições de exercer atividade incompatível com o exercício do cargo e, mais relevantemente, de participar da gerência ou da administração de sociedades ou de exercer o comércio e de proceder de forma desidiosa (mas que também pode se amoldar ao

conceito de ilícito continuado), estabelecidas nos incisos XVIII e X e XV do art. 117 da mesma Lei.

*Orientação Coger nº 28*

*O enquadramento no art. 117, X, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, requer a reiteração da conduta, não se consumando com atos pontuais ou eventuais, que, se tomados isoladamente, não atingem o patamar de ilicitude, conforme a doutrina define ilícito de natureza jurídica habitual.*

*Orientação Coger nº 29*

*À vista das definições doutrinárias de que ilícito habitual encerra uma única infração e de que sua prescrição começa a correr do último ato cometido, ainda que já tenham ocorrido atos enquadráveis no art. 117, X, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para os quais já se tenha fluído o prazo prescricional, o conhecimento de novos atos renova o termo inicial da contagem e possibilita a instauração de procedimento investigativo ou disciplinar.*

Do contrário do alegado acima para a primeira e para a terceira situações específicas, se poderia se deparar com as hipóteses absurdas de, por exemplo, se ter o conhecimento de que um servidor recusa-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado ou de que outro servidor participa da gerência ou da administração de uma sociedade mas que se permita defluírem os prazos prescricionais demarcados por tais conhecimentos e que os agentes prossigam nas respectivas condutas infracionais. De um lado, à vista tão somente daqueles atos de que inicialmente se teve conhecimento, restam prescritas as punibilidade e juridicamente irreparável o desequilíbrio interno causado pelas condutas infracionais e a Administração não dispõe de meios lícitos para invadir a órbita de direitos pessoais de seus servidores e compeli-lo a se trazer documentação atualizada ou a se afastar da gerência ou da administração societária; mas, de outro lado, é de se ponderar pela necessária solução jurídica, visto que também a mesma Administração não poderá conviver com situações anômalas e tolerar a estabilização de condutas ilícitas em seu próprio seio, em clara afronta à ordem jurídica. Diante de tais situações, cabe ao aplicador do Direito superar a interpretação simplesmente literal da norma (que induziria a declaração das prescrições desde o primeiro conhecimento de cada uma das duas ilicitudes aqui em exemplo por parte da Administração) e buscar alcançar a finalidade da Lei estatutária ainda que para isto se faça necessário permear-se dos dispositivos, institutos e conceitos de outros ramos do Direito, como é no caso a aplicação do entendimento da doutrina penal acerca da prescrição dos ilícitos de natureza permanente e habitual, com o que se preserva, por princípio de hermenêutica, a logicidade do ordenamento jurídico como um todo.

Na quarta situação específica, deve-se cuidar de diferenciar hipóteses acima abordadas em que se cogitou da postergação da deflagração do marco prescricional inicial de ilícitos únicos (sejam sob rótulo de ilícito permanente, sejam sob rótulo de ilícito habitual), da hipótese de a Administração estar diante do conhecimento de múltiplos ilícitos em concurso material e que se amoldam à definição penal de ilícitos continuados. Mesmo diante de ilícitos de natureza continuada, não se questiona a necessária unidade processual, à vista dos arts. 76 e 79 do CPP, de forma a se abarcarem em um único processo administrativo disciplinar todos os ilícitos continuados de que se tem conhecimento antes da instauração.

Sendo o ilícito continuado uma espécie de concurso material de infrações, é razoável que prevaleça para estes dois institutos a mesma regra jurídica acerca de cômputo prescricional diante de conhecimento de novos fatos por parte da Administração. À vista do comando do art. 142, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que não prevê a retroação do termo inicial da contagem para uma data anterior à ciência de novos fatos de natureza continuada, deve-se operar o cálculo da prescrição de forma individualizada, considerando a autonomia resultante do conhecimento particularizado de cada infração.

Neste diapasão, o reconhecimento da continuidade delitiva, relativamente às infrações

subsequentes, não altera a regra legal do cômputo da prescrição. Em outras palavras, seja ainda em fase de admissibilidade, seja já no curso do processo administrativo disciplinar, nos quais se investigam ou contraditoriamente se apuram o fato original, percussor da deflagração do procedimento em curso, e fatos novos em continuidade delitiva com aquele, deve-se avaliar a data de conhecimento de cada um deles isoladamente para efeito de aplicação do cálculo do prazo prescricional. A exemplo do que se aduziu na segunda situação específica, para ilícitos conexos, novamente deve-se antecipar a ressalva pertinente acerca do tema que vai ser tratado em **4.13.2**: no caso de vir ao conhecimento da Administração novos fatos continuados, computa-se o prazo prescricional da respectiva pena (se cabível) a partir da data em o fato se tornou conhecido, não havendo que se falar de também se aplicarem os prazos em que se mantém suspensa a contagem, de 140 dias em PAD ou de oitenta dias em sindicância disciplinar ou de cinquenta dias em rito sumário.

Todavia, caso haja um conhecimento diferido no tempo dos diversos ilícitos de natureza continuada - cuja definição penal já embute a ideia de que, de fato, são atos independentes uns dos outros mas que pedem unidade processual apenas por uma questão de economia processual e de política de execução criminal -, de forma que, para o conhecimento de algum(ns) deste(s) ilícito(s) já se tenha operado a prescrição e para outros ainda não, convém adotar postura mais cautelosa e diferente da defendida acima quando se tem um único ilícito permanente ou habitual e já de pronto desconsiderar do escopo instaurador aqueles ilícitos para os quais o tempo decorrido desde o conhecimento já faz operar a prescrição e de manter no foco apuratório somente aqueles ilícitos para os quais este efeito extintor da punibilidade ainda não se operou. Analogamente, caso haja resultados prescricionais diferentes para ilícitos de natureza continuada no curso do processo administrativo disciplinar (em razão de terem diferentes termos iniciais), devem o prosseguimento as conclusões e o julgamento se concentrarem apenas sobre aqueles ilícitos para os quais o prazo ainda não defluiu, descartando os demais já prescritos.

A quinta questão específica a se destacar, em que se analisa o início da contagem do prazo prescricional em diferentes procedimentos investigativos (destacadamente de natureza patrimonial), em razão de peculiaridades envolvendo cada um destes ritos, já descritos em **4.7.4.4.4**, deve ser desdobrada em diversas hipóteses.

Especificamente nos procedimentos investigativos de natureza patrimonial iniciados por provocação individualizada em face de determinado servidor - como sindicância patrimonial, por exemplo -, o prazo prescricional começa a contar do recebimento da denúncia ou da representação, pela autoridade titular de unidade na Secretaria da Receita Federal do Brasil ou pela autoridade correcional, ainda que esta peça inicial não contenha todos os elementos suficientes para deflagrar a instauração de qualquer rito, seja investigativo, seja disciplinar, conforme a regra geral já disposta em **4.13.1**. Como desdobramento deste entendimento, o mesmo também se aplica, como regra geral de uma representação, se o conhecimento da suposta irregularidade associada à desproporção patrimonial chega ao conhecimento do sistema correcional em razão de conclusão de ação fiscal promovida sobre o servidor em sua condição de contribuinte pessoa física: computa-se a deflagração do início da contagem prescricional da data em que a autoridade correcional (ou na data em que o titular da unidade fiscal, caso ocorra primeiro) tem conhecimento do resultado da fiscalização em que o agente foi autuado por fato gerador que também possa ter repercussão disciplinar (como, por exemplo, alguma espécie de omissão de rendimentos).

*Orientação Coger nº 14*

*Em procedimentos investigativos de natureza patrimonial iniciados por provocação, o prazo prescricional começa a contar do recebimento da denúncia ou da representação pelo titular de unidade ou pela autoridade correcional.*

Mas esta regra geral não se aplica especificamente aos procedimentos investigativos de natureza patrimonial iniciados de ofício, a partir de uma lista de servidores selecionados

após a submissão de todo o quadro funcional a um conjunto de parâmetros técnicos e impessoais, similar a um procedimento de malha, estabelecidos mediante critérios gerais e objetivos de seleção - como auditoria patrimonial e investigação patrimonial, por exemplo.

Para estes casos, antes, é de se introduzir que, imediatamente após a submissão de todo o quadro funcional ao procedimento de malha, extrai-se do sistema a lista bruta de servidores que incidiram naqueles parâmetros estabelecidos, sem ainda que se faça qualquer triagem sobre esta relação e que dela o Corregedor tenha conhecimento. Após esta introdução, refletindo-se a operacionalização atualmente empregada na investigação patrimonial, o prazo prescricional começa a contar a partir de um marco temporal liminarmente posterior, em que a lista, após ser submetida a uma primeira depuração sumária, ainda no âmbito da Coger/Divid, é entregue ao Corregedor e este, dela tomando conhecimento, emite a portaria, designando a equipe de investigação para trabalhar sobre os servidores selecionados que efetivamente serão submetidos ao rito investigativo, com o fim de se verificarem os casos em que os indícios de irregularidade se sedimentam ou não - destaque-se o início da contagem do prazo prescricional se dá na mesma data para todos os servidores selecionados, sem individualização.

Apenas no caso específico dos procedimentos iniciados por meio de auditoria patrimonial, aceita-se que o prazo prescricional, diferenciado para cada servidor selecionado, começa a contar da data do relatório do respectivo rito investigativo, formulado pela equipe de auditoria, na qual, somente então, a autoridade competente efetivamente tem notícia da confirmação dos indícios de irregularidade.

Indo além das especificidades dos ritos investigativos de natureza patrimonial, no caso de algum procedimento de investigação que tenha se iniciado mesmo sem uma notícia de suposta irregularidade, o seu relatório configura a primeira notícia e equivale a uma representação, configurando-se o conhecimento do fato no recebimento deste relatório na unidade da autoridade competente. Já nos demais procedimentos de investigação que tenham iniciado a partir de uma provocação (uma notícia de suposta irregularidade), cai-se na regra geral de o marco inicial ser a data do recebimento desta notícia pela autoridade correccional ou por qualquer autoridade titular de unidade.

Uma vez que, conforme já aduzido em **2.5.3.4**, podem ser incluídos, no escopo dos trabalhos, os fatos também associados à questão patrimonial pretéritos ou posteriores aos períodos denunciados ou representados (em sindicância patrimonial) ou aos períodos abrangidos nos critérios de seleção (em auditoria patrimonial ou investigação patrimonial) e ocorridos até a data da conclusão daquele procedimento, deve-se esclarecer, todavia, que, como regra geral, em razão da natureza jurídica do ilícito de índole patrimonial, estes acréscimos no alcance objetivo não possuem o condão de permitir que se considerem como fatos novos a deslocarem o início da contagem do prazo prescricional, que se mantém vinculado à regra geral já exposta para cada rito. Somente se cogita de se afastar deste entendimento conservador, a fim de considerar que os fatos novos atraem o termo inicial da contagem prescricional nas residuais hipóteses de se restringir a investigação original aos períodos denunciados ou representados (em sindicância patrimonial) ou aos períodos abrangidos nos critérios de seleção (em auditoria patrimonial ou investigação patrimonial) e de se representar para que seja instaurado novo procedimento para os fatos pretéritos ou posteriores ou de, não se confirmando os indícios em relação àqueles períodos denunciados ou representados ou aos períodos abrangidos nos critérios de seleção, o relatório do rito investigativo figurar como representação, hipóteses em que se pode iniciar a contagem do prazo prescricional para estes fatos novos a partir desta nova provocação.

*Orientação Coger nº 15*

*Não obstante não alterarem o início da contagem do prazo prescricional, podem ser incluídos, no escopo dos trabalhos de quaisquer procedimentos investigativos de natureza patrimonial, fatos novos também associados à questão patrimonial ocorridos em períodos anteriores ou posteriores àqueles*

*que deram ensejo à instauração do rito e dos quais se tem conhecimento em meio à instrução, desde que o ato de instauração não tenha delimitado o alcance temporal.*

Por outro lado, conforme já aduzido em **2.5.3.4**, uma vez que, à luz do art. 18 do CPP e da Súmula nº 524 do STF (que condicionam a reabertura de investigação criminal ou o início da ação penal, após arquivado o inquérito policial pela autoridade judiciária, ao surgimento de novas provas), o conhecimento, por parte da Administração, de fatos materialmente novos também associados à questão patrimonial e ocorridos nos períodos que tenham sido objeto de rito investigativo de natureza patrimonial (seja iniciado por provocação, seja iniciado de ofício) já arquivado pode suscitar o desarquivamento do procedimento original ou a instauração de novo procedimento, é aceitável que a contagem do prazo prescricional se reinicia na data do conhecimento deste fato novo.

*Orientação Coger nº 16*

*O conhecimento, por parte da administração, de fatos novos também associados à questão patrimonial e ocorridos nos períodos que tenham sido objeto de quaisquer procedimentos investigativos de natureza patrimonial já arquivados, pode suscitar a retomada das investigações.*

Na sexta situação específica, também conforme já aduzido em **2.5.3.4**, quando a equipe de auditoria ou de investigação ou comissão de sindicância, no curso de procedimentos investigativos de natureza patrimonial (sejam iniciados por provocação, sejam iniciados de ofício), identifica fatos novos que não guardam conexão ou relação de habitualidade ou sequer de continência com o fato original que provocou sua designação, estes novos fatos devem ser objeto de representação diretamente apresentada à autoridade instauradora. E esta representação deve ser formulada assim que tais fatos novos se revelem materializados, momento este que pode ser incidental, em meio à instrução do procedimento (hipótese em que não deve postergar esta provocação para o fim de seus trabalhos) ou, se for o caso, pode coincidir com as conclusões de seu relatório. Na regra geral já exposta na segunda situação específica para novos ilícitos independentes, estes fatos novos em questão têm o início da contagem do prazo prescricional desvinculado do fato original que provocou a designação, tendo seu termo inicial vinculado a seu específico conhecimento por parte da Administração, que se dá com a mencionada representação dirigida à autoridade instauradora, e a ser verificado até a publicação da portaria de instauração do feito disciplinar, em harmonia com o Parecer AGU nº GQ-55.

*Orientação Coger nº 17*

*Fatos novos dissociados da questão patrimonial que venham a ser identificados no curso de quaisquer procedimentos investigativos de natureza patrimonial devem ser objeto de representação, imediatamente após se revelarem materializados nos autos (seja incidentalmente em meio à instrução, seja no relatório) e têm o início da respectiva contagem do prazo prescricional desvinculado dos fatos originais de natureza patrimonial.*

E, por fim, no caso de notícia veiculada em mídia de expressão, circulação ou divulgação nacional, presume-se o seu conhecimento por todos (em que se inclui a autoridade) na data de sua divulgação. Advirta-se, no entanto, que divulgação de notícia de suposta irregularidade em meios de comunicação de pequeno alcance ou de circulação geograficamente limitada não goza da presunção de ostensivo conhecimento, podendo não ser considerada marco inicial da prescrição.

*“Notícias sobre corrupção e improbidade política e administrativa, caindo assim no domínio do conhecimento comum da comunidade nacional, e às vezes internacional, chegando a configurar o conceito jurídico de fato notório, não deixam margem para que as autoridades administrativas das repartições referentes justifiquem as suas omissões com alegação de que desconheciam tais denúncias.*

*Já que o notório é público e conhecido de todos, pode-se inferir que tais*

*matérias, uma vez veiculadas por jornais, revistas, rádio, televisão e outros meios de comunicação social, podem legitimar o início do prazo da prescrição disciplinar.” José Armando da Costa, “Controle Judicial do Ato Disciplinar”, pgs. 125 e 126, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2002*

Como são muitas as peculiaridades acerca do cômputo prescricional para o caso específico do ilícito de natureza jurídica instantânea de abandono de cargo, este ilícito merecerá abordagem individualizada em tópico próprio, em **4.13.4**.

#### **4.13.1.5 - Prescrição Antes de Instaurar o Rito Disciplinar (Prescrição em Perspectiva)**

Teoricamente, ainda que, em situação excepcional, se a manifestação positiva do juízo de admissibilidade se desse com o prazo prescricional vencido (em extensão ao que a doutrina penal denomina de prescrição em perspectiva ou antecipada ou virtual), já se figurando extinta a punibilidade, não se afastaria o dever legal de instaurar e de apurar, já que conceitualmente o processo não visa obrigatória e pré-concebidamente a punir, mas sim a esclarecer a verdade material. Relembre-se que o instituto da prescrição extingue a punibilidade estatal sobre o infrator e não o direito de ação, por parte da Administração. Assim, configurada de plano a prescrição punitiva, ainda poderia a Administração agir para apurar o fato, restando apenas fulminado um dos possíveis resultados da decisão decorrente, qual seja, o poder de punir o servidor. Neste caso, em harmonia com o comando do art. 112 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, já mencionado em **4.13**, sob amparo do art. 52 da Lei nº 9.784, de 29/01/99, pode a Administração abrir mão de seu direito de ação, nem sequer instaurando o processo cuja punibilidade já se avulta antecipadamente prescrita. Nesta hipótese, evidentemente, cabe à autoridade instauradora uma avaliação concreta das condicionantes do caso em tela, ponderando, de um lado, a aplicação dos princípios da legalidade, da oficialidade e da busca da verdade material, à luz também do princípio constitucional da eficiência e do princípio do interesse público.

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 52. O órgão competente poderá declarar extinto o processo quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente.*

Em primeira análise, em tal situação, quer parecer de maior relevância os princípios da eficiência e do interesse público, em detrimento do dever de apurar, de forma que, como regra geral, passível de decisões contrárias de acordo com a peculiaridade de cada caso, se apontaria pela não instauração diante da punibilidade prescrita. Esta recomendação pode ser feita com muito maior segurança quando o decurso de prazo entre o conhecimento do fato e a instauração é superior àquele previsto para prescrição das penas expulsivas, seja pelo inciso I, seja pelo § 2º (conforme se verá em **4.13.3**), ambos do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Todavia, diante de lapsos de tempo inferiores e/ou de indícios de cometimento de irregularidades de menor gravidade, para as quais cabem penas de advertência ou suspensão, de prazos prescricionais diferentes (180 dias ou dois anos), deve-se ter maior cautela diante da decisão de não instaurar, visto que a apuração poderia trazer à tona ilícitos mais graves, a princípio não vislumbrados.

Daí, o mais recomendável é apreciar, muito detidamente, se, da apuração, pode surgir, para o mesmo fato inicial, outro enquadramento mais grave associado à pena com prazo prescricional superior ou se pode surgir outro fato ilícito conexo de que não se tinha conhecimento ou outro responsável ou se o fato também pode configurar repercussão criminal, com a prescrição dada pela lei penal, e a ensejar provocação ao Ministério Público Federal, ou ainda repercussão civil, esta não afetada pela prescrição, mediante prosseguimento pelos órgãos competentes para instrumentalizar o ressarcimento. Por fim, cabe averiguar também se o caso em questão já não é objeto de precedente solicitação ou de requisição de investigação por parte do Ministério Público Federal, hipótese em que a decisão de prévio arquivamento requer ao menos a cautela de informar ao *Parquet* os motivos de

assim proceder.

Neste rumo, conforme já antecipado em 2.5.3, quando se analisou a fase de admissibilidade, merece destaque o posicionamento do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampado no Enunciado CGU/CCC nº 4, de 4 de maio de 2011, suprimindo a lacuna da lei, acerca da flexibilização do poder-dever a princípio imposto à autoridade competente para instaurar o processo administrativo disciplinar quando se verifica, em fase preliminar, a prescrição da punibilidade, concedendo-lhe a prerrogativa de ponderar as peculiaridades do caso concreto.

*Enunciado CGU/CCC nº 4, de 2011: “Prescrição. Instauração. A Administração Pública pode, motivadamente, deixar de deflagrar procedimento disciplinar, caso verifique a ocorrência de prescrição antes da sua instauração, devendo ponderar a utilidade e a importância de se decidir pela instauração em cada caso.”*

*“Se resta consumada a prescrição superveniente à abertura do processo administrativo disciplinar, pode-se aplicar o disposto na Lei Geral de Processo Administrativo da União: ‘Art. 52. O órgão competente poderá declarar extinto o processo quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente.’” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pg. 851, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Esta possibilidade de proceder a prévio arquivamento do feito antes mesmo de se deflagrar a instauração do processo contraditório ganha reforço quando se antecipa o teor do Parecer AGU nº GMF-3, que determinou o cumprimento, pela Administração, do acórdão do STF no Mandado de Segurança nº 23.262/DF, em que a Corte declarou inconstitucional o comando do art. 170 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e concedeu o não registro do fato apurado nos assentamentos do servidor impetrante. Uma das poucas justificativas que se poderia apresentar para a instauração de processo disciplinar em que já sabe de antemão extinta punibilidade pela prescrição era justamente a leitura positivada do princípio da oficialidade e da busca da verdade material com o fim de esclarecer o fato a ser registrado. Com a vedação a tal registro e com o resgate de fim meramente informativo e argumentativo de que, a rigor, no julgado, o STF declarou até mais (que, uma vez detectada a prescrição no curso de um processo disciplinar já iniciado, se deveria de imediato encerrar os trabalhos apuratórios inconclusos), tem-se mais estímulo para nem sequer deflagrar um novo processo. Se se teria amparo para parar um processo já em curso, com muito mais força se pode afirmar que também se pode nem sequer instaurar um novo.

Importante destacar que, em situações em que a instauração já se daria com a prescrição punitiva concretizada, se, por um lado, tem-se uma eficiente mitigação da legalidade extraída do art. 143 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de forma a restar não obrigatória a instauração de PAD ou de sindicância disciplinar, por outro lado, nada impede que a Administração, à luz das peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, possibilidades de repercussões de naturezas diversas, civis ou penais), decida pela instauração do rito disciplinar - desde seu nascedouro sabida a impossibilidade de repercussão punitiva administrativa. Em síntese, em tais casos, a Administração pode, mas não está vinculada, a proceder ao rito disciplinar, de forma que a concretização da prescrição antes da instauração não é, por si só, causa impeditiva à apuração fática contraditória e ao eventual prosseguimento de repercussões em outras instâncias.

Idêntica interpretação já foi exarada pela Advocacia-Geral da União, por meio da Nota Decor/CGU/AGU nº 73/2009-MCL, acatada pelo Despacho do Consultor-Geral da União nº 1.938/2009, em que se reproduziu passagem de outra Nota (Nota Decor/CGU/AGU nº 163/2008-PCN):

*Nota Decor/CGU/AGU nº 163/2008-PCN: “31. Face ao exposto, conclui-se que a prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública Federal não constitui causa prejudicial à instauração de Processo Administrativo Disciplinar para fins de apurar infração funcional imputada a servidor público. 33. Caso a infração seja capitulada como crime, deverão os autos ser remetidos para o Ministério Público, a fim de que adote as providências cabíveis (art. 172, da Lei nº 8.112/90). Constatado dano ao erário ou a terceiros, os autos deverão ser encaminhados ao órgão responsável para o ajuizamento da competente ação ordinária, face à imprescritibilidade da ação de responsabilização do servidor público (art. 37, § 5º, da Constituição Federal e art. 122, da Lei nº 8.112/90).”*

### **4.13.2 - Interrupção da Contagem do Prazo Prescricional e Retomada da Contagem**

Na hipótese de se ter instaurado validamente o processo ainda no curso do prazo prescricional, tem-se que esta instauração interrompe a contagem, desprezando-se todo o tempo que já havia transcorrido (“zerando” a contagem e mantendo-a assim por um determinado período), e com isto se afasta apenas a primeira forma de se aferir a prescrição.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 142.*

*§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.*

Todavia, no caso de ocorrerem prorrogações ou designação de novas comissões, bem como instauração de PAD em decorrência de sindicância disciplinar, a Administração não mais é beneficiada com nova contagem do prazo, pois a interrupção somente se dá uma única vez.

*Formulação Dasp nº 279. Prescrição*

*A redesignação da comissão de inquérito, ou a designação de outra, para prosseguir na apuração dos mesmos fatos não interrompe, de novo, o curso da prescrição.*

Destaque-se que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, determina que a instauração de sindicância disciplinar ou PAD interrompe a prescrição; entende-se que o legislador se referiu à sindicância disciplinar, prevista nos arts. 143 e 145 da Lei, ao amparo da interpretação sistemática da própria Lei (que se referiu apenas a esta espécie de sindicância disciplinar); caso se instaure sindicância investigativa ou qualquer outro tipo de procedimento de investigação disciplinar prévia, disciplinar ou patrimonial, não contraditório, não se configura a interrupção do prazo prescricional, mesmo que se faça com a formalidade de haver uma portaria de instauração ou de designação. Esta é a manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 1, de 4 de maio de 2011.

*Enunciado CGU/CCC nº 1, de 2011: “Prescrição. Interrupção. O processo administrativo disciplinar e a sindicância acusatória, ambos previstos pela lei n.º 8.112/90, são os únicos procedimentos aptos a interromper o prazo prescricional.”*

*STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10.316: “Ementa: A sindicância que interrompe o fluxo prescricional é aquela realizada como meio sumário de apuração de faltas e aplicação de penalidades outras que não a demissão, e não o procedimento meramente apuratório e esclarecedor de fatos, desprovido do contraditório e da ampla defesa e que não dispensa a posterior instauração do processo administrativo.”*

*STJ, Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 13.072: “Ementa: A sindicância só interromperá a prescrição quando for meio sumário de apuração de infrações disciplinares que dispensam o processo administrativo disciplinar. Quando, porém, é utilizada com a finalidade de colher elementos preliminares de informação para futura instauração de processo administrativo disciplinar, esta não tem o condão de interromper o prazo prescricional para a administração punir determinado servidor, até porque ainda nesta fase preparatória não há qualquer acusação contra o servidor.”*

*“(…) interrompemos a contagem do prazo prescricional quando da instauração da Comissão Sindicante Punitiva, da Comissão Disciplinar e da Comissão de Rito Sumário (por aplicação subsidiária).*

*Firmou-se o entendimento de que a modalidade de sindicância que interrompe a prescrição é a de cunho punitivo, por ser a que visa atender os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, assim como acontece no processo disciplinar e no rito sumário.” Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, “Processo Administrativo Disciplinar - Manual”, pg. 128, Editora Fórum, 1ª edição, 2007*

*“(…) a interrupção do prazo prescricional dá-se com a instauração de sindicância, mas não aquela de caráter meramente investigatório. A sindicância que interrompe é a outra, marcada pelo exercício do contraditório e da ampla defesa, com a qual a administração busca alcançar o acusado com a aplicação de uma pena.” Léo da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, pg. 253, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001*

Para este fim de demarcar o momento em que se interrompe a prescrição, menos ainda se deve confundir a instauração de rito disciplinar (PAD ou sindicância disciplinar), necessária para tal, com mera distribuição do processo para se proceder à fase de admissibilidade, pois se trata de dois institutos inconfundíveis. Por um lado, a fase de admissibilidade é apenas mero procedimento interno, sem publicidade e sem rito legal, em que se realizam investigações prévias para embasar a decisão da autoridade instauradora para instaurar ou não o PAD ou a sindicância disciplinar, à vista de um levantamento inquisitorial de indícios de materialidade e autoria de suposto ilícito funcional. Por outro lado, muito diferentemente, o PAD ou a sindicância disciplinar possuem poderes punitivos, submetem-se a todo o rito contraditório e obediente aos princípios reitores das garantias da defesa, são instaurados mediante ato formal (portaria da autoridade regimentalmente competente, designando comissão composta de servidores estáveis, publicada no meio interno).

Conforme já aduzido em **4.12.1**, a cuja leitura se remete, vale como demarcador da interrupção do prazo prescricional apenas a instauração válida de sindicância disciplinar ou PAD. Uma vez declarada nula esta instauração, juridicamente, é como se ela nunca tivesse existido. Neste caso, é relevante a avaliação da chamada prescrição em perspectiva.

*STJ, Mandado de Segurança nº 8.192: “Ementa: 6. Havendo anulação da sindicância, porque sua declaração determina a exclusão do mundo jurídico do ato viciado, o prazo prescricional da pretensão punitiva volta a ser contado da ciência, pela Administração, da prática do suposto ilícito administrativo.”*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/8.

*Nota Técnica Coger nº 2005/8: “Ementa: (...) Caso a Sindicância Disciplinar ou o PAD seja anulado desde o início, a interrupção do prazo de prescrição dar-se-á apenas com a instauração de uma nova Sindicância Disciplinar ou PAD. (...)”*

O fato de a Administração ter instaurado validamente o processo administrativo disciplinar de forma tempestiva afasta apenas a primeira forma de se aferir a prescrição, descrita em **4.13.1.5**, chamada prescrição em perspectiva. Mesmo instaurado o feito disciplinar, ainda pode ocorrer prescrição, seja no curso da apuração, seja no julgamento, até a

aplicação da pena, em razão da demora por parte da Administração em fazê-lo. Portanto, na verdade, como se vê, há dois momentos de se aferir o prazo prescricional. No primeiro, a Administração perde seu poder/dever de punir o infrator por, sabendo do cometimento de suposta irregularidade, não providenciar a tempo a exigida apuração. No segundo, após a instauração da apuração, a Administração pode vir a perder seu poder/dever de punir se, mesmo sabendo do cometimento da suposta irregularidade, não diligenciar para uma célere e eficiente apuração, deixando transcorrer longo prazo com o processo em curso, o que, por si só, como já visto em **4.3.7.1**, traz repercussões à vida funcional do servidor.

Com a instauração de sindicância disciplinar ou de PAD, a parte final do § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, determina a interrupção da prescrição, “até a decisão final proferida por autoridade competente”. Como se verá, esta expressão requer detida análise e interpretação, pois não se cogita de que bastaria à Administração determinar a tempestiva instauração e, a partir daí, poder dispor de todo o tempo que lhe conviesse para chegar a uma decisão final. Como se verá adiante, a Advocacia-Geral da União e a jurisprudência cuidaram de corretamente interpretar aquela expressão.

Antes de se prosseguir, reiterem-se os prazos que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, no parágrafo único do art. 145, no art. 152 e no § 7º do art. 133, respectivamente, considerou factível para se ter decisão final tempestiva em cada rito, somando-se o prazo de julgamento do art. 167 ou do § 4º do art. 133:

- sindicância disciplinar:  $30 + 30 + 20 = 80$  dias;
- PAD:  $60 + 60 + 20 = 140$  dias;
- e rito sumário:  $30 + 15 + 5 = 50$  dias.

#### **4.13.2.1 - Termo Final da Interrupção e Prescrição no Curso da Apuração (Depois de Instaurar o Rito Disciplinar)**

O Estatuto prossegue, reportando-se, no art. 142, § 3º, à hipótese esperada de a conclusão do processo ocorrer tempestivamente. Neste caso, aquela interrupção se mantém até o limite máximo da manifestação da decisão final, ou seja, até a lavratura deste ato de julgamento, por parte da autoridade competente (o que, na hipótese aqui tratada, se daria em menos de oitenta, 140 ou cinquenta dias, dependendo do rito).

Mas pode ocorrer de a conclusão do processo extrapolar este prazo legal. Neste caso, a expressão “até a decisão final proferida por autoridade competente” é interpretada como o prazo original (ou inicial ou previsto) que a Lei estabelece para que seja concluída a apuração em cada rito.

Ou seja, a interrupção se mantém até a data do julgamento, se este é tempestivo (em até oitenta, 140 ou cinquenta dias, dependendo do rito), ou até o prazo legal do rito, se o julgamento é intempestivo (em mais de oitenta, 140 ou cinquenta dias, dependendo do rito). A partir destes pontos, cessa a interrupção. Na verdade, em ambas hipóteses, opera-se aqui um efeito muito peculiar do regramento prescricional estabelecido pela Lei nº 8.112, de 11/12/90: a instauração válida do rito disciplinar interrompe a contagem do prazo prescricional e, ato contínuo, também suspende esta contagem até a decisão final (quando tempestiva) ou até o prazo legal em que se deveria ter esta conclusão (se a decisão final é intempestiva).

*Parecer AGU nº GQ-144, não vinculante: “7. Em harmonia com os aspectos de que o art. 142 destina-se a beneficiar o servidor e o respectivo instituto da prescrição objetiva imprimir estabilização às relações que se estabelecem entre a administração e os servidores públicos, obstando que se perpetue a viabilidade da sanção disciplinar, é válido asserir que:*

*a) interrupção do curso do prazo prescricional, como estatuída no § 3º, ocorre uma só vez quanto ao mesmo fato. Na hipótese em que a comissão não tenha*

*concluído seus trabalhos no prazo estipulado e, por esse motivo ou outro qualquer, imponha-se a continuidade da investigação, a instauração de outro processo não terá o condão de novamente interromper o prazo prescricional;*  
*b) a 'decisão final', capaz de fazer cessar a interrupção do prazo, é adstrita ao primeiro processo disciplinar válido, não se aproveitando a proferida noutra que, por qualquer razão, se tenha instaurado para dar seguimento à apuração do mesmo fato. Não ultimada a averiguação da falta, na data do término do prazo, incluído o dilatatório, portanto, carecendo o processo de 'decisão final', exaurem-se os efeitos da instauração e cessa a interrupção do transcurso do período prescricional, recomeçando a contagem de novo prazo, por inteiro (...)."*

A recomendação acima assumiu caráter normativo quando o Parecer AGU nº GQ-144 foi citado e sua tese ratificada pela Advocacia-Geral da União no Parecer AGU nº GQ-159, vinculante:

*"9. Assim sendo, torna-se apropriado realçar os fundamentos da juridicidade da orientação supra (...). É ilação indutiva do raciocínio de que o término dos prazos de averiguação da falta, incluído o dilatatório, e de julgamento, destarte, carecendo o processo de 'decisão final', cessa a interrupção do transcurso do período prescricional, reiniciando a contagem de novo prazo, por inteiro."*

Este também é o entendimento jurisprudencial e doutrinário:

*STF, Mandado de Segurança nº 22.728, Voto: (...) em se tratando de inquérito, instaurado este, a prescrição é interrompida, voltando esse prazo a correr novamente por inteiro a partir do momento em que a decisão definitiva não se der no prazo máximo de conclusão do inquérito, que é de 140 dias (artigos 152, 'caput', combinado com o artigo 169, § 2º, ambos da Lei 8.112/90)".*

*STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 23.436: "Ementa: A interrupção prevista no § 3º do artigo 142 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cessa uma vez ultrapassado o período de 140 dias alusivo à conclusão do processo disciplinar e à imposição de pena - artigos 152 e 167 da referida Lei - voltando a ter curso, na integralidade, o prazo prescricional."*

*"Vê-se, assim, a instituição de uma fórmula anômala de interrupção da prescrição, uma vez que a causa interruptiva (abertura de sindicância ou do processo disciplinar), ao mesmo tempo que corta, suspende até decisão final o prazo prescricional que vinha se projetando.*

*Fosse uma causa interruptiva simples, o mesmo dia da interrupção descortinaria o início de um novo prazo de prescrição. No caso positivo (art. 142, § 3º, da Lei nº 8.112/90), tais circunstâncias, interrompendo e suspendendo ao mesmo tempo, somente admitem a iniciação de um novo prazo prescricional a partir da 'decisão final proferida por autoridade competente'.*

*Vale destacar que tal decisão deverá ocorrer nos prazos legalmente deferidos pela lei para a conclusão da sindicância, que é de 80 dias. E para processo disciplinar, que é de 140 dias, conforme arts. 145, parágrafo único, 152 e 167 da Lei nº 8.112/90, respectivamente." José Armando da Costa, "Direito Administrativo Disciplinar", pgs. 262 e 263, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004*

Seja o julgamento tempestivo ou não (em até ou em mais de oitenta, 140 ou cinquenta dias, dependendo do rito), a partir daí do respectivo marco temporal associado a cada rito, como a interrupção havia "zerado" a contagem ocorrida desde o conhecimento do fato até a instauração, reinicia-se por inteiro a contagem do prazo prescricional (de 180 dias para advertência, ou de dois anos para suspensão ou de cinco anos para pena capital), não mais se interrompendo, independentemente até de prorrogações e designação de novas comissões e de instauração de processo administrativo disciplinar em decorrência de sindicância disciplinar.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 142.*

*§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.*

O presidente deve comunicar à autoridade instauradora a ocorrência de suspensão dos trabalhos da comissão, destacando-se que, com exceção de ordem judicial, razões tais como licença médica do acusado, falta de recursos financeiros para diárias e deslocamentos, aguardo de laudos periciais ou técnicos, dentre outros, não têm o condão de suspender o prazo prescricional.

*Portaria Coger nº 78, de 04/09/09 - Art. 1º*

*§ 4º Sempre que ocorrerem as hipóteses de suspensão dos trabalhos da comissão encarregada do processo administrativo disciplinar o presidente da comissão comunicará o fato à autoridade instauradora.*

Na hipótese de o julgamento ser tempestivo, ou seja, de se ter concluída a apuração e a autoridade já ter julgado dentro do prazo legal (em até oitenta, 140 ou cinquenta dias, dependendo do rito), a Administração tem a seu dispor todo o prazo prescricional da pena julgada para as providências finais, entre o julgamento e aplicação da pena. No segundo caso, em que o julgamento é intempestivo (em mais de oitenta, 140 ou cinquenta dias, dependendo do rito), a Administração tem a seu dispor todo o prazo prescricional da pena cabível para concluir a apuração, julgar e aplicar a pena. Neste segundo caso, então, na prática, a comissão pode ter para si os seguintes prazos, para que não incida a prescrição, extinguindo a punibilidade (somando-se o limite máximo dos ritos processuais e o prazo prescricional relativo à pena aplicada):

- em caso de advertência, a portaria de punição deve ser publicada:
  - em 260 (80 + 180) dias da instauração da sindicância disciplinar;
  - ou em 320 (140 + 180) dias da instauração do PAD em rito ordinário;
  - ou em 230 (50 + 180) dias da instauração do PAD em rito sumário (embora excepcional, existe esta possibilidade, conforme **4.11.1**);
- em caso de suspensão de até trinta dias, a portaria de punição deve ser publicada:
  - em dois anos e oitenta dias da instauração da sindicância disciplinar;
  - ou em dois anos e 140 dias da instauração do PAD em rito ordinário;
  - ou em dois anos e cinquenta dias da instauração do PAD em rito sumário (embora excepcional, existe esta possibilidade, conforme **4.11.1**);
- em caso de suspensão superior a trinta dias, a portaria de punição deve ser publicada:
  - em dois anos e oitenta dias da instauração da sindicância disciplinar posteriormente convertida em PAD (conforme já aduzido em **4.13.2**, não há nova interrupção e não se conta com a franquia de 140 dias do PAD);
  - ou em dois anos e 140 dias da instauração do PAD ordinário;
  - ou em dois anos e cinquenta dias da instauração do PAD em rito sumário (embora excepcional, existe esta possibilidade, conforme **4.11.1**);
- em caso de pena capital, a portaria de punição deve ser publicada:
  - em cinco anos e oitenta dias da instauração da sindicância disciplinar posteriormente convertida em PAD (conforme já aduzido em **4.13.2**, não há nova interrupção e não se conta com a franquia de 140 dias do PAD);
  - ou em cinco anos e 140 dias da instauração do PAD em rito ordinário;
  - ou em cinco anos e cinquenta dias da instauração do PAD em rito sumário;
  - ou, em caso de pena capital, decorrente de abandono de cargo, como há possibilidade

de também se configurar crime de abandono de função: caso tenha havido denúncia criminal ou instauração de ação penal, a portaria de punição deve ser publicada em dois anos e cinquenta dias da instauração do PAD em rito sumário, pois prevalece o prazo prescricional definido no CP, de dois anos, conforme se verá em **4.13.4**.

Na forma de tabela, sintetizam-se os seguintes prazos prescricionais a serem computados entre a data da publicação da portaria de instauração do rito e a data de publicação da portaria punitiva:

Penalidade	Em sindicância disciplinar	Em PAD sob rito ordinário	Em PAD sob rito sumário
Advertência	80 + 180 = 260 dias	140 + 180 = 320 dias	50 + 180 = 230 dias (excepcional)
Suspensão de até 30 dias	2 anos e 80 dias	2 anos e 140 dias	2 anos e 50 dias (excepcional)
Suspensão de 31 a 90 dias	2 anos e 80 dias (excepcional)	2 anos e 140 dias	2 anos e 50 dias (excepcional)
Penas expulsivas	5 anos e 80 dias (excepcional)	5 anos e 140 dias	5 anos e 50 dias

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/8.

*Nota Técnica Coger nº 2005/8: “Ementa: (...) O prazo prescricional começará a correr cessada a interrupção, ou seja, após 140 dias (PAD rito ordinário), 80 dias (Sindicância Disciplinar) ou 50 dias (PAD rito sumário). (...)”*

Em abordagem bem simples, é como se a Lei concedesse à Administração uma “franquia”, um período que, a critério do legislador, é o esperado e o suficiente para se concluir o apuratório disciplinar, dentro do qual não se cogita de cobrar da Administração, por meio da prescrição, a sua inércia ou demora. Após o esgotamento deste período franqueado, inicia-se, contra a Administração, a contagem do prazo prescricional. Daí, em reforço a outros motivos de ordem prática abordados em **3.4.2**, tem-se mais uma razão para não se recomendar a instauração de sindicância disciplinar com base na Lei nº 8.112, de 11/12/90: o menor prazo prescricional, pois, nela, a “franquia” após a interrupção é de apenas oitenta dias, enquanto no PAD é de 140 dias. Diante de situação fática que impõe apuração disciplinar, devendo-se seguir para ambos o mesmo rito contraditório, recomendando-se a designação também de um trio processante, e ainda se tendo menor prazo prescricional, não resta justificativa para instaurar sindicância disciplinar.

Relembre-se, de um lado, que, no caso de vir ao conhecimento da Administração novo fato conexo em sentido amplo (aí incluindo as hipóteses de conexão estrita, de ilícito habitual e de continência, que abarca o ilícito continuado), já em meio ao inquérito administrativo em curso, computa-se o prazo prescricional da respectiva pena (se cabível) a partir da data em o fato se tornou conhecido, não havendo que se falar de também se aplicarem os prazos em que se mantém suspensa a contagem, de 140 dias em PAD ou de oitenta dias em sindicância disciplinar ou de cinquenta dias em rito sumário.

Por outro lado, obviamente, caso, no curso do inquérito administrativo, a comissão elabore representação à parte, a prescrição da punibilidade referente a novos fatos independentes assume contagem autônoma em relação à prescrição dos fatos já inseridos no processo em andamento. A data do conhecimento, pela Administração, configuradora do termo inicial da prescrição da punibilidade associada a estes fatos novos, em tese, coincidirá com a data do recebimento, pela autoridade instauradora, da representação formulada pelo colegiado e, a partir daí, esta nova provocação do poder-dever da Administração passa a contar com seu cômputo autônomo da prescrição da punibilidade a ela associada.

Acrescente-se ainda que, caso a Administração efetivamente aplique determinada pena dentro do prazo prescricional (ou seja, dentro de 180 dias, de dois anos ou de cinco anos após

as “franquias” de oitenta, 140 ou cinquenta dias, dependendo da pena e do rito), e posteriormente esta apenação venha a ser anulada ou revogada administrativamente ou anulada judicialmente, terá se cessado a contagem do prazo prescricional na data da publicação do ato punitivo. Se houver interesse público e motivação para a retomada dos trabalhos, a Administração ainda contará com o saldo do prazo prescricional que não foi utilizado até a apenação anulada ou revogada, subtraindo o prazo total de 180 dias, dois anos ou cinco anos (dependendo da pena) do prazo que efetivamente voltou a fluir até aquela apenação, para voltar a processar o feito disciplinar. Em outras palavras, isto quer dizer que o prazo prescricional ainda restante independe do tempo decorrido desde a publicação da apenação anulada ou revogada até a retomada dos trabalhos. Ressalve que esta hipótese aqui abordada em nada se confunde com a hipótese de, antes da aplicação de qualquer pena, seja por entendimento da própria Administração, seja por ordem judicial, se anule ou se revogue parte dos trabalhos apuratórios e se os reinicie ou os retome, pois, neste caso, a contagem do prazo prescricional não sofre descontinuidade.

#### 4.13.2.2 - Suspensão por Determinação Judicial

Excepcionalmente, caso o acusado consiga determinação judicial para suspender o curso do processo, não se poderá imputar à Administração inércia no deslinde da questão. Daí, se o processo é sobrestado em decorrência de medidas judiciais tomadas pela parte, durante este sobrestamento, o prazo prescricional da punibilidade administrativa mantém-se suspenso, voltando a fluir do ponto em que parou quando cessarem os efeitos das ações judiciais, computando-se o tempo já decorrido antes da suspensão. O mesmo não se aplica quando o acusado obtém decisão judicial que apenas determina refazimento de determinado ato, sem impor a paralisação dos trabalhos.

*CC - Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:  
I - pendendo condição suspensiva;*

*Parecer PGFN/CDI nº 339/2005: “A respeito, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que, ocorrendo retardo em função de medidas tomadas por iniciativa do servidor impetrante, não se conta esse tempo para efeito de prescrição.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.095, Voto: “(...) não procede a alegação de prescrição por inércia da administração, pois a demora na conclusão do processo não ocorreu por culpa da administração, mas, ao contrário, pela suspensão do seu andamento, em decorrência dos vários pedidos de sobrestamento formulados pela própria impetrante, especialmente nas ações judiciais por ela intentadas, com vistas a procrastinar o compêndio administrativo.”*

*Idem: STJ, Mandado de Segurança nº 9.586 e Recurso em Mandado de Segurança nº 10.265*

*STJ, Mandado de Segurança nº 13.385: “Ementa: I - O deferimento de provimento judicial liminar que determina a autoridade administrativa que se abstenha de concluir procedimento administrativo disciplinar suspende o curso do prazo prescricional da pretensão punitiva administrativa.”*

*“Contudo, há uma exceção. O prazo prescricional pode ser suspenso por decisão expressa do Poder Judiciário. Assim, caso o acusado em um processo disciplinar, entendendo que seus direitos não estão sendo garantidos no decorrer daquele apuratório, recorra ao Poder Judiciário, pode o juiz determinar a suspensão dos trabalhos correicionais, até que o processo judicial chegue ao seu final.*

*Deste modo, se o Poder Judiciário determinar a suspensão dos trabalhos em um procedimento correicional, o lapso prescricional também será consequentemente suspenso. Nesta hipótese, cessando a causa que gerou a*

*suspensão - como, por exemplo, no caso de reforma da decisão prolatada pelo juízo que determinou a suspensão do processo - o curso da prescrição irá prosseguir do ponto que havia sido paralisada.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 405 e 406, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13*

*“Se, durante o curso do inquérito disciplinar, uma ordem judicial liminar suspende-lhe o andamento, como se conta o prazo (..)? Somente em decorrência de ordem judicial o prazo pode ser suspenso (ou interrompido), voltando a ser contado na hipótese de determinação no mesmo processo, para sua continuação.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 121, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

*“Gravíssimo problema ocorre quando, depois de aplicada uma penalidade de demissão, por exemplo, o servidor ingressa em juízo pedindo a anulação do processo e sua reintegração. Se nenhuma liminar for deferida, o servidor continuará demitido, a Administração não terá razões para abrir nenhum processo contra ele dentro do prazo recursal - pois o servidor está demitido - e quando o Poder Judiciário, sempre lento, decidir que o servidor deve ser reintegrado por alguma falha formal do processo, não haverá mais tempo para se instaurar novo processo administrativo disciplinar que corrija a falha apontada pelo Judiciário, porque entre a abertura do primeiro PAD e a data do julgamento da ação judicial, muito provavelmente já terão se passado mais de 5 anos e 140 dias. Neste caso a solução é sustentar que o Poder Disciplinar não pode ser penalizado por uma prescrição a qual não podia evitar e aguardar o que o Judiciário irá dizer.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 168, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

*“À luz dos parâmetros da justiça e da razoabilidade imanentes ao direito, deve prevalecer o raciocínio de que a ordem judicial, enquanto válida, tolhe ao Estado o exercício do seu direito de punir e, por conseguinte, suspende a prescrição, visto que não se cuida de inércia da Administração Pública em exercitar sua prerrogativa, mas de provimento judicial inibitório. O processo administrativo disciplinar poderá ser retomado tão-logo cessem os efeitos do decreto judicial. A partir de então retoma seu fluxo a contagem do prazo prescricional.*

*Não se poderá falar em interrupção da prescrição, contudo, se a Justiça apenas determina a repetição de ato processual, porque viciado por cerceamento de defesa ou outra falha imputável à própria Administração Pública, às autoridades administrativas instauradora e julgadora ou ao colegiado processante, visto que, nessa hipótese, o Estado, tendo violado direito ou garantia formal do acusado, não pode colher o benefício de interromper o lapso temporal de prescrição (...).” Antônio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pgs. 839 e 840, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

O tema foi abordado na Nota Técnica Coger nº 2005/8.

*Nota Técnica Coger nº 2005/8: “Ementa: (...). Em caso de sobrestamento judicial do PAD, não há fluência do prazo prescricional previsto no art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, enquanto vigorar a decisão da Justiça de manter o PAD suspenso. Cessado o efeito da decisão judicial, o prazo prescricional volta a fluir, aproveitando-se o tempo já decorrido antes da suspensão”*

### **4.13.3 - Hipótese de Crime**

Como uma exceção à regra geral da independência das instâncias, segundo o mandamento do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11/12/90 - *a priori* de natureza

impositiva, sem concessão de faculdade -, o prazo da prescrição penal (estabelecido no art. 109 ou no art. 110, ambos do CP) deverá ser aplicado em instância administrativa, no *quantum* temporal da punibilidade disciplinar, na hipótese de a infração estatutária ser também tipificada como crime (por exemplo, crimes contra Administração Pública, do CP, e contra a ordem tributária, da Lei nº 8.137, de 27/12/90).

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 142.*

*§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.*

*CP*

*Prescrição antes de transitar em julgado a sentença*

*Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 05/05/10)*

*I - em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);*

*II - em 16 (dezesesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);*

*III - em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);*

*IV - em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);*

*V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);*

*VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 05/05/10)*

*Prescrição das penas restritivas de direito*

*Parágrafo único. Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.*

*Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória*

*Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.*

*§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 05/05/10)*

Todavia, diante do silêncio da Lei nº 8.112, de 11/12/90, é controverso se, para aplicação do prazo prescricional penal, há ou não a necessidade de algum pré-requisito de concomitância fática na instância penal. Uma vez que a Lei não explicitou sequer se é de preponderar a resposta negativa, com que, neste extremo, ficaria a cargo da própria autoridade julgadora, ao julgar o feito com proposta apenadora, além de aquilatar o enquadramento correto, também avaliar a possível subsunção criminal a cada caso, menos ainda deixou claro, caso prepondere a resposta afirmativa, se tal marco autorizador requereria a instauração em sentido estrito de processo penal, como o meio instrumental em que transcorre a ação penal, ou se restaria satisfeito com a oferta de denúncia pelo Ministério Público Federal ou ainda pela simples deflagração da investigação criminal por meio da instauração do inquérito policial. A tarefa interpretativa cabe ao aplicador do Direito.

Neste rumo, preliminarmente, se informa que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido, em reiterados julgados, que o mero paralelismo entre o enquadramento administrativo e o tipo penal e a suposta existência de indícios de crime não são suficientes para a utilização do prazo prescricional penal; ou seja, segundo a Corte, não basta que o fato objeto da persecução disciplinar também encontre tipicidade criminal e seja capitulado como crime na lei penal ou que tão somente apresente indícios de crime para que a autoridade

administrativa possa avaliar a possível subsunção criminal e aplicar o prazo de prescrição previsto na lei penal, devendo haver algum grau de cognição penal para que se autorize a influência sob apreço. Todavia, mesmo no âmbito daquele Tribunal, não há uma absoluta convergência quanto ao exato nível de cognição penal exigido, ou seja, quanto ao pré-requisito necessário para que se possa considerar legítima a adoção do prazo da prescrição penal.

De um lado, mencionam-se alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça (situados entre 2007 e 2012 e abaixo reproduzidos na ordem cronológica do mais antigo para o mais recente) que estabelecem que, para que se tenha legítima a aplicação, em instância disciplinar, do prazo prescricional previsto na lei penal, não basta que o fato sob persecução administrativa possuidor de tipificação como crime tenha sido objeto apenas de investigação criminal no âmbito de inquérito policial, requerendo, de forma mais restritiva, que, em elevado grau de cognição criminal, concomitantemente, tenha sido instaurado o processo penal.

*STJ, Mandado de Segurança nº 12.090: “Ementa: 1. Nos casos em que o suposto ilícito praticado pelo servidor público não for objeto de ação penal ou o servidor for absolvido, aplica-se o disposto na legislação administrativa quanto ao prazo prescricional.*

*Voto: (...) destaca-se (...) a existência de Inquérito Policial em curso na Justiça Federal, mas não de ação penal, razão por que deve ser observado tão somente o prazo prescricional previsto na Lei 8.112/90.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 14.446: “Ementa: Ainda que a falta administrativa configure ilícito penal, na ausência de denúncia em relação ao impetrante, aplica-se o prazo prescricional previsto na lei para o exercício da competência punitiva administrativa; a mera presença de indícios de crime, sem a devida apuração em Ação Criminal, afasta a aplicação da norma penal para o cômputo da prescrição (RMS 20.337/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 07.12.2009), o mesmo ocorrendo em caso de o Servidor ser absolvido na eventual Ação Penal (MS 12.090/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 21.05.2007); não seria razoável aplicar-se à prescrição da punibilidade administrativa o prazo prescricional da sanção penal, quando sequer se deflagrou a iniciativa criminal.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 15.462: “Ementa: Quando o servidor público comete infração disciplinar também tipificada como crime, somente se aplicará o prazo prescricional da legislação penal se os fatos também forem apurados em ação penal.”*

*STJ, Recurso Especial nº 1.116.477: “Ementa: 1. A pretensão punitiva da Administração Pública em relação à infração administrativa que também configura crime em tese somente se sujeita ao prazo prescricional criminal quando instaurada a respectiva ação penal.”*

E, de outro lado, há diversos julgados - não só em maior quantidade mas também alguns mais recentes - do mesmo Superior Tribunal de Justiça que cogitam de que basta que o fato sob persecução administrativa também seja objeto de apuração na esfera criminal. Interpreta-se, com auxílio da doutrina especializada, que a expressão “apuração penal” compreende tanto a investigação criminal no âmbito de inquérito policial quanto a instrução processual penal, em instância estrita do processo penal (podendo-se acrescentar ainda o marco intermediário da oferta de denúncia criminal por parte do Ministério Público Federal). Assim, este posicionamento jurisprudencial requer menor grau de cognição criminal, autorizando que basta que seja inaugurada a persecução penal (e não necessariamente a instauração da ação penal) para que se tenha legítima a aplicação, em instância disciplinar, do prazo prescricional previsto na lei penal. Os julgados abaixo estão dispostos na ordem cronológica do mais antigo para o mais recente, de 2002 a 2013.

*STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10.699: “Ementa: 2 -*

*Não havendo crime, seja porque não denunciado um dos recorrentes, sendo o outro impronunciado por falta de provas, ausente o parâmetro da lei penal a regular o prazo extintivo da ação estatal, sendo, pois, a sanção de caráter administrativo. Regula, então, a prescrição, neste caso, a legislação relativa ao processo administrativo disciplinar.”*

*STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 14.420: “Ementa: A mera presença de indícios de prática de crime sem a devida apuração nem formulação de denúncia obsta a aplicação do regramento da legislação penal para fins de prescrição, devendo esta ser regulada pela norma administrativa.”  
Idem: STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 14.497*

*STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 13.134: “Ementa: O prazo de prescrição aplicável na espécie é a da lei administrativa. Para que incida o prazo da lei penal faz-se necessário não só o ato disciplinar como também a devida apuração criminal.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 9.772: “Ementa: 2. O prazo para a Administração aplicar a pena de demissão ao servidor faltoso é de 5 (cinco) anos, a teor do que dispõe o art. 142, inciso I, da Lei n.º 8.112/90. Entretanto, havendo regular apuração criminal, o prazo de prescrição no processo administrativo disciplinar será regulado pela legislação penal, que, in casu, consoante o art. 316 c.c. o art. 109, inciso III, do Código Penal, é de 12 (doze) anos.”*

*Idem: STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18.688*

*STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18.551: “Ementa: I - Não configurando a falta cometida pelo servidor ilícito penal, seja pela ausência de denúncia, seja pela ausência de pronúncia, aplica-se o prazo prescricional previsto na lei para o exercício da competência punitiva administrativa.”*

*STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.887: “Ementa: É firme o entendimento no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, havendo cometimento por servidor público de infração disciplinar também tipificada como crime, somente se aplica o prazo prescricional previsto na legislação penal quando os fatos também forem apurados na esfera criminal.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 12.884: “Ementa: Consolidou-se nesta Corte o entendimento de que, no caso de cometimento por servidor público de infração disciplinar também tipificada como crime, somente se aplica o prazo prescricional previsto na legislação penal quando os fatos também forem apurados na esfera criminal. Como na espécie não houve tal apuração, é de se aplicar o prazo prescricional de 5 anos, de acordo com o art. 142, I, da Lei nº 8.112/90.”*

*Idem: STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.087 e Mandados de Segurança nº 14.040 e nº 12.666*

*STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.180.500: “Ementa: 1. A previsão contida no § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/1990 - de que às infrações disciplinares, capituladas também como crime, aplicam-se os prazos de prescrição previstos na lei penal - deve ser afastada na hipótese em que os fatos não tiverem sido objeto de apuração na esfera criminal, como no caso ora examinado.*

*Relatório: (...) Inconformada, a União interpôs o presente agravo regimental sob a alegação de que ‘há entendimento do STF (MS 24.013) no sentido de que não é necessária a instauração de ação penal para que a Administração possa se utilizar do prazo prescricional da lei penal, quando o fato encaixa-se numa tipificação penal. (...)’.*

*Voto: (...) Quanto às alegações da União de que a decisão que deu provimento ao recurso especial teria violado os arts. 2º e 97 da Constituição Federal (princípio da separação de poderes e cláusula de reserva de plenário), bem*

*como teria destoadado do entendimento consolidado na Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal, penso que não é possível examiná-las. (...)*

*STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 38.992: “Ementa: 3. Para haver o cálculo da prescrição administrativa com atenção ao prazo previsto na legislação penal, resta imperioso que tenha havido, ao longo do período de processo disciplinar, a instauração de inquérito policial ou o ajuizamento de ação penal; providência que não foi realizada no caso concreto.”*

Diferentemente destes julgados sobre o tema por parte do Superior Tribunal de Justiça - em relevante quantidade e marcados pela adoção de uma postura, ainda que em maior ou em menor grau, de cautela e de conservadorismo -, as manifestações do Supremo Tribunal Federal são muito mais esparsas, no período de 2002 a 2013, e *a priori* demonstram um posicionamento menos exigente acerca da aplicação do prazo de prescrição penal à punibilidade disciplinar. A jurisprudência da Corte Suprema, inicialmente, se manifestou em dois julgados tão somente - em quase literal reprodução do texto legal - no sentido de que a adoção do prazo prescricional penal à punibilidade disciplinar se aplica à hipótese de a infração disciplinar também constituir crime, sendo mais factível - diante do não enfrentamento expresso da questão aqui analisada - cogitar de concordância com a desnecessidade de algum pré-requisito de concomitância fática na instância penal.

*STF, Mandado de Segurança nº 23.310: “Ementa: I - Inocorrência de prescrição: na hipótese de a infração disciplinar constituir também crime, os prazos de prescrição previstos na lei penal têm aplicação: Lei nº 8.112/90, art. 142, § 2º.”*

*Idem: STF, Mandado de Segurança nº 23.242*

Posteriormente, assumiu destaque uma decisão do Supremo Tribunal Federal indicando que, para incidência do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não se requer a instauração de processo penal, uma vez que prevalece o princípio da independência das instâncias penal e administrativa. Naquela oportunidade, em um caso de relevante repercussão de mídia, sobre a presente questão de relevo, a Corte tão somente manifestou, primeiramente sem inovar seus precedentes, que a tipificação criminal do ato sob apuração disciplinar é o que importa para a aplicação do prazo prescricional penal e, aí sim indo além de seus julgados anteriores, acrescentou que, satisfeita aquela condição material, não se tem como pré-requisito para tal aplicação a conclusão do inquérito policial (que, no caso concreto daquele julgado, ainda transcorria) e muito menos a conseqüente instauração da ação penal.

Todavia, se por um lado se tem uma decisão unânime do plenário da mais alta Corte do País, por outro lado, não se pode deixar de apontar que o respectivo voto não se dedicou a avaliar o ponto em que radica a controvérsia com os julgados do Superior Tribunal de Justiça, que é a necessidade ou não de deflagração da persecução criminal (visto que, no caso em concreto, já havia inquérito policial em curso) e, ademais, amparou-se no precedente de um dos dois outros julgamentos anteriores sobre o tema (mencionado acima), como se fosse análogo, quando, na verdade, neste julgado apontado como precedente, a situação era distinta, uma vez que não só já havia ação penal como até já havia transitado em julgado a condenação.

*STF, Mandado de Segurança nº 24.013: “Ementa: I. Processo administrativo disciplinar: renovação. Anulado integralmente o processo anterior dada a composição ilegal da comissão que o conduziu - e não, apenas, a sanção disciplinar nele aplicado -, não está a instauração do novo processo administrativo vinculado aos termos da portaria inaugural do primitivo. II. Infração disciplinar: irrelevância, para o cálculo da prescrição, da capitulação da infração disciplinar imputada no art. 132, XIII - conforme a portaria de instauração do processo administrativo anulado -, ou no art. 132, I - conforme a do que, em conseqüência se veio a renovar -, se, em ambos, o fato imputado ao servidor público - recebimento, em razão da função de vultosa importância em moeda estrangeira -, caracteriza o crime de corrupção passiva, em razão de*

*cuja cominação penal se há de calcular a prescrição da sanção disciplinar administrativa, independentemente da instauração, ou não, de processo penal a respeito.*

*Voto: A nova Comissão de Inquérito, nas conclusões de seu relatório preliminar, registrou que o impetrante recebeu, ‘em razão da função de titular da Assessoria de Orçamento, vantagens indevidas, consubstanciadas em alta soma de dólares americanos’, fato que, no seu entender, ‘tipifica a infração do art. 117, incisos IX e XII...’ (fl. 203). Esse primeiro entendimento resultou confirmado pelo relatório final, cujas conclusões se acham transcritas nas informações, à fl. 429. Desse modo, a atual controvérsia, como visto, resume-se à caracterização, ou não, da prescrição para a punição administrativa disciplinar do impetrante, o que se relaciona com a questão de ser, ou não, a infração a ele imputada igualmente capitulada como ilícito penal. A segunda questão condiciona a análise da primeira, posto ser decisiva para a aplicação ou do inciso I do art. 142 da Lei nº 8.112/90 ou do § 2º do mesmo dispositivo legal. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 23.242, Rel. Min. Carlos Velloso, entendeu que os atos descritos no mencionado inciso XII (‘receber propina, comissão, presente, ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições’) são tipificados no art. 317 do Código Penal (‘solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem’), o que importa a aplicação, no processo disciplinar, dos prazos prescricionais previstos na lei penal, como estabelecido pelo § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/90. Tal circunstância em nada se modifica pelo fato de o inquérito policial que investiga, na esfera criminal, o impetrante não haver sido concluído, uma vez que as instâncias penal e administrativa são independentes. (...)”*

Avançando na cronologia, eis que, ainda no Supremo Tribunal Federal, é de se mencionar recente julgado, no âmbito de Recurso Ordinário a um dos Mandados de Segurança acima citados em que o Superior Tribunal de Justiça, denegando a segurança pretendida pelo autor, reiterou o entendimento da necessidade de haver ao menos a apuração em esfera criminal para se poder aplicar o prazo prescricional penal à instância disciplinar. A Corte Suprema, ao negar provimento ao recurso, ao mesmo tempo em que não criticou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mencionou como seu precedente o julgado acima reproduzido.

*STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 30.965, Voto: “4. No julgamento do Mandado de Segurança n. 14.040, a Terceira Sessão do Superior Tribunal de Justiça afastou a alegada prescrição da pretensão punitiva disciplinar ao fundamento de que o prazo prescricional para a aplicação da pena seria de vinte anos, por se tratar de infração tipificada também como ilícito penal. (...).*

*Diferentemente do que pretende o Recorrente, o prazo quinquenal estabelecido no art. 142, inc. I, da Lei n. 8.112/1990 não se aplica ao caso vertente. A contagem do prazo prescricional quando a infração disciplinar for tipificada como crime está regulada no § 2º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990, que estabelece que ‘os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime’.”*

Por fim, merece destaque o julgado mais recente exarado pela Suprema Corte acerca do tema em baila, em que, não obstante a ementa ser por demais concisa, o voto relator, ao apontar como condição suficiente para atrair o prazo prescricional penal para a instância disciplinar a instauração de ação penal, aponta para uma tendência de harmonização não só com o entendimento já majoritariamente reinante no Superior Tribunal de Justiça, qual seja, da necessidade ao menos de deflagração da persecução penal, quanto até mesmo com o entendimento mais restritivo desta Corte, exigidor da ação penal.

*STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32.034: Voto: “4.*

*Ademais, consta do acórdão recorrido que as condutas imputadas aos Recorrentes (emissão de laudos de vistoria falsos, autorizações irregulares para transporte de produto florestal e recebimento de vantagem indevida) ensejaram a instauração de ações penais, situação suficiente para atrair a incidência do § 2º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990, como se tem nos seguintes precedentes:”*

Menciona-se que o entendimento que concede à autoridade administrativa a capacidade de aquilatar se determinada conduta amolda-se a alguma tipicidade penal, foi adotado em manifestação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Comissão de Coordenação de Correição da CGU (CGU/CCC), estampada no Enunciado CGU/CCC nº 5, de 19 de outubro de 2011.

*Enunciado CGU/CCC nº 5, de 2011: “Prescrição disciplinar. Crime. Persecução penal. Para aplicação de prazo prescricional, nos moldes do § 2º do art. 142 da Lei 8.112/90, não é necessário o início da persecução penal.”*

Não obstante, mesmo após a edição do Enunciado CGU/CCC nº 5, de 2011, em duas ocasiões, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional já se posicionou de forma cautelosa e conservadora acerca da aventada desnecessidade de qualquer grau de cognição penal, como pré-requisito concomitante na instância criminal, para adoção do prazo de prescrição penal na punibilidade administrativa. Primeiramente, o órgão de assessoramento jurídico do Ministério da Fazenda ressaltou que o tema do Enunciado ainda não é objeto de entendimento jurisprudencial pacificado e, com maior ênfase, na segunda oportunidade, se posicionou de forma contrária a seu teor.

*Parecer PGFN/Cojed nº 577/2013: “22. Dessa forma, constata-se que o tema objeto do Enunciado CGU nº 05 ainda não se encontra consolidado em nossos Tribunais Superiores. (...)*

*23. Assim, considerando igualmente a inexistência de orientação específica da Advocacia-Geral da União - AGU acerca da aplicação do disposto no art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, recomenda-se, por cautela, que, no caso concreto, se utilize o prazo prescricional administrativo.*

*25. Considerando a ausência de persecução penal dos fatos apurados nos autos do PAD (...) e diante da divergência jurisprudencial acerca da aplicação do disposto no art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, recomenda-se, no caso concreto, por cautela, a utilização do prazo prescricional administrativo.”*

*Parecer PGFN/Cojed nº 1.172/2013: “36. Por outro lado, conforme já manifestado ao longo da presente peça opinativa, discorda-se, em parte, da orientação emitida pelo Enunciado CGU nº 05, em especial quando não há persecução penal do caso. Explica-se.*

*37. O sistema jurídico pátrio consagra o que se denomina de independência entre as instâncias civil, penal e administrativa. Em decorrência, cometida uma suposta irregularidade administrativa por parte de agente público que também possa trazer repercussão na esfera penal, pode/deve a Administração Pública promover a imediata apuração independentemente da atuação dos órgãos criminais.*

*40. A previsão exposta no art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, traduz-se numa mitigação à independência das instâncias, na medida em que afasta a aplicação dos prazos prescricionais administrativos e traz para a esfera disciplinar os prazos prescricionais penais, para os casos em que especifica. Ou seja, trata-se de uma exceção, que, segundo regras de hermenêutica jurídica, deve ser interpretada de forma restrita, sob pena de desvirtuamento.*

*41. A utilização do prazo prescricional penal na esfera administrativa deve ser feita de forma reservada, restringindo-se aos casos em que já tenha sido deflagrada a atuação dos órgãos criminais competentes. Não deve a administração, no uso de seu poder disciplinar, decidir se determinada infração disciplinar configura tipo penal e, conseqüentemente, utilizar a permissão insculpida no art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990. Uma vez*

*constatada a existência de indícios do cometimento de algum ilícito penal a providência a ser adotada pela Administração é o de efetuar a imediata comunicação a quem de direito, para adoção das providências cabíveis.*

*43. Verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça, a quem compete a verificação da legalidade e uniformização da jurisprudência de normas infraconstitucionais federais, tem posicionamento pacífico no sentido contrário ao do Enunciado CGU nº 05 (...).*

*Ademais, tem-se que o julgamento do Supremo Tribunal Federal (MS 24013/DF) tido como paradigma para a elaboração do Enunciado CGU nº 05 não teve como objeto de análise a utilização em abstrato do estabelecido no art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, sem o início da persecução penal, tendo em vista que no caso concreto houve a prévia instauração de inquérito policial. Inclusive no julgamento citado como precedente (MS 23242/SP) houve, simultaneamente à apuração disciplinar, a deflagração da ação penal. Ou seja, é temerário concluir que o STF tenha se posicionado de forma expressa pela aplicação do prazo prescricional penal na esfera disciplinar-administrativa sem a prévia deflagração da persecução penal.”*

Depreende-se que, no contexto da lacuna legal, da jurisprudência controversa e da ausência de doutrina, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional indica a adoção de um entendimento mais conservador e cauteloso, na linha majoritariamente adotada por julgados até mais recentes do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de se condicionar a aplicação do prazo prescricional da lei penal ao fato objeto da persecução disciplinar e que tenha tipicidade criminal à existência de mínima cognição penal, por meio da apuração penal, ou seja, ao menos, à abertura de inquérito policial - obviamente, com o que também se satisfaz se houver níveis crescentemente mais elevados de cognição penal, tais como o marco intermediário da oferta de denúncia criminal por parte do Ministério Público Federal (até porque, como é sabido, nem sempre obrigatoriamente há a instauração do inquérito policial) e a efetiva instauração do processo penal.

A análise conglobante de todas as fontes informadoras do tema, na linha de integração do silêncio do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que introduz uma excepcional mitigação à regra geral da independência das instâncias, no que diz respeito a se exigir ou não pré-requisitos fáticos para a aplicação do seu comando, esclarece que a jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça é favorável a que se tenha algum grau mínimo de cognição penal, qual seja, ao menos a deflagração da apuração em instância criminal. Ademais, a leitura cautelosa do julgamento do Supremo Tribunal Federal tido como paradigmático não expressa a desnecessidade de abertura de inquérito policial ou de oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público Federal, mas sim apenas dispensa a instauração de processo penal. Merece menção que o Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente a favor da tese da necessidade de apuração na esfera criminal, no âmbito de Agravo Regimental em Recurso Especial, enfrentou o questionamento da União de que deveria prevalecer o julgamento da Corte Suprema indicando desnecessidade de qualquer pré-requisito e, ainda assim, manteve a linha jurisprudencial daquele Tribunal. Também é de se destacar que o próprio Supremo Tribunal Federal, no mais recente de todos os julgados aqui mencionados, também já passou a sinalizar a adoção da tese majoritariamente esposada pelo Superior Tribunal de Justiça. Em complemento, as manifestações da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional também propugnam pela adoção de posicionamento cauteloso e conservador, no sentido de, caso não haja sequer deflagração de persecução criminal, com abertura de inquérito policial, ou não haja denúncia por parte do Ministério Público Federal, que se adote o prazo prescricional previsto no art. 142 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

À vista disto, não obstante a natureza vinculante do Enunciado CGU/CCC nº 5, de 2011, sobre as unidades seccionais de correição, como é o caso da Coger, e o já não tão recente julgamento isolado do Supremo Tribunal Federal que foi tomado como paradigma daquela manifestação administrativa, acima reproduzidos, soa mais sensato à unidade

correcional executora antenar-se com o entendimento da Corte Superior de uniformização do ordenamento infraconstitucional federal, na qual irremediavelmente deságua a imensa maioria das provocações ao Poder Judiciário sobre matéria disciplinar. Em outras palavras, ainda não havendo um sólido consenso acerca do comando estatuído no Enunciado CGU/CCC nº 5, de 2011, convém que o emprego, em instância disciplinar, do prazo prescricional previsto em lei penal somente se dê quando houver cognição penal, nos moldes compreendidos pelo Superior Tribunal de Justiça, visto que tal postura, em regra, reflete posição mais conservadora a favor de menor prazo prescricional da ação punitiva estatal (salvo algumas exceções, pelo menos em termos de penas *in abstracto*, o prazo prescricional penal é maior que cinco anos).

Com isto, de imediato, sedimenta-se a resposta ao primeiro questionamento a provocar o tema em tela: há sim a necessidade de cognição penal para que se autorize a aplicação do prazo prescricional penal na esfera disciplinar. Em socorro a este entendimento, relembre-se que o mesmo ocorre - e de forma totalmente pacificada e remansosa na jurisprudência e na doutrina, conforme exposto em **4.7.4.1.1** -, quando se cogita de aplicação da pena de demissão enquadrada no art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, em razão do cometimento de crime contra a Administração Pública. Ora, à vista da necessária interpretação sistemática a se extrair do mesmo diploma legal, se, naquele ponto, já não mais se discute que a simples menção a crime não dispensa que a autoridade administrativa atente para a manifestação da instância judicial competente, que é a instância penal manejada pelo Poder Judiciário, outra não pode ser a conclusão no tema em apreço, de que a incidência do prazo prescricional penal na instância disciplinar requer algum grau de cognição penal.

*Orientação Coger nº 18*

*Para a aplicação do prazo prescricional penal na instância disciplinar, não bastam a suposta presença de indícios de crime e o mero paralelismo entre o enquadramento administrativo e o tipo penal, requerendo-se cognição penal.*

E, avançando na análise, sob o reforço da argumentação de que se trata de mitigação do princípio da independência das instâncias, clama-se, por óbvio, por interpretação restrita a indicar aplicação residual e excepcional. Dito isto, relembre-se que o ordenamento jurídico pátrio reconhece que o nível de cognição necessário para que se possa, com satisfatório grau de segurança jurídica eliminadora de precipitações, assumir a adequação de uma conduta a um tipo penal reside na manifestação da primeira autoridade competente para dizer do crime, qual seja, no recebimento de denúncia pelo juiz criminal - competência esta que não possuem a autoridade policial e o membro do Ministério Público Federal, respectivamente ao conduzir o inquérito policial e a ofertar denúncia. Daí, uma vez que se trata aplicar uma interpretação que, em geral, atuará em favor da Administração e contrariamente aos interesses da defesa (aumentando, na maioria das vezes, o prazo prescricional), é se amparar no extremo mais cauteloso e conservador dentre as possibilidades para, enfim, se adotar a tese manifestada em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, de se exigir como pré-requisito fático para a incidência do art. 142, § 2º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, o relevante grau de cognição penal que se reconhece existir no recebimento da denúncia por parte do juiz criminal - ou seja, a existência de ação penal em sentido estrito -, em razão do mesmo fato objeto da instância disciplinar.

*Orientação Coger nº 19*

*Uma vez que o ordenamento reconhece que o grau de cognição penal mínimo necessário para se cogitar de subsunção de uma conduta a um tipo criminal reside na manifestação da primeira autoridade competente para dizer do crime, o pré-requisito fático para se autorizar a vinculada aplicação do prazo prescricional penal na instância disciplinar é o recebimento da denúncia pelo juiz criminal.*

*“Portanto, (...) para usar a prescrição penal no PAD é preciso que a denúncia ministerial seja aceita e a ação penal esteja instaurada. Concorda-se com essa condição porque o nível de cognição necessário para que se admita reconhecer*

*a adequação de uma infração disciplinar a um tipo penal reside na manifestação da autoridade competente para dizer do crime, que é o juiz criminal. Como falece essa competência à autoridade policial e ao membro do MPF, no curso do inquérito policial e na oferta da denúncia, não é aceitável que se vincule a prescrição administrativa a procedimentos conduzidos por autoridades sem poder de decisão sobre o crime, o que só é dado ao órgão judicial”, Luciano Rosa Vicente, “Qual a Condição para Aplicar os Prazos Prescricionais Penais no Processo Administrativo Disciplinar Federal?”, Revista Fórum Administrativo, nº 185, pgs. 74 a 84, Editora Fórum, julho de 2016*

Neste rumo, tendo em vista a independência das instâncias, ainda que o fato pareça conter indício de crime e até tenha sido objeto de atuação da autoridade policial e do membro do Ministério Público Federal, em termos práticos, deve o agente administrativo ter como horizonte de seu trabalho o prazo prescricional da Lei nº 8.112, de 11/12/90, qual seja, de cinco anos para penas expulsivas, devendo a comissão e a autoridade julgadora envidarem todos os esforços para que o PAD sempre seja concluído e julgado em até cinco anos e cento e quarenta dias da instauração, diante do risco de a utilização do prazo *a priori* maior poder vir a sofrer questionamentos judiciais, caso não tenha havido a instauração de ação penal.

Ratifique-se, à vista de todo o exposto, que, uma vez configurados os pré-requisitos fáticos concomitantes em instrução processual penal em face de conduta que possui verossimilhança e subsunção criminais, é inafastável a incidência do prazo prescricional previsto no CP, visto que o comando do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, não comporta discricionariedade.

À luz do amparo inegavelmente concedido pelo Enunciado CGU/CCC nº 5, de 2011, não cabe aqui negar a plausibilidade e até a legalidade de a comissão processante manifestar em seu relatório e assim também entender a autoridade administrativa competente para o julgamento que o fato sob apuração, além de permitir o enquadramento administrativo, também podendo configurar crime, pode autorizar a adoção do prazo prescricional penal, mesmo sem o necessário grau de cognição penal. A Administração pode adotar o discurso institucional de que, embora não seja ilegal seguir, no tema em tela, o comando do Enunciado CGU/CCC nº 5, de 2011, e a referência ao julgado isolado e mais antigo do Supremo Tribunal Federal (quais sejam, de que assiste à autoridade administrativa a capacidade para aquilatar a verossimilhança e a subsunção criminais da conduta concreta, independentemente de provocação da esfera criminal), opta, conservadora e cautelosamente, diante da lacuna da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e da controvérsia jurisprudencial, a condicionar a incidência do § 2º do art. 142 da citada Lei à existência de pré-requisitos fáticos concomitantes em esfera processual penal no elevado grau de cognição acima defendido.

Neste rumo, pode-se defender a possibilidade de a Administração se socorrer do Enunciado CGU/CCC nº 5, de 2011, e daquele paradigmático julgado do Supremo Tribunal Federal para, diante de caso específico de extrapolação do usual prazo quinquenal para punibilidade expulsiva em que não se tenha sequer a deflagração de apuração em instância criminal e muito menos a instauração de ação penal, levar o apuratório adiante e não declarar de ofício a prescrição administrativa, adotando o prazo prescricional penal com o fim de aplicar a pena cabível. Aliás, esta possibilidade de um emprego residual encontra amparo na manifestação referencial expressada pela CGU. Não obstante, também é de se deixar inequívoco o risco de decisão judicial contrária a que o agente administrativo e a autoridade julgadora expõem o resultado final do trabalho ao assim computar a prescrição.

*“Assim, evidencia-se que o Estado-Administração tem liberdade para analisar os diversos elementos do tipo penal e decidir se o ilícito disciplinar também se apresenta como um fato criminoso, aplicando, consequentemente, prazo prescricional diferenciado para o exercício da sua pretensão punitiva. Deste modo, a autoridade administrativa, antes de determinar o arquivamento*

*de um processo correicional, devido ao lapso prescricional máximo de cinco anos já ter transcorrido, deve ter a cautela de examinar o ilícito funcional sob a ótica do direito penal, o que poderá apontar a possibilidade de aumento daquele prazo e conseqüentemente a manutenção do ius puniendi da Administração.”, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 412, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf> acesso em 07/08/13*

Superadas as controvérsias em torno da necessidade ou não de existência de elevado grau de cognição penal como pré-requisito fático concomitante na esfera criminal, passa-se a abordar os questionamentos acerca da forma de se instrumentalizar a aplicação do prazo prescricional penal na instância disciplinar.

De um lado, se poderia cogitar da integral migração da forma como a instância penal opera o instituto da prescrição, com a qual se faria refletir, no que coubesse, na instância administrativa, os comandos inseridos nos arts. 111 a 118 do CP. Nesta linha, a mais imediata comparação que se faria seria a do termo inicial da contagem do prazo prescricional, qual seja, conforme a regra geral do art. 111 do CP, se contaria o prazo prescricional a partir do dia da consumação da conduta ilícita e não do conhecimento do fato. Também se poderia questionar se as diversas hipóteses suspensivas e interruptivas do curso da prescrição, todas de exclusiva conotação penal, respectivamente previstas em dois incisos e em um parágrafo do art. 116 do CP e em seis incisos do art. 117 do CP, teriam aplicabilidade na instância disciplinar.

Todavia, nenhuma destas possibilidades se sustenta, visto que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seu art. 142, ao tratar da prescrição, excepcionou a favor da influência penal exclusivamente a transposição do prazo da prescrição, conforme a literalidade do § 2º, nada prevendo de alteração na forma administrativa de cálculo prescricional. Ou seja, configuradas as condições fáticas para que incida o comando do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, na hipótese de o ilícito disciplinar em apuração também configurar crime, impõe-se tão somente que se substitua na contagem da prescrição da pena administrativa o prazo (o *quantum* de tempo) prescricional que a lei penal prevê para aquele ilícito criminal, mantendo-se a forma de computar a prescrição da instância administrativa. Em outras palavras, na hipótese em tela, mantêm-se inalterados os conceitos de que o termo inicial do prazo prescricional se dá com o conhecimento do fato por parte da Administração (e não com o cometimento do fato); de que, uma vez conhecido o fato, a instauração do PAD ou da sindicância disciplinar tem de se dar dentro do prazo prescricional e interrompe a prescrição; de que a interrupção cessa-se, por uma única vez, sem nenhuma aplicabilidade disciplinar das hipóteses previstas nos seis incisos do art. 117 do CP, em cinquenta, oitenta ou 140 dias, de acordo com o rito; de que, a partir daí, computa-se na íntegra o prazo prescricional; e de que somente por determinação judicial é que se suspende a contagem da prescrição, restando também inaplicáveis as três possibilidades suspensivas do art. 116 do CP. A única especificidade que se tem na hipótese em tela é que o prazo (o valor temporal) prescricional, seja para instaurar após o conhecimento do fato, seja para aplicar a pena após cessada a interrupção, é aquele que a lei penal prevê para a prescrição do crime (e não o de cinco anos, por exemplo, para as penas expulsivas administrativas).

*Orientação Coger nº 20*

*Estando satisfeito o pré-requisito de cognição penal, transpõe-se para a instância disciplinar tão somente o quantum do prazo prescricional penal, mantendo-se a instrumentalização estatutária para cômputo da prescrição da punibilidade disciplinar.*

A interpretação acima, acerca da manutenção da forma de cômputo da prescrição administrativa, aplicando-se apenas o prazo da lei penal quando o ilícito disciplinar também configura crime, encontra apoio na jurisprudência não só administrativa mas também do

Superior Tribunal de Justiça e na doutrina, *verbis*:

*Parecer PGFN/Cojed nº 1.172/2013: “32. Alerta-se, por oportuno, que, embora se aplique o prazo previsto na seara penal, a sua aplicação na esfera administrativa é regida pelas normas administrativas. Ou seja, não obstante a aplicação dos prazos de prescrição da lei penal, as hipóteses de início, interrupção e suspensão da Lei nº 8.112, de 1990, continuam a ser aplicáveis porque ali se encontram previstas expressamente.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 10.078: “Ementa: 2. Havendo o cometimento, por servidor público federal, de infração disciplinar capitulada também como crime, aplicam-se os prazos de prescrição da lei penal e as interrupções desse prazo da Lei 8.112/90, quer dizer, os prazos são os da lei penal, mas as interrupções, do Regime Jurídico, porque nele expressamente previstas. Precedentes. 3. A Administração teve ciência, em 22/5/1995, da infração disciplinar praticada pelo impetrante, quando se iniciou a contagem do prazo prescricional que, todavia, foi interrompido com a abertura da sindicância, em 16/9/1995. Ocorrendo o encerramento dessa investigação em 15/12/1995, a partir desta data o prazo de prescrição começou a correr por inteiro.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 9.568: “Voto: (...) Da leitura dos referidos dispositivos legais, conclui-se que, havendo o cometimento, por servidor público federal, de infração disciplinar capitulada também como crime, observam-se os prazos de prescrição da lei penal. Deduz-se, também, que a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição. (...) De outra parte, não obstante a aplicação dos prazos de prescrição da lei penal, as hipóteses de interrupção da Lei 8.112/90 continuam a ser observadas porque ali se encontram previstas expressamente.”*

*Idem: STJ, Mandado de Segurança nº 9.772 e Recursos em Mandado de Segurança nº 13.395, 15.585, 17.882, 18.319 e 21.930*

*“Observe-se que apenas os prazos da prescrição penal serão utilizados pela esfera administrativa, e não a forma de contagem, pois o § 2º do art. 142 da Lei 8.112/90 se referiu expressamente aos prazos e não à forma de contagem.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 168, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Vencidas as controvérsias acerca da necessidade ou não de pré-requisitos fáticos concomitantes na instância criminal e acerca da forma de se operar o instituto da prescrição, uma vez que o dispositivo em comento da Lei nº 8.112, de 11/12/90, traz à tona o prazo prescricional penal, faz-se necessário abordar a diferenciação naquele prazo que o CP estabelece para a prescrição penal antes ou depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, de acordo com os arts. 109 e 110 do CP. Antes do referido trânsito em julgado, verifica-se a prescrição penal em função da pena *in abstracto* (ou seja, a prescrição é configurada de acordo com a pena máxima prevista no tipo penal abstratamente), dada no art. 109 do CP. Por sua vez, já tendo ocorrido o trânsito em julgado, verifica-se a prescrição penal em função da pena *in concreto* (ou seja, a prescrição é configurada de acordo com a pena efetivamente imposta na sentença do caso concreto, após seu cálculo final), dada no art. 110, combinado com o art. 109, ambos do CP.

*Orientação Coger nº 21*

*Dependendo se a incidência do prazo prescricional penal, na instância disciplinar, se faz antes ou depois do trânsito em julgado da ação penal condenatória, o prazo a se aplicar é da pena em abstrato ou da pena em concreto, respectivamente previstos nos arts. 109 e 110 do Código Penal, ainda que estes se revelem menores que o prazo prescricional estatutário.*

Embora mais uma vez seja silente a Lei nº 8.112, de 11/12/90, a fonte jurisprudencial já pacificou que, no caso de incidência em instância disciplinar do comando do § 2º do art. 142 daquela Lei, se, no momento de aplicação da pena administrativa sob molde do prazo

prescricional penal, ainda não houver trânsito em julgado de ação penal pelo mesmo fato, o prazo prescricional a ser transposto para a forma de cálculo administrativa é aquele extraído do art. 109 do CP, qual seja, regulado em abstrato pela pena máxima cominada ao correspondente crime. Por outro lado, se, no momento de aplicação da pena administrativa sob molde do prazo prescricional penal, já tiver ocorrido trânsito em julgado de ação penal pelo mesmo fato, o prazo prescricional a ser transposto para a forma de cálculo administrativa é aquele extraído do art. 110 do CP, qual seja, regulado em concreto pela pena efetivamente aplicada ao crime sentenciado no caso concreto.

*STJ, Mandado de Segurança nº 10.078: “Ementa: 4. Na esfera penal, o impetrante foi condenado à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, havendo o trânsito em julgado para a acusação em fevereiro de 2001. Por conseguinte, a prescrição passou a ser de 4 (quatro) anos, porquanto calculada com base na pena in concreto, de acordo com os arts. 109 e 110 do Código Penal, c/c o art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90. 5. Desse modo, o prazo de prescrição tem como termo a quo a data de encerramento dos trabalhos de sindicância, que ocorreu em 15/12/1995, pelo que se tem como termo final 15/12/1999. Assim, quando da publicação do ato de demissão do impetrante, em 23/9/2004, já havia transcorrido integralmente o prazo prescricional da pretensão punitiva do Estado.”*

*STF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 30.965, Voto: “Assim, havendo sentença penal condenatória, o prazo prescricional para a punição disciplinar deve ser computado segundo a pena em concreto aplicada. Tendo a condenação sido fixada em dezoito anos, o prazo prescricional somente se encerraria vinte anos após a data em que o fato se tornou conhecido pela Administração. A demissão do Recorrente ocorreu antes do transcurso desse período, razão pela qual não há falar em prescrição da pretensão punitiva disciplinar.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 14.040: “Ementa: 1. O prazo da prescrição no âmbito administrativo disciplinar, havendo sentença penal condenatória, deve ser computado pela pena em concreto aplicada na esfera penal, nos termos dos artigos 109 e 110 do Código Penal. Desse modo, não há falar em prescrição da pretensão punitiva estatal quando da aplicação, em 2008, da penalidade de demissão a servidor condenado a 18 (dezoito) anos de reclusão pela prática de ilícito que se tornou conhecido da Administração em 1996, pois não ultrapassados 20 (vinte) anos.”*

*STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 13.395: “Ementa: 2. Ao se adotar na instância administrativa o modelo do prazo prescricional vigente na instância penal, deve-se aplicar os prazos prescricionais ao processo administrativo disciplinar nos mesmos moldes que aplicados no processo criminal, vale dizer, prescreve o poder disciplinar contra o servidor com base na pena cominada em abstrato, nos prazos do artigo 109 do Código Penal, enquanto não houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado para acusação, e, após o referido trânsito ou improvimento do recurso da acusação, com base na pena aplicada em concreto (artigo 110, parágrafo 1º, combinado com o artigo 109 do Código Penal).”*

*Idem: STF, Mandado de Segurança nº 23.242; e STJ, Recursos em Mandados de Segurança nº 15.363 e 15.933*

Aliás, este subtema reforça o entendimento exposto acima, acerca da principal questão inicialmente enfrentada - de ser necessário o relevante grau de cognição penal encontrado no recebimento da denúncia por parte do juiz criminal -, pois, se todas as possibilidades que a jurisprudência (não só do Superior Tribunal de Justiça mas também - destaque-se - do Supremo Tribunal Federal) vislumbra para esclarecer qual o *quantum* a ser transposto se vinculam e se reportam ao trânsito em julgado, ou seja, ao resultado definitivo da ação penal, é porque, indubitavelmente, deve-se se ter a instauração da ação penal como o

pré-requisito fático autorizador da incidência do § 2º do art. 142 da lei nº 8.112, de 11/12/90, não fazendo sentido se cogitar de menores graus de cognição penal. Apenas *ad argumentandum*, se fosse para prevalecer a desnecessidade de qualquer grau de cognição penal ou mesmo se fosse para prevalecer a necessidade de graus de cognição mais elementarmente atingidos apenas com a instauração de inquérito policial ou com a oferta de denúncia, não faria sentido a jurisprudência remansosa de ambas as Cortes Superiores condicionarem a solução da questão em tela ao resultado final da ação penal.

Ainda neste tema, importante destacar, por um lado, que, uma vez aplicada a pena administrativa antes de ocorrer trânsito em julgado de condenação penal pelo mesmo fato, com base no prazo prescricional tomado pela pena em abstrato no art. 109 do CP, caso, ao final do processo penal decorrente daquele fato, a pena em concreto tenha menor prazo prescricional no art. 110 do CP, não se opera a retroação deste efeito na instância disciplinar, nem mesmo se o apenado provocar a Administração com pedido de alguma espécie recursal ou de revisão. Uma pena estatutária por fato também cominada como crime e que tenha sido regular e tempestivamente aplicada (quer dizer, tendo sido a pena administrativa aplicada de acordo com as regras processuais que a regulavam e dentro do prazo prescricional vigente à época, contabilizado em função da pena *in abstrato*, uma vez que ainda não havia sentença penal condenatória transitada e julgada), não pode ser desconstituída em razão de posterior prazo prescricional em concreto menor. Uma vez concretizada a apenação administrativa, como um ato jurídico perfeito, esta não se modifica em razão de prescrição retroativa, pois, mesmo que a sentença penal aplique, em concreto, pena de menor prazo prescricional, neste caso, o instituto da retroatividade da prescrição não se reflete na instância administrativa. A sentença penal condenatória transitada em julgado e a respectiva pena *in concreto* somente repercutem no *quantum* do prazo prescricional administrativo se o PAD ainda estiver em curso.

*STJ, Mandado de Segurança nº 12.043: “Ementa: 4. ‘Ao se adotar na instância administrativa o modelo do prazo prescricional vigente na instância penal, deve-se aplicar os prazos prescricionais ao processo administrativo disciplinar nos mesmos moldes que aplicados no processo criminal, vale dizer, prescreve o poder disciplinar contra o servidor com base na pena cominada em abstrato, nos prazos do artigo 109 do Código Penal, enquanto não houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado para acusação[...].’ (RMS 13.395/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ de 2/8/2004, p. 569). 5. No caso ora analisado, o ato demissório - datado de 01 de setembro de 2000 - foi publicado anteriormente à sentença penal condenatória, prolatada em 22 de junho de 2004, não havendo que se falar em aplicação à infração disciplinar os prazos prescricionais penais com base na pena aplicada em concreto, senão com base na pena cominada em abstrato, que, no caso do crime de peculato, o qual possui pena máxima em abstrato de 12 (doze) anos, seria de 16 (dezesseis) anos.”*

Prosseguindo na esteira da discussão das repercussões advindas do prazo prescricional previsto no CP, é de se atentar que não necessariamente a incidência do comando do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, significa um maior prazo prescricional na instância administrativa. A princípio, até se pode cogitar de que jamais teria sido intenção do legislador contemplar o servidor responsável por ilícito tão grave a ponto de configurar crime com um prazo prescricional menor do que o prazo quinquenal das penas expulsivas estatutárias. Todavia, tendo em vista que não há expressa previsão na Lei de preservar o prazo mínimo quinquenal, é possível, dependendo do crime, que o prazo da prescrição penal seja inferior a cinco anos, sobretudo quando se tem decisão penal transitada em julgado e que impõe a consideração da pena *in concreto*. Mesmo nestas hipóteses de diminuição do prazo de prescrição, preservando a coerência, caso tenha sido provocada a instância penal devido ao mesmo fato apurado disciplinarmente, não há como deixar de adotar o prazo prescricional penal, com base em inaceitável posicionamento casuisticamente favorável à Administração

para defender em vão a prevalência do prazo quinquenal.

*STJ, Mandado de Segurança nº 8.560: “Ementa: 1. Nos termos do art. 142, § 2.º, da Lei n.º 8.112/90, o prazo prescricional previsto na lei penal aplica-se à infração disciplinar também capitulada como crime. 2. Tendo o TRF da 1.ª Região, em sede de apelação criminal, reduzido para o mínimo legal a pena imposta ao ora Impetrante pela prática do delito de concussão, o prazo prescricional deve ser regulado pelo disposto no art. 109, inciso V, do Código Penal (04 anos).”*

*STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 15.363: “Ementa: (...) Logo, o prazo da prescrição na esfera administrativa se computa da pena in concreto, (...), sendo, na hipótese dos autos, de 4 (quatro) anos.”*

*Idem: STJ, Recursos em Mandado de Segurança nº 17.882 e 18.319*

Importa reconhecer o reflexo, em instância disciplinar, que a analogia do comando exposto no art. 119 do CP impõe à prescrição administrativa quando se tem hipótese de concurso criminal, ou seja, de cometimento de mais de um crime. Melhor explicando, por força do art. 119 do CP, quando o réu responde por concurso de crimes, a prescrição penal incide sobre a pena relativa a cada crime isoladamente, obrigando-se que, em uma mesma ação penal, se cogite de distintas aferições de prescrição, cujos prazos podem ser iguais para cada crime ou até mesmo diferentes entre si. Ou seja, em caso de concurso de crimes, a prescrição penal não é tomada, na lista de prazos prescricionais do art. 109 do CP, em função da soma das penas que se acumulam em concurso material e tampouco em função do *quantum* decorrente da exasperação em concurso formal (conforme estabelecem os arts. 69 e 70 do CP), à vista da conceituação já exposta em **2.5.3.4**. E este comando vale para a consideração da prescrição penal tanto antes do trânsito em julgado, obrigando que se considerem as respectivas penas máximas de cada crime em concurso, quanto depois do trânsito em julgado, obrigando que se considerem as penas efetivamente aplicadas por cada crime em concurso (por tal motivo, obriga-se que a sentença estabeleça a pena individualizada por cada crime).

*CP - Art. 119. No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)*

Prosseguindo na hipótese, se este réu de ação penal por concurso criminoso é servidor e se tais crimes mantêm associação com o cargo que ocupa, pode ocorrer de um único PAD englobar as apurações das distintas infrações disciplinares vinculadas a cada um daqueles crimes. Daí, uma vez que o § 2º do art. 142 obriga que se apliquem na esfera disciplinar os prazos de prescrição penal, isto importará em excepcional aferição de prescrição individualizada para cada infração estatutária (seja pela pena máxima de cada crime, se esta aplicação se dá antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, seja pela pena efetivamente aplicada a cada crime, se esta aplicação se dá após o trânsito em julgado da sentença condenatória). Pode-se ter, então, a excepcional e atípica situação de, em um mesmo PAD, conviverem individualizados e até mesmo diferentes prazos prescricionais para infrações abarcadas em único apuratório (seja por conexão, seja continência).

Por fim, em que pese a mencionada decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal e ao Enunciado CGU/CCC nº 5, de 2011, mantém-se a recomendação exposta em **4.7.4.1**, quando se defendeu, com base no Parecer AGU nº GQ-124, vinculante, e na Formulação Dasp nº 128, que não cabe à comissão disciplinar apurar crime contra Administração Pública, nos termos do art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Ao amparo do princípio da independência das instâncias, conforme se verá em **4.14.3**, na hipótese de o ilícito disciplinar também poder caracterizar crime, a comissão processante indicia com base no ilícito disciplinar e, se for o caso, no relatório, conclui pelo seu cometimento e menciona a incursão criminal para a autoridade administrativa competente para o julgamento (que é a quem interessa de fato o tema prescricional), cabendo então a esta autoridade aplicar a pena expulsiva prevista na Lei nº 8.112, de 11/12/90, e, se for o caso de ainda não haver

concomitante persecução criminal, proceder à representação ao Ministério Público Federal.

Ainda no que se refere à consagrada independência das instâncias penal e administrativa, caso se reflita na punibilidade disciplinar o transcurso do prazo tomado da leitura conjunta do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e do art. 109 ou do art. 110 do CP, a autoridade administrativa é competente para declarar a prescrição disciplinar, independentemente de manifestação do juízo criminal, em harmonia com os comandos do art. 112 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e do art. 52 da Lei nº 9.784, de 29/01/99, ambos mencionados em **4.13**. Prosseguindo no rumo da independência das instâncias, é de se ressaltar que, na hipótese de apuração disciplinar sob incidência do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, o fato de se ter fluído o prazo prescricional referente à punibilidade da instância penal não necessariamente, apenas por si só, também vincula a prescrição da punibilidade administrativa, pois pode ocorrer de, para o *quantum* do prazo prescricional advindo da lei penal, aplicado à forma de cômputo administrativa, ainda não se tenha configurado a prescrição da pena estatutária sob esta distinta forma de computar.

*Orientação Coger nº 22*

*A prescrição da punibilidade disciplinar, com aplicação do prazo prescricional penal, pode ser declarada pela autoridade administrativa, independentemente de provimento judicial.*

*STF, Mandado de Segurança nº 23.242: “Ementa: I - Ilícito administrativo que constituiu, também, ilícito penal: o ato de demissão, após procedimento administrativo regular, não depende da conclusão da ação penal instaurada contra o servidor por crime contra a administração pública, tendo em vista a autonomia das instâncias.”*

*“(...) em virtude da independência das instâncias, administrativa e criminal, a autoridade julgadora (...) não está obrigada a aguardar futuro decreto judicial, declaratório do reconhecimento da superveniência da barreira prescricional (...).*

*O próprio agente decisor administrativo pode apreciar e auto-aplicar os prazos diretamente à instância administrativa (...).” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pg. 805, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Por outro lado, em certo grau de mitigação da independência das instâncias e em reforço ao entendimento ora esposado, a favor da adoção da postura mais cautelosa e conservadora de se condicionar a aplicação do prazo de prescrição penal à deflagração da apuração criminal, não se omite que, mesmo instaurado o processo penal, caso, antes da apenação disciplinar, o servidor venha a ser absolvido na instância penal por ausência de prova suficientemente condenatória (já que a absolvição por comprovação da inocência vincularia a Administração a também nem sequer cogitar de responsabilização), afasta-se o comando do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, voltando a se operar o prazo prescricional quinquenal previsto no inciso I do mesmo dispositivo legal.

*Orientação Coger nº 23*

*A absolvição penal por insuficiência de prova condenatória antes da apenação disciplinar faz retornar ao prazo prescricional estatutário.*

*STJ, Mandado de Segurança nº 12.090: “Ementa: 1. Nos casos em que o suposto ilícito praticado pelo servidor público não for objeto de ação penal ou o servidor for absolvido, aplica-se o disposto na legislação administrativa quanto ao prazo prescricional.*

*STJ, Embargos de Declaração em Recurso em Mandado de Segurança nº 13.542: “Ementa: V - (...) Na presente hipótese, não obstante os crimes tenham sido objeto de apuração em ação penal, os impetrantes foram absolvidos, ante a ausência de provas suficientes para a eventual condenação.*

*Voto: (...) Em que pese uma das infrações administrativas cometidas pelos*

*recorrentes também constituir crime e haver ação penal para a apuração, os servidores foram absolvidos por ausência de provas suficientes para a eventual condenação, nos termos do art. 386, VI do Código de Processo Penal, consoante se verifica às fls. 81/84. Assim, o prazo prescricional da pretensão punitiva da Administração a ser aplicado é o administrativo e não o penal. Não havendo crime, ante a absolvição dos acusados, ausente o parâmetro da lei penal a regular o prazo extintivo da ação estatal.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 14.446: “Ementa: Ainda que a falta administrativa configure ilícito penal, na ausência de denúncia em relação ao impetrante, aplica-se o prazo prescricional previsto na lei para o exercício da competência punitiva administrativa; a mera presença de indícios de crime, sem a devida apuração em Ação Criminal, afasta a aplicação da norma penal para o cômputo da prescrição (RMS 20.337/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 07.12.2009), o mesmo ocorrendo em caso de o Servidor ser absolvido na eventual Ação Penal (MS 12.090/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 21.05.2007)(...)”*

#### **4.13.4 - Peculiaridades do Abandono de Cargo**

Materialmente, a Advocacia-Geral da União (AGU) definiu, em seu Parecer AGU nº GMF-6, o abandono de cargo como um ilícito de natureza permanente, em razão de sua consideração de que a intenção faltosa do servidor permeia não apenas o período mínimo configurador da infração (qual seja, de exatos e suficientes 31 dias consecutivos) mas também toda a extensão temporal em que o autor persevera ausente. Na esteira, o órgão máximo de assessoramento jurídico do Poder Executivo firmou, à luz do inciso III do art. 111 do Código Penal (CP), que o termo inicial da prescrição se dá com a cessação da permanência, ou seja, com a cessação da conduta absenteísta do agente; ou ainda, em mais específicas e claras palavras, quando o servidor retorna ao serviço.

*Parecer AGU nº GMF-6, vinculante: “Ementa: II - A vontade do agente incide diretamente não apenas para a configuração do abandono de cargo, mas também para a situação de permanência que produz efeitos jurídicos, restando caracterizada, portanto, a prorrogação de sua base consumativa. III - A infração funcional de abandono de cargo possui caráter permanente e o prazo prescricional apenas se inicia a partir da cessação da permanência. IV - Deve-se ter a superação (overruling) das razões de decidir (ratio decidendi) sufragadas nos Pareceres GQ - 206, GQ - 207, GQ - 211 e GQ - 214, com eficácia prospectiva, com base nas recentes decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, na doutrina e na legislação ordinária estadual.”*

Relembrando que já se expôs em **4.13.1.5** que a primeira aferição de prescrição se dá desde o conhecimento do fato supostamente ilícito até a instauração do processo disciplinar, neste caso específico do abandono de cargo, a leitura conjunta do Parecer AGU nº GMF-6 e do inciso III do art. 111 do CP faz operar a presunção legal de que o fato se torna conhecido na cessação da conduta absenteísta do faltoso. A partir daí, a autoridade competente tem o prazo de cinco anos para instaurar o devido processo em rito sumário.

Como consequência direta desta construção, tem-se que, enquanto o faltoso não retoma sua atividade laboral e se mantém em ininterrupta ausência intencional ao trabalho, não há que se falar em deflagração daquele primeiro cômputo prescricional, aferido antes da instauração do processo disciplinar. No caso específico do abandono de cargo, pode-se ter, então, a peculiaridade de se dar início à persecução disciplinar sem que nem sequer se tenha configurado o início da contagem da prescrição (configuração praticamente impossível ou, no mínimo, pouco provável de ocorrer nas demais materialidades, para as quais a regra geral daquele termo inicial é o conhecimento do fato pela autoridade, já que não se cogitaria de

instauração se nem se soubesse do fato).

E, quanto ao segundo momento de aferição da prescrição, o cômputo se dá na regra comum prevista na Lei nº 8.112, de 11/12/90, conforme **4.13.3**, qual seja: com a instauração, interrompe-se a prescrição, até a decisão final, se tempestiva (ou por no máximo cinquenta dias, se a decisão final é intempestiva em caso do rito sumário), e aplica-se a partir daí o prazo prescricional quinquenal para que possa punir o servidor com pena expulsiva.

Para mera compreensão histórica, é de se resgatar que a AGU, antes da prolação do mencionado Parecer AGU nº GMF-6, aprovado em 18/09/17, defendia a natureza instantânea do abandono de cargo e a consequente configuração do termo inicial de sua prescrição no 31º dia de ausência consecutiva e intencional. Ademais, em quatro casos concretos em que restara prescrita a punibilidade e em que os servidores não manifestaram vontade de se exonerar, o órgão de assessoramento jurídico recomendava, em seus Pareceres AGU nº GQ-206, GQ-207, GQ-211 e GQ-214, aprovados entre 12/12/99 e 11/01/00, que se operasse uma espécie de exoneração *ex officio*, que, a rigor, não possuía expressa previsão em lei e que, por este motivo, sofria guerreamento na jurisprudência. Com a mudança de entendimento acerca da natureza jurídica do abandono de cargo e da configuração do termo inicial do seu cômputo prescricional, a AGU, neste seu citado Parecer, de construção hipotética, genérica e abrangente, considerou superadas, em suas razões de decidir, aquelas quatro antigas peças exaradas em situações específicas.

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.318: “Ementa: I - A exoneração ‘ex officio’ (art. 34 da Lei 8.112/90), não se destina a resolver os casos em que não se pode aplicar a demissão. II - Cometida a infração disciplinar, o direito abstrato de punir do ente administrativo convola-se em concreto. Todavia, o ‘jus puniendi’ só pode ser exercido dentro do prazo prescrito em lei. Na hipótese dos autos, foi apurado que a servidora abandonou o Cargo de Professora Universitária na Universidade Federal do Ceará. Todavia, a Administração somente instaurou o processo administrativo disciplinar quando já havia expirado o prazo prescricional. Desta forma, inviável a declaração de sua exoneração ‘ex officio’, especialmente por se tratar de servidora efetiva e estável, não incidindo nenhuma das hipóteses do art. 34 da Lei 8.112/90. III - O princípio da legalidade preconiza a completa submissão da Administração às leis. In casu, o ato atacado denotou postura ilegal por parte da própria Administração, já que a solução encontrada objetivou, apenas, minorar os efeitos da sua própria inércia ao não exercer um poder-dever. Neste aspecto, a adoção da tese defendida implica em verdadeira violação ao ordenamento jurídico. IV - Reconhecida a prescrição, impõe-se declarar a extinção da punibilidade, tornando-se nula a Portaria exoneratória, a fim que a servidora seja reintegrada ao serviço público.*

*Idem: STJ, Mandados de Segurança nº 7.113, 7.239 e 8.975*

Apenas para esgotar este pormenor, convém informar que, de outro lado, quando prescrita a punibilidade expulsiva decorrente da configuração do abandono de cargo e o próprio servidor manifesta vontade de se exonerar, a AGU entende que não resta antijurídico o fato de a Administração processar exoneração a pedido, conforme preservada manifestação no seu Parecer AGU nº GQ-210.

*Parecer AGU nº GQ-210, vinculante: “Ementa: Abandono de cargo. Prescrição. Proposta de exoneração ‘ex officio’. Havendo nos autos quota do servidor manifestando sua intenção em desligar-se do serviço público, tal declaração deve ser recebida como pedido de exoneração, a ser concedida após declarada extinta a punibilidade pela prescrição.”*

Formado então o novo entendimento administrativo acerca da natureza permanente e da postergação da deflagração do termo inicial prescricional do abandono de cargo, resta aduzir ainda uma terceira questão peculiar e controversa, que é a discussão da existência ou não de paralelismo criminal. Cabe averiguar se a configuração administrativa do abandono de

cargo necessariamente importa na automática tipificação da conduta também como um crime funcional, posto que, em paralelo ao enquadramento estatutário do inciso II do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, há, no art. 323 do CP, a previsão do crime contra Administração Pública de abandono de função, no *caput*, com pena básica de no máximo um mês de detenção, o que leva a prescrição penal para três anos.

*CP - Abandono de função*

*Art. 323. Abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei:*

*Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.*

*§ 1º Se do fato resulta prejuízo público:*

*Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.*

*§ 2º Se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa de fronteira:*

*Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.*

A doutrina majoritariamente entende que a configuração do crime acima requer um *plus* em relação ao ilícito disciplinar do abandono de cargo e que, embora ambos advenham de conduta dolosa, pode um se configurar independentemente do outro. Enquanto para o ilícito disciplinar o parâmetro é apenas temporal (afastar-se com intenção e consciência das atribuições legais do cargo por mais de trinta dias consecutivos), no crime, se requer o prejuízo (pelo menos em potencial) à Administração pela descontinuidade do serviço, independentemente do período. O art. 323 do CP prevê ainda duas modalidades qualificadas do crime de abandono de função, que recebem penas aumentadas em relação ao *caput*: havendo prejuízo efetivo (patrimonial ou não) para a Administração e não apenas a simples probabilidade de dano, a pena máxima passa para até um ano de detenção, levando a prescrição penal para quatro anos; e tendo o crime ocorrido em faixa de fronteira, a pena máxima passa para até três anos de detenção, levando a prescrição penal para oito anos. A importar no tema em apreço o fato de que estas configurações independentes, por consequência, mantêm também dissociados os respectivos cômputos prescricionais administrativo e penais.

*“Ao comentar a falta consistente no ‘abandono de cargo’, prevista no inciso II do art. 132 da Lei nº 8.112/90, procurei demonstrar sua autonomia administrativa e independência conceitual, em relação à figura prevista no art. 323 do Código Penal sob a rubrica ‘abandono de função’, para concluir que poderá existir a falta administrativa sem que se tenha configurado o crime de abandono de função. Sendo o ilícito, puramente, administrativo, o prazo prescricional é de cinco anos.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 190, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Embora seja bastante razoável a linha acima, de se impor para a configuração do crime, desde sua hipótese básica, um requisito maior do que o exigido para a configuração da irregularidade disciplinar, a AGU, já desde o seu Parecer AGU nº GQ-144, aprovado em 18/03/98, se manifestava no sentido uniformizante da configuração simultânea de ambas as espécies (impondo a esta segunda o prazo da prescrição penal). Ao tempo desta interpretação, era imprescindível destacar que a redação original do inciso VI do art. 109 do CP estabelecia para o crime de abandono de função não qualificado o prazo prescricional de dois anos - daí, os Pareceres AGU de então mencionarem tal prazo; todavia, aquele dispositivo do CP passou a prever prevê três anos para o prazo prescricional daquele crime, importando que a leitura daqueles arrazoados da AGU deveria ser atualizada, a fim de, se fosse o caso, se harmonizar com o ordenamento vigente.

É de se reconhecer que o Parecer AGU nº GMF-6, seja na peça propositiva que lhe dá início (o anexo Parecer nº 1/2016/PPAD/Decor/CGU/AGU), seja nos Despachos superiores que se seguem em hierárquica aprovação (o Despacho nº 486/GAB/CGU/AGU e o Despacho nº 487/2017, respectivamente do substituto e do titular da Consultoria-Geral da União), não expressou de forma absolutamente clara se o órgão de assessoramento abandonou ou manteve

a tese da configuração simultânea do ilícito disciplinar e do crime funcional e, conseqüentemente, se adota o *quantum* prescricional de cinco ou de três anos. De um lado, podendo sugerir a manutenção do paralelismo simultâneo, esta peça não declarou também superados o antigo Parecer AGU nº GQ-144, por meio do qual se inaugurou aquele entendimento, e tampouco o Parecer AGU nº GM-7, aprovado em 12/06/00, e que também manifesta a configuração simultânea do crime (ambas as peças são não vinculantes).

Mas, de outro lado, chama ainda mais a atenção o fato de o Parecer AGU nº GM-7 recomendar a superada exoneração *ex officio* para casos prescritos e nem assim ter sido declarado como superado, podendo figurar como indicador de que a AGU, de fato, centrou sua atenção apenas nas manifestações expressas nos Pareceres AGU nº GQ-206, GQ-207, GQ-211 e GQ-214 e que a não abordagem dos Pareceres GQ-144 e GM-7 podem ter se dado por mero lapso e não por intenção de manter seus arrazoados.

Além disto, indicando o abandono do paralelismo simultâneo, o Parecer AGU nº GMF-6 defende, no item IV da ementa e no item “d” do parágrafo 68 do Parecer anexo, “*a superação (overruling) das razões de decidir (ratio decidendi) sufragada nos Pareceres GQ-206, GQ-207, GQ-211 e GQ-214, com eficácia prospectiva, com base nas recentes decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria (...)*”. Ato contínuo, ao se lerem os dois julgados do STJ citados e reproduzidos (nos parágrafos 42 e 43 do Parecer anexo), vê-se que ambos expressam o prazo prescricional quinquenal para abandono de cargo (é bem verdade que ambos os casos eram de estatutos estaduais, mas o STJ nada cita de paralelismo criminal e o Parecer destaca as decisões sem ressalvas).

Por fim, nos mais fortes indicativos da posição final abraçada pela AGU, e que se perfilam no sentido do abandono da tese do paralelismo criminal, o conseqüente Despacho nº 486/GAB/CGU/AGU, do Consultor-Geral da União substituto, relembra os problemas que decorriam da tal exoneração de ofício quando “*já passados mais de 5 (cinco) anos desde o 31º (trigésimo primeiro) dia de ausência*”, “*Transcorridos os 5 (cinco) anos do prazo legal*” e de “*servidor público (...) ausente por mais de 5 (cinco) anos*”. Ou seja, a última e superior manifestação com viés técnico concentrou todas as suas remissões temporais a prazo quinquenal, que é o prazo de prescrição estatutária do abandono de cargo.

Portanto, diante da possibilidade de interpretações dúbias acerca do posicionamento final da AGU no que tange haver ou não automática configuração de crime funcional de abandono de função e conseqüente obrigação de representar criminalmente e atração do prazo prescricional menor que o estatutário (de apenas três anos), a análise dinâmica e ponderada de todos os indicativos pesa mais a favor da adoção da conclusão de que, a partir da prolação do Parecer AGU nº GMF-6, o órgão de assessoramento abandonou o entendimento que por anos vinha adotando, do paralelismo automático, e passou a permitir a consideração de tão somente infração disciplinar, quando o servidor se ausenta intencionalmente do trabalho por mais de 30 dias consecutivos. punível com demissão sob prazo prescricional quinquenal deflagrado a partir da cessação da conduta.

E, ainda que assim não seja, mesmo que se quisesse forçar a favor do automático paralelismo criminal, lembre-se mais um patamar de refração contrário a esta tese, já esposado em **4.13.3**, sob amparo da jurisprudência dominante no STJ, em que se assentou que o prazo de prescrição de três anos somente se aplicaria ao abandono de cargo se a instância criminal tivesse sido instaurada, com o recebimento da denúncia por parte do juízo penal, em decorrência da hipótese não qualificada do crime de abandono de função, ou seja, sem prejuízo efetivo e fora de faixa de fronteira (qualificações que levariam o prazo respectivamente para quatro e oito anos). Não havendo tal provocação da instância criminal especificamente em razão da conduta absenteísta do servidor, é de se reforçar ainda mais - com amparos jurisprudencial e doutrinário - a adoção da regra geral de manutenção, em instância administrativa, do prazo prescricional de cinco anos para o abandono de cargo, com o cômputo conforme acima discriminado.

*STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 13.134: “Ementa: Abandono de emprego. (...) O prazo de prescrição aplicável na espécie é a da lei administrativa. Para que incida o prazo da lei penal faz-se necessário não só o ato disciplinar como também a devida apuração criminal.”*

*“Em virtude de razões geográficas, poderá incidir a modalidade mais grave de abandono de função em área de fronteira (art. 323, § 2º, CP), cuja prescrição se dá em oito anos (art. 109, IV, c.c art. 323, § 2º, CP), por ser crime cominado com pena máxima de três anos de detenção. Ainda poderão ocorrer as modalidades singela (art. 323, caput, CP) ou a agravada com o perigo público decorrente de fato (art. 323, § 1º, CP), respectivamente com prescrição em dois e quatro anos, porque com penas máximas aplicáveis inferior e igual a um ano, em cada caso.*

*Note-se, contudo, que há margem para se estender o princípio de que, em não havendo acusação na sede criminal, o prazo para punição do abandono de cargo, como todos os demais ilícitos funcionais passíveis de demissão, seria de cinco anos, temática que ainda aguarda definição jurisprudencial.” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pg. 844, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Relembrando, por fim, todas as dúvidas que o tema em discussão enseja e ainda que, sob estritos vieses jurídicos, pareça muito mais defensável aderir à tese de que a AGU abandonou, com o Parecer AGU nº GMF-6, a teoria da automática simultaneidade entre o ilícito disciplinar de abandono de cargo e o crime funcional de abandono de função, de forma que o *quantum* prescricional apriorístico é ordinariamente o prazo quinquenal estatutário, considerando-se que, neste caso em especial, pode-se operar a incomum configuração de que este prazo seria maior que a prescrição penal de que se cogitaria na hipótese de crime não qualificado de abandono de função (de três anos), é de se ressaltar que a prescrição é um instituto jurídico de ordem pública e favorável aos interesses da defesa.

Permeando a perfunctória e segura análise jurídica feita linhas acima a favor do prazo quinquenal - salvo existir ação penal instaurada pelo juízo - com a percepção pragmática e ao mesmo tempo eficiente que deve iluminar a atuação estatal na atividade correcional, o tema pode ganhar, ao fim, uma visão gerencial conservadora. Nesta linha, na prática, embora perfeitamente defensável sob luzes jurídicas o prazo prescricional estatutário de cinco anos, devem a autoridade instauradora, a comissão e a autoridade julgadora envidar todos os esforços para que o processo seja instaurado em até três anos da cessação da conduta e seja concluído e julgado em até três anos e cinquenta dias da instauração, o que, *a priori*, salvo casos específicos de incomum dificuldade, soa bastante razoável e factível em procedimento sumário de materialidade pré-constituída, diante do risco de a utilização daquele *quantum* quinquenal poder vir a sofrer questionamentos judiciais, ainda que a instância criminal não tenha sido provocada.

Encerrando o tema, novamente se reporta ao já aduzido em **4.13.3** para lembrar que o que aqui se aduziu mencionando-se prazos de prescrição penal de três anos para a hipótese de crime de abandono de função não qualificado e de quatro ou de oito anos para duas hipóteses qualificadas refletem unicamente a hipótese de aplicação da pena *in abstracto* (ou seja, a prescrição é configurada de acordo com a pena máxima prevista no tipo abstratamente). Havendo trânsito em julgado da ação penal de crime de abandono de função, é de prevalecer o prazo prescricional associado à pena *in concreto* efetivamente imposta na sentença, com possibilidade inclusive de minoração do prazo prescricional em relação à pena abstrata, conforme os arts. 109 e 110 do CP.

#### **4.13.5 - A Extinção da Punibilidade pela Prescrição e por Outros Motivos**

Compreendida a punibilidade como o direito de o Estado punir com aplicação de pena, é de se cogitar do fenômeno jurídico em que tal capacidade oficial se extingue. A extinção da

punibilidade ocorre quando, em determinadas situações, o Estado perde aquele seu poder originário de aplicar pena. Na instância penal, o art. 107 do CP, em seus incisos I a VI e IX, enumera as hipóteses de extinção da punibilidade, a saber: a morte do agente; a anistia, graça ou indulto; a retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; a prescrição, decadência ou perempção; a renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; a retratação do agente e o perdão judicial. Por seu turno, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não cuidou de elencar, de forma expressa e em lista exaustiva, as hipóteses de extinção da punibilidade administrativa. Dentre aqueles institutos mencionados na lei penal, apenas a prescrição tem expressa previsão estatutária, sendo certo então que figura como hipótese extintiva da punibilidade. Não obstante a singeleza do diploma estatutário, obviamente, também na instância disciplinar, além da incontroversa prescrição, a morte do servidor e a retroatividade benigna da lei também possuem similar condão de extinguir a punibilidade.

Portanto, de imediato, se traduz que a configuração da prescrição, a morte do servidor ou a alteração benigna no ordenamento legal, se ocorridos antes da aplicação da pena, extinguem a punibilidade, fazendo com que a Administração perca a capacidade que originalmente possuía para punir o infrator.

#### **4.13.5.1 - A Busca da Verdade Material Frente à Prescrição**

A primeira causa de extinção da punibilidade é a prescrição, já abordada nos tópicos precedentes e, para o fim que se busca no presente tópico, importa por ora lembrar que há dois momentos em que pode prescrever a capacidade estatal de aplicar pena estatutária.

Primeiramente, a prescrição pode ocorrer em razão da inércia da autoridade instauradora, no decurso do prazo entre ter tido conhecimento do cometimento da suposta infração e tomar a esperada decisão de instaurar o processo disciplinar. Diante da convicção preliminar de existência de indícios de materialidade e de autoria mas já sabida de antemão prescrita a punibilidade, não obstante em geral se recomendar e se autorizar o preliminar arquivamento do feito, ainda se faculta à autoridade instauradora a possibilidade de, criteriosamente, avaliar a pertinência de excepcionalmente determinar a instauração, sobretudo em casos em que se vislumbram possibilidades de surgirem outros desdobramentos fáticos ou repercussões em instâncias civil ou penal para as quais a conclusão administrativa sirva de peça de instrução.

Além disto, a prescrição pode se configurar em momento posterior, já após instaurado o processo disciplinar, em meio ao inquérito administrativo ou no curso do julgamento. Neste caso, já tendo sido superada a cautela e a postura não intervencionista da sede disciplinar e tendo-se instaurado o processo - e, se assim se fez, é porque havia interesse público no esclarecimento dos fatos -, amolda-se melhor à base principiológica informadora que se leve adiante o trabalho apuratório e o múnus decisório. Ora, se até na primeira hipótese, em que ainda ao fim da fase de admissibilidade, sem sequer se ter inaugurado a relação processual contraditória, se cogita da possibilidade de ainda assim se instaurar o processo disciplinar, com muito mais certeza, nesta segunda hipótese, se vislumbra homenagear a busca da verdade material em detrimento do fim meramente punitivo, mantendo incólume o poder-dever de a Administração esgotar e concluir o esclarecimento fático e exarar sua decisão.

Em ambas as possibilidades de configuração de prescrição, sustenta-se e mantém-se a base principiológica que informa que a extinção da punibilidade, por si só, não tem o condão de fazer falecer o poder-dever da Administração de apurar o fato. Apenas se diferencia que, na prescrição ainda em fase de admissibilidade, o exercício deste poder-dever pode ser mais facilmente afastado por razões discricionárias, bastando que não se identifique nenhum dos motivadores para a instauração acima ilustrados. De outro lado, na prescrição após a instauração, uma vez deflagrado o processo, a regra geral é que seu curso seja levado adiante -

até porque nada impede que, no decorrer do inquérito administrativo, surja outro ilícito de que não se tinha conhecimento e com novo prazo prescricional ou que a autoridade julgadora tenha entendimento diferente da comissão ou ainda que se necessite da conclusão administrativa para instruir reparação civil ou representação penal.

Tanto em um caso quanto em outro, o instituto da prescrição, quando se opera na instância disciplinar (de forma aqui um pouco autônoma de como se opera na sede penal), tem o condão de fazer falecer apenas a punibilidade que a Administração deteria sobre o servidor infrator, e não o poder-dever de apurar (que pode ser lido exclusivamente como poder no caso de prescrição antes da instauração e como poder com uma parcela de dever no caso de prescrição posterior à instauração). Em outras palavras, diferentemente da instância penal, na sede disciplinar, a motivação, em termos jurídicos, de agir não se resume apenas à possibilidade de punir, mas sim contempla ainda outros efeitos de fins didáticos, inibidores e também ligados à inequívoca relação laboral-trabalhista que aqui se encerra.

Assentadas estas bases para o tema, cabe aqui uma digressão histórica. A Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seu art. 170, previa que, no caso de configuração de prescrição já após a instauração do processo disciplinar, se levasse a cabo a apuração, sob todo manto do contraditório e da ampla defesa, e se porventura ao final se concretizasse a convicção pelo cometimento de ilicitude, se registrasse tal fato nos assentamentos funcionais do acusado - obviamente, com a extinção da punibilidade não haveria e de fato não há que se cogitar da apenação.

Neste contexto, o registro nos assentamentos funcionais do servidor de que este foi processado e teve em seu desfavor a comprovação de cometimento de ilicitude e que a pena não lhe aplicada tão somente em virtude prescrição figurava como uma espécie do gênero dos maus antecedentes de trata o art. 128 da Lei nº 8.112, de 11/12/90 - jamais se confundia com reincidência, visto não ter havido a necessária primeira apenação antes do cometimento da segunda infração.

No entanto, provocado a apreciar o tema em um caso concreto, no bojo do Mandado de Segurança nº 23.262/DF, o STF julgou incidentalmente inconstitucional o dispositivo legal, por entender que o gravame em desfavor da vida funcional do servidor feria a compreensão que deve ser extraída do instituto da prescrição e, por consequência, o princípio da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal. Diante do comando do *caput* do art. 1º do Decreto nº 2.346, de 10/10/97, que determina a observância pela Administração das decisões do STF que interpretam a CF, e confrontada com a inércia e com a omissão do Poder Legislativo e mais especificamente do Senado Federal a despeito do § 2º do mesmo dispositivo para o caso de declaração incidental de inconstitucionalidade, a AGU viu-se obrigada a enfrentar o tema, lançando mão da última hipótese de instrumentalidade prevista no § 3º daquele art. 1º do Decreto. A AGU analisou o tema em seu Parecer AGU nº GMF-3 e submeteu à apreciação do Presidente da República, a fim que esta autoridade máxima do Poder Executivo autorizasse a extensão dos efeitos da decisão judicial.

*Decreto nº 2.346, de 1997 - Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.*

*§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.*

*§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato*

*normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.*

*§ 3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.*

*STF, Mandado de Segurança nº 23.262: “Ementa: 1. A instauração do processo disciplinar interrompe o curso do prazo prescricional da infração, que volta a correr depois de ultrapassados 140 (cento e quarenta) dias sem que haja decisão definitiva. 3. É inconstitucional, por afronta ao art. 5º, LVII, da CF/88, o art. 170 da Lei nº 8.112/90, o qual é compreendido como projeção da prática administrativa fundada, em especial, na Formulação nº 36 do antigo DASP, que tinha como finalidade legitimar a utilização dos apontamentos para desabonar a conduta do servidor, a título de maus antecedentes, sem a formação definitiva da culpa. 4. Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, há impedimento absoluto de ato decisório condenatório ou de formação de culpa definitiva por atos imputados ao investigado no período abrangido pelo PAD.*

A AGU, por meio do seu Parecer AGU nº GMF-3, asseverou que a Administração deve observar a decisão do STF no citado Mandado de Segurança, em que foi incidentalmente declarada a inconstitucionalidade do art. 170 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e que, na processualística disciplinar uma vez extinta a punibilidade pela prescrição, não mais se pode fazer o registro do fato imputado no assentamento funcional do acusado. Na sequência, à luz do *caput* e do § 1º do art. 40 e do art. 41, ambos da Lei Complementar nº 73, de 10/02/93, o Advogado-Geral da União submeteu o Parecer AGU ao Presidente da República, que o aprovou e publicou, tornando-o vinculante.

*Parecer AGU nº GMF-3, vinculante: “Ementa: I. A Administração Pública Federal deve observar a decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 23.262/DF, que declarou a inconstitucionalidade do art. 170 da Lei n. 8.112/ 1990. II. No âmbito dos processos administrativos disciplinares, uma vez extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora não poderá fazer o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor público.*

Desta feita, restam estendidos para toda a Administração os efeitos jurídicos do julgado do STF para aquele caso concreto, sendo então de se observar, doravante, a inconstitucionalidade do art. 170 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e a conseqüente vedação para que se registre fato ilícito porventura apurado ao cabo de inquérito administrativo em processo disciplinar em que a punibilidade tenha se extinguido em razão de prescrição (em qualquer de seus dois momentos de configuração).

É de se resgatar, a título primeiramente informativo e posteriormente até com fim argumentativo também que o relator do mencionado julgado, em seu voto, chegou a defender uma repercussão ainda mais invasiva da prescrição no curso do PAD, qual seja, a de que, uma vez detectada extinta a punibilidade no curso do processo, se deveria estancar de imediato o seu prosseguimento, com o pronto encerramento dos trabalhos apuratórios, sem sequer levar a cabo o esclarecimento dos fatos. Apesar de a AGU, na parte analítica de seu Parecer, ter refletido tal entendimento jurisprudencial, não o tendo manifestado nos comandos de sua parte conclusiva e de sua ementa, é de se manter aqui a observância, própria da instância disciplinar (por vezes autônoma da instância penal), dos basilares princípios da busca da verdade material e da oficialidade. Ainda que se possa cogitar da possibilidade de imediato estancamento da ação penal ante a prescrição, aqui é de se sopesar que, enquanto aquela sede busca preservar ao máximo o conjunto de direitos e bens jurídicos que possam vir a ser fortemente afetados por uma decisão penal, é de ponderar certo grau de autonomia para a

instância disciplinar, que, a despeito de também ser público-punitiva, não deixa de encerrar valores tutelares de uma relação laboral e goza de certa autonomia na eleição e no cumprimento de princípios que lhe são verdadeiros axiomas dogmáticos, como a busca da verdade material movida pela oficialidade. Determinar o imediato trancamento da ação disciplinar seria mexer com aquela base principiológica mencionada e que é uma das pilstras mais relevantes, enraizadas e disseminadas do Direito Disciplinar. Desta feita, a detecção da prescrição no curso do inquérito administrativo não possui o condão de obrigatoriamente fazer abortar o prosseguimento dos trabalhos apuratórios, sendo *a priori* de se prosseguir até o fim do esclarecimento fático (sem prejuízo, de, em determinado caso com condições de contorno muito específicas, se extrair a leitura a *contrario sensu* que até existe amparo sim para se estancar de imediato aquele processo, sem que isso venha a configurar ato ilegal da parte da autoridade.

De se observar que o julgado e o Parecer AGU acima mencionados não obstam que excepcionalmente se instaure o processo disciplinar com punibilidade já extinta desde a fase de admissibilidade e até que se levem seus efeitos para outras instâncias (penal e civil) e menos ainda obstam que se conclua o trabalho apuratório e que se proceda à decisão em julgamento quando a prescrição se configura já após a instauração. O efeito da prescrição tão somente afasta a aplicação de pena, em decorrência de desde sempre sabia extinção da punibilidade, e, a partir do Parecer AGU, passou a também impedir o registro de fato apurado nos assentamentos funcionais do servidor, em qualquer momento de configuração de prescrição.

Com isto, aborta-se a praxe vigente por anos, desde a edição da Lei nº 8.112, de 11/12/90, de se considerar como mau antecedente, a sopesar negativamente os parâmetros de dosimetria elencados no seu art. 128 dentro do prazo estipulado no seu art. 131, a comprovação de que um servidor cometeu determinada infração mas sem sofrer o efeito da pena em razão de prescrição, conforme se lia em registro nos assentamentos funcionais.

Caso se tenha excepcionalmente instaurado processo disciplinar com punibilidade prescrita já desde a fase de admissibilidade ou se tenha configurado a prescrição após a instauração e ao fim se conclua, no curso do devido processo legal conduzido sob manto do contraditório e da ampla defesa, que o servidor cometeu ilicitude, a prescrição opera sobre a Administração inibindo-a de aplicar a pena estatutária (advertência, suspensão ou expulsiva) ao infrator e também de proceder ao registro do fato apurado nos assentamentos funcionais.

A Lei nº 8.112, de 11/12/90, prevê expressa possibilidade de responsabilização civil, penal e administrativa da autoridade julgadora que der causa à prescrição de infrações disciplinares capituladas também como crime. Não obstante, é óbvio que nada impede que, havendo elementos de prova, por exemplo, de má-fé, intenção ou injustificada negligência, se responsabilize qualquer autoridade que permita ou concorra para a prescrição de ilícitos puramente administrativos.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 169.*

*§ 2º A autoridade julgadora que der causa à prescrição de que trata o art. 142, § 2º, será responsabilizada na forma do Capítulo IV do Título IV.*

#### **4.13.5.2 - Morte do Acusado e Retroatividade Benigna da Lei**

Além da prescrição, em decorrência da garantia constitucional de que a pena não passa da pessoa do acusado, também se tem como óbvia causa de extinção da punibilidade disciplinar a morte do servidor. Assim, na hipótese de, após ter transcorrido regularmente a fase contraditória do processo, o servidor vier a ser responsabilizado pelo cometimento de irregularidade disciplinar mas falecer antes da aplicação da pena, esta restará inaplicável (no caso de pena capital, a responsabilização não atingirá o direito à pensão, pois a Lei prevê cassação de aposentadoria ou de disponibilidade mas não prevê cassação de pensão). Advirta-

se que a morte não afasta a possível repercussão civil de reparar prejuízo, visto esta não ser punitiva.

*CF - Art. 5º*

*XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;*

*XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;*

*CP - Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)*

*Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)*

*Extinção da punibilidade*

*Art. 107. Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/84)*

*I - pela morte do agente;*

*III - pela retroatividade da lei que não mais considera o fato como criminoso.*

*CPP - Art. 62. No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.*

*Parecer Asjur/CGU-PR nº 290, de 28/09/07 - “(...) à luz dos §§ 1º e 2º, artigo 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, o direito à pensão por morte dos dependentes configurou situação jurídica consolidada antes do término do PAD, a qual foi incorporada definitivamente aos respectivos patrimônios jurídicos consubstanciando, na verdade, hipótese de direito adquirido dos dependentes, uma vez que exercitável desde a data do óbito (...).*

*Ademais, diversa qualificação jurídica para os fatos, na ordem cronológica em que ocorreram, configuraria permissão para que a pena administrativa pudesse exceder da pessoa do agente alcançando os seus dependentes, o que é obstado pelo artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, (...)*

*Com efeito, não podendo a pena ultrapassar a pessoa do servidor infrator, a aplicação subsidiária dos artigos 107, do Código Penal, c/c 61 e 62, ambos do Código de Processo Penal, possibilita o reconhecimento da extinção da punibilidade do agente público em virtude de sua morte.”*

*“(...) com a morte do agente, a comissão de inquérito fará juntar a certidão de óbito para fins de extinção da punibilidade no que concerne à pena disciplinar, tão somente.*

*E aqui, ao tratar da responsabilidade civil do servidor (...), a obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, no limite do valor da herança (...).” Sebastião José Lessa, “Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância”, pg. 216, Editora Brasília Jurídica, 4ª edição, 2006*

Além das duas causas acima, tem-se ainda que, em analogia ao dispositivo de índole constitucional e penal, se pode considerar como causa de extinção da punibilidade a retroatividade da lei que não mais qualifica o fato como infração disciplinar. Obviamente, em instância disciplinar, atenta-se também para o princípio da irretroatividade da lei mais gravosa, não havendo que se cogitar de responsabilização por ato que, à época em que foi cometido, não era tido como ilícito, ainda que posteriormente passe a sê-lo.

*Parecer AGU nº GQ-91, não vinculante: “19. A prévia cominação de penalidade administrativa em lei se compatibiliza com as assertivas compreendidas na doutrina pertinente ao Direito Penal, na faceta de que a lei incidente à época do delito, não só no que diz respeito aos pressupostos do crime, como também à qualidade e quantidade (extensão, intensidade, o*

*‘quantum’) da pena, é direito que assiste ao infrator, que tem o direito subjetivo público a que lhe seja aplicada a lei mais benéfica anterior, ou seja, o princípio da vedação da lei penal material ‘ex post facto’. A lei penal material é a do momento da consumação do crime ou do fato punível’. (Comentários à Constituição de 1988 - José Cretella Júnior, Ed. Forense Universitária, 1988, vol. I, p. 475)*

*20. A Lei nº 8.112, de 1990, instituiu a penalidade de conversão de exoneração em destituição de cargo em comissão, em relação à qual se perquire se incide sobre fatos pretéritos. Oportuno lembrar a manifestação desse doutrinador, consistente na afirmação de que, em sendo a lei nova ‘mais benéfica (mais branda, mais benigna, mais favorável), ou quando não mais capitula o fato como crime, ocorre a retroatividade; quando a lei nova é mais severa, isto é, comina pena maior do que a lei anterior, ocorre a irretroatividade, ou o que é o mesmo, prevalece a ‘contrario sensu’, a ultra-atividade da lei vigente, dotada de eficácia, quando ocorreu o fato’. (op. cit.).”*

*STJ, Recurso em Mandado de Segurança nº 12.539: “Ementa: Retroatividade da lei que prevê penalidades só tem lugar quando beneficia, necessariamente, a condição do acusado.”*

*“(…) [na] hipótese em que o ilícito administrativo se consuma inteiramente, na conduta e em seus efeitos, em período anterior à legislação mais gravosa, (…), efetivamente, não há possibilidade de efeito imediato da legislação e muito menos retroatividade, ainda que inexistam, nesse caso, direitos adquiridos, ato jurídico perfeito ou coisa julgada em favor do agente infrator.*

*Não há dúvidas de que, na órbita penal, vige, em sua plenitude, o princípio da retroatividade da norma benéfica ou descriminalizante (...). Se esta é a política do Direito Penal, não haverá de ser outra a orientação do Direito Punitivo em geral, notadamente do Direito Administrativo Sancionador (...).” Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, pg. 334, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005*

*“O princípio da retroação da lei mais benéfica, embora conquista do Direito Penal, estende-se para outras esferas em que o Estado exerce poder punitivo. Com efeito, o direito administrativo, em sua face sancionatória, comunga dos mesmos princípios gerais de aplicação das normas penais, notadamente aquelas que regulam conflitos de direito intertemporal. A expressão ‘lei penal’ insculpida na garantia constitucional da retroatividade da lei mais benéfica - ‘a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu’ - abrange as leis que tipificam as sanções administrativas.” Romeu Felipe Bacellar Filho, “Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 390, Editora Max Limonad, 2ª edição, 2003*

A extensão do princípio da irretroatividade da lei penal, na instância administrativa, também se faz repercutir na perda de efeitos de eventuais registros de cometimento de infração punida com penas de advertência ou de suspensão (já mencionados em **4.10.6.3**), se, no prazo de três ou de cinco anos posteriores, lei posterior deixar de cominar como ilícita a conduta apenada.

Por fim, especificamente para as infrações puníveis com penas de advertência e de suspensão, a aposentadoria também opera extinção da punibilidade. O mesmo não se dá para as infrações graves, para as quais há a previsão legal da pena de cassação de aposentadoria.

Apenas a título de informação, embora, a rigor, sejam voltados para esfera criminal, a doutrina cita ainda como hipóteses de extinção da punibilidade atos de clemência, previstos na CF, tais como anistia, indulto e graça. Daí, apesar de teoricamente até comportarem aplicação extensiva na instância disciplinar, tem-se sua rara e pouco provável aplicação.

#### *“Anistia*

*A anistia é ato jurídico complexo, de clemência soberana, formalmente ato legislativo, da competência do Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República (arts. 48, VIII e 84, IV, da CF), cuja concessão sempre*

*teve, historicamente, maior aplicação a crimes com conotação política. Trata-se de ato com caráter de generalidade, ou seja, estendido a todos aqueles que estejam nas condições da lei que a concede. (...)*

*Autores há que contestam a aplicabilidade de anistia a infrações disciplinares, por causar grandes transtornos na esfera administrativa, e por ser intromissão de um Poder no campo de atribuições de outro.*

*Entretanto, a doutrina mais significativa é no sentido de sua admissibilidade. Com efeito, se a clemência soberana pode perdoar casos mais graves, que são os crimes, não há razão para repelir sua aplicabilidade às faltas administrativas, que são em tese mais suaves.*

*Cretella Jr. adverte que é importante ter presente a distinção entre pena disciplinar e criminal, não se aplicando à primeira os efeitos da anistia senão quando a lei concessiva (ou obviamente o dispositivo constitucional) a ela expressamente se referir. Caso contrário, a anistia não operará, p. ex., a reintegração do funcionário ou o cancelamento da pena disciplinar, a não ser que a penalidade administrativa tenha sido aplicada, no mesmo processo judicial, como acessória da condenação criminal. (...)*

*Indulto*

*Como a anistia, o indulto é a manifestação de clemência soberana, também genericamente aplicável a todos que se enquadrem nas condições descritas pelo ato concessivo, que, no caso, é da competência exclusiva do Presidente da República (art. 84, XII, da CF).*

*Aplica-se, no entanto, só a réus ou funcionários já condenados.*

*Cabem, com relação ao indulto, exatamente os mesmos comentários feitos ao instituto da anistia: comunicabilidade restrita do indulto criminal ao campo administrativo, admissibilidade de indulto também às infrações disciplinares, restringindo-se literalmente aos termos do decreto concessório.*

*Graça*

*Também da competência exclusiva do Presidente da República (art. 84, XII, da CF), essa forma de clemência soberana difere do indulto pelo fato de dirigir-se a indivíduo determinado, já condenado. É um indulto individual (...).*

*As repercussões da graça criminal na esfera administrativa são da mesma natureza das do indulto, do qual, como se viu, é espécie, restringindo-se aos precisos termos do decreto concessivo.” Edmir Netto de Araújo, “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, pgs. 237 a 239, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

A título de exemplo, mencione-se a anistia concedida, pela Lei nº 8.878, de 11/05/94, aos servidores e empregados que haviam sido exonerados, demitidos, despedidos ou dispensados, no período entre 16/03/90 e 30/09/92, de forma inconstitucional ou ilegal ou por motivação política ou ainda em decorrência de movimento grevista, já mencionada em **3.2.4.1.2** e em **3.2.4.2.1**. A anistia decorre de um ato concessivo da Administração em favor do faltoso, permitindo-lhe a readmissão no serviço público e, como tal, não se confunde com a reintegração operada em decorrência do cometimento de ato ilegal por parte do Estado. Enquanto esta assegura ao servidor o restabelecimento de todos seus direitos funcionais à época do desprovimento, aquela não tem o condão de retroagir para restabelecer direitos funcionais (conforme explicita a própria literalidade do art. 6º da mencionada Lei).

*Lei nº 8.878, de 11/05/94 - Art. 1º É concedida anistia aos servidores públicos civis e empregados da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sob controle da União que, no período compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992, tenham sido:*

*I - exonerados ou demitidos com violação de dispositivo constitucional ou legal;*

*II - despedidos ou dispensados dos seus empregos com violação de dispositivo constitucional, legal, regulamentar ou de cláusula constante de acordo, convenção ou sentença normativa;*

*III - exonerados, demitidos ou dispensados por motivação política, devidamente caracterizado, ou por interrupção de atividade profissional em decorrência de movimentação grevista.*

*Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, ao servidor titular de cargo de provimento efetivo ou de emprego permanente à época da exoneração, demissão ou dispensa.*

*Art. 2º O retorno ao serviço dar-se-á, exclusivamente, no cargo ou emprego anteriormente ocupado ou, quando for o caso, naquele resultante da respectiva transformação e restringe-se aos que formulem requerimento fundamentado e acompanhado da documentação pertinente no prazo improrrogável de sessenta dias, contado da instalação da comissão a que se refere o art. 5º, assegurando-se prioridade de análise aos que já tenham encaminhado documentação à Comissão Especial constituída pelo Decreto de 23 de junho de 1993.*

## **4.14 - RESPONSABILIDADES**

Um único ato cometido por servidor pode repercutir, simultaneamente, nas esferas administrativa, penal e civil.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.*

*Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.*

*Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.*

*Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.*

*Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.*

*Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.*

É de se reiterar que uma das possíveis consequências do processo administrativo disciplinar é a configuração da responsabilidade administrativa do servidor por atos cometidos no exercício do cargo ou a ele relacionados. De acordo com a tripartição da responsabilidade estabelecida no art. 121 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e a consequente enumeração de três responsabilizações nos arts. seguintes (122, 123 e 124), interpreta-se que o art. 124, mencionando a responsabilidade “civil-administrativa”, reporta-se à responsabilização administrativa propriamente dita (de forma que o prefixo “civil” se refere à natureza cível da responsabilização administrativa, que, embora não possua o dolo e a culpa expressos em seus enquadramentos, deles não pode prescindir para se cogitar de enquadramento disciplinar, conforme já comentado em **4.6.3**). Não obstante, no curso desta apuração administrativa, pode a comissão se deparar com ilícitos civis ou penais. Nestes casos, a Administração deve adotar algumas providências legalmente previstas.

Ou seja, além da responsabilização administrativa (por atos contrários ao Estatuto), apurada no rito da Lei nº 8.112, de 11/12/90, detalhadamente descrito em todos os tópicos anteriores do presente texto, pode haver responsabilização civil (por danos causados ao erário e a terceiros e que tanto pode se esgotar excepcionalmente na via administrativa quanto em regra pode necessitar de ingresso na via judicial) e responsabilização penal (por crimes ou contravenções cometidos como servidor e que obrigatoriamente segue o rito judicial do CPP), conforme já abordado em **3.2.1**.

### **4.14.1 - Responsabilização Civil**

Para o foco pessoal do agente público, de imediato, antecipe-se que, no atual

ordenamento jurídico, a responsabilidade civil de servidor tem natureza subjetiva. Em outras palavras, a obrigação pessoal do agente público em reparar dano em decorrência do exercício do seu cargo requer a comprovação de que a sua conduta causadora do prejuízo foi dolosa ou culposa, em ato comissivo ou omissivo. Sem este pré-requisito essencial, ainda que a atuação pública do servidor tenha acarretado dano, não se cogita de responsabilizá-lo civilmente a reparar. Relembre-se de **3.2.1** que a responsabilidade civil não tem índole punitiva, mas sim patrimonial e indenizatória.

*CC - Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ao ilícito.*

*Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

*Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.*

Da mesma forma como se aduziu para a responsabilidade administrativa, em **3.2.3.5.2**, tem-se que a simples comprovação de que, objetivamente, de fato, ocorreu dano (avaria ou quebra) ou desaparecimento (perda, extravio, furto ou roubo) de um bem, mercadoria ou processo não necessariamente implica responsabilidade civil reparatória para o servidor cujo nome consta do respectivo termo de responsabilidade e/ou para o servidor (se diferente) que o tinha em uso ou guarda no momento da ocorrência do fato. A responsabilização civil também é de índole subjetiva, não se tolerando cogitar de imposição meramente objetiva de reparar o dano ou perda, sem a comprovação do ânimo subjetivo do responsável.

Neste rumo, repete-se, com maior aplicabilidade, uma vez que trata justamente de repercussão civil, a seguinte decisão adotada pelo Tribunal de Contas da União:

*TCU, Tomada de Contas nº 450.131/96-3, Relatório: “No caso em exame, os fatos são estes: os agentes públicos receberam alguns objetos integrantes do patrimônio da entidade e deles passaram recibo. Este documento constitui termo de responsabilidade. Os objetos foram subrepticiamente subtraídos das salas da repartição por terceiro desconhecido. A autoria do ilícito não foi descoberta pelo procedimento legal específico. Com fundamento nesses fatos, entende o Ministério Público que os elementos apresentados são insuficientes para precisar, adequadamente, a responsabilidade da autoridade administrativa.*

*Voto: Deverão ressarcir o Erário aqueles que, dolosa ou culposamente, derem causa a prejuízo ao patrimônio público. No caso vertente, conforme bem assinalado pelo representante do ‘Parquet’, tal hipótese não restou configurada nos autos. O ‘Termo de Responsabilidade’ somente obrigará o respectivo signatário a responder subsidiariamente pelo desvio do bem sob sua guarda caso se comprove que sua conduta contribuiu para o desaparecimento do mesmo.”*

Não obstante, novamente recomenda-se que o servidor signatário do termo de responsabilidade e/ou detentor do bem objeto de furto ou roubo registre a ocorrência policial, no Departamento de Polícia Federal (conforme competência estabelecida no art. 144, § 1º, I e IV da CF), e comunique o fato a seu chefe imediato (esta comunicação à chefia é recomendável também no caso de dano de bem).

Analogamente ao que se expôs para responsabilização administrativa, não se cogita de responsabilizar civilmente um servidor, obrigando-o a indenizar a União por um bem danificado ou extraviado, descontando de sua remuneração, sem antes se ter comprovado, no devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, seja em via administrativa, seja em via judicial, que ele, no exercício de seu cargo, agiu com culpa ou dolo no evento.

Neste ponto, ressalve-se a simplificação introduzida pela Instrução Normativa CGU nº

4, de 17/02/09, conforme já aduzido em **3.2.3.5.2**. Segundo esta norma, o dano ou desaparecimento de bem decorrente de conduta culposa por parte do servidor e causador de prejuízo inferior a R\$ 8.000,00 pode ter sua apuração encerrada em TCA, sem rito disciplinar, se o agente público aquiescer em ressarcir ao erário, poupando-se a instauração de PAD ou sindicância disciplinar. Ou seja, aquela norma atuou inovando apenas a instância disciplinar, em nada alterando a repercussão civil, não sendo relevante para o presente tópico.

Menos ainda se pode cogitar de exigir de um grupo de servidores a indenização de um bem pelo simples fato de todos trabalharem no local onde se deu o sinistro, diluindo a responsabilidade civil sem o devido processo legal, se foi impossível a individualização ou se a Administração não foi capaz de identificar o responsável. Assim, repetem-se as citações de fontes administrativas e doutrinária.

*Parecer AGU nº GM-1, vinculante: “Ementa: A imputação administrativa da responsabilidade civil exige que se constate a participação de todos os envolvidos nas irregularidades, considerados individualmente.*

*Formulação Dasp nº 261. Responsabilidade administrativa*

*A responsabilidade administrativa deve ser individualizada no respectivo processo, vedada, na impossibilidade de indicação do culpado, a sua diluição por todos os funcionários que lidaram com os valores extraviados.*

*“(...) não se permite a extensão da responsabilidade, de modo genérico, quando não for possível a individualização da responsabilidade.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 184, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

A imputação de que foi determinado servidor que, com intenção, negligência, imperícia ou imprudência, danificou ou extraviou o bem (ou propiciou que terceiro o fizesse) pode decorrer de várias formas juridicamente lícitas de comprovação, sendo aceitos desde o reconhecimento não litigioso por parte do próprio servidor (como o TCA, por exemplo, já exposto em **3.2.3.5.2**) ou apuratórios administrativos (de que a sindicância disciplinar e o PAD são os principais exemplos, podendo-se ainda citar a tomada de contas especial, detalhada ao final do presente texto), até apurações em processos civis judiciais (ação de reparação de dano - ou ação indenizatória - e ação de improbidade), antes mesmo de apurações administrativas, à vista da consagrada independência das instâncias.

Não se confunde a conclusão obtida em meios administrativos de que o servidor, no exercício culposo ou doloso de seu cargo, acarretou prejuízo com a independente apuração da responsabilidade civil indenizatória, que, em regra, requer rito judicial. Obviamente que a apuração da responsabilidade civil (de repercussão patrimonial), no rito judicial, é independente da apuração da responsabilidade administrativa (de repercussão punitiva, no rol do art. 127 da Lei nº 8.112, de 11/12/90), podendo ocorrer antes, simultaneamente ou depois desta última. Nada impede o ajuizamento da ação civil antes mesmo de sequer se ter instaurada apuração administrativa ou antes de se ter tal apuração concluída. Destaque-se que, mesmo que já exista apuração administrativa acerca de dano causado por servidor com dolo ou culpa no exercício de seu cargo, pode haver a independente ação judicial, com seus requisitos probatórios próprios do CPC e garantindo ao acusado o exercício da ampla defesa e do contraditório, para apurar a responsabilização civil, cujo resultado pode até discrepar daquele obtido na instância administrativa. Não obstante, sem negar a independência das instâncias, o que se recomenda, no caso de já haver a prévia apuração da responsabilidade administrativa, é que a Administração aproveite-a como peça de instrução da ação civil judicial, auxiliando na individualização da responsabilidade civil de indenizar, uma vez que ambas as instâncias guardam índole subjetiva.

No caso específico em que a apuração da culpa subjetiva deu-se no escopo da sindicância disciplinar ou do PAD, a comissão, após ter quantificado ou ao menos indicado o prejuízo, ao final, propõe à autoridade julgadora que proceda à comunicação do fato à unidade do local de ocorrência do fato, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Ministério da

Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), mais especificamente à Secretaria Federal de Controle Interno da CGU (CGU/SFC), conforme exposto em **4.10.6.4**. Este comunicado se justifica para que as instituições acima possam tomar suas respectivas providências na busca do ressarcimento do dano, que podem variar desde a simples lavratura de um acordo amigável com o responsável até a promoção de um processo judicial de execução.

*“Lembre-se de que o processo administrativo disciplinar não pode ter por efeito ou penalidade compelir o servidor a ressarcir os prejuízos causados à Administração, visto que as penalidades cabíveis em seu bojo são apenas aquelas previstas em lei (art. 127, I a VI, art. 130, § 2º, todos da Lei federal nº 8.112/1990.” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pgs. 122 e 123, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Conforme se verá adiante, dependendo de a quem o servidor tenha causado prejuízo exercendo seu cargo, a responsabilização de reparar pode encerrar-se totalmente na esfera administrativa, sem necessidade de provocação judicial, ou pode ser necessário o ingresso em juízo. Na verdade, a cobrança administrativa direta do débito é exceção, possível apenas com aquiescência do servidor ou em razão de impossibilidade de execução judicial. Em regra, tem-se a inscrição do débito em dívida ativa não tributária, para execução judicial.

A ação civil por responsabilidade do servidor em razão de danos causados ao erário é imprescritível.

*CF - Art. 5º*

*XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;*

*Art. 37.*

*§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.*

Não sendo a responsabilização civil de índole punitiva, tem-se que a ela não se aplica a garantia constitucional de que a pena não passa da pessoa do acusado, sendo certo que, em caso de morte do responsável, os sucessores arcam com a obrigação de reparar o prejuízo causado pelo agente, até o limite da herança.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 122.*

*§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.*

Ratifica-se o já exposto em **4.7.4.4.1**: no caso de ato funcional de natureza ímproba, para que se cogite de enquadramento no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, tomando por definição algum ato de improbidade administrativa definido no art. 10 da Lei nº 8.429, de 02/06/92 (qual seja, da espécie de ato gerador de dano ao erário), deve de fato a comissão estar diante de prática ensejadora do prejuízo e que tal prejuízo seja quantificável, cabendo-lhe inclusive tal quantificação (ainda que preliminar); em consequência desta linha interpretativa excludente, as condutas dolosas de natureza ímproba suscitadoras de inferência de algum dano ao erário mas em que este reste completamente inquantificável devem ser objeto de enquadramento no art. 9º ou no art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

No **Anexo III**, serão agrupados todos os apontamentos que possam interessar a respeito deste tema.

#### **4.14.1.1 - Dano Causado ao Erário**

Uma vez comprovada, administrativa ou judicialmente, a culpa subjetiva do servidor, quando, no exercício do seu cargo, causa dano apenas ao próprio erário, recomenda-se, com base na irredutibilidade salarial (do art. 7º, VI da CF) e no caráter alimentar da remuneração, que a Administração somente desconte em folha se o agente reconhecer aquela responsabilidade apurada e, não dispondo de outros recursos ou bens para pagar, autorizar desconto (no limite mínimo de 10% da remuneração, de acordo com a atual redação do art. 46 da Lei nº 8.112, de 11/12/90). Ou seja, neste caso, a solução até pode se limitar à esfera administrativa, sem necessidade de a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ajuizar ação civil de cobrança forçada.

A Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seus arts. 46 e 47, prevê alguns detalhes acerca da indenização ao erário a cargo do servidor. Caso o prejuízo tenha decorrido de recebimento indevido de remuneração e a reposição seja processada logo no mês subsequente, deve se dar em parcela única. E se este recebimento decorre de provimento judicial precário que venha a ser revogado ou rescindido, o ganho indevido será repostado com atualização. E, no caso de ex-servidor que se exonere ou que seja punido com demissão ou com cassação de aposentadoria ou disponibilidade ou com destituição de cargo em comissão e que esteja em débito com o erário, a quitação deve se dar em até sessenta dias da sua exclusão dos quadros.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*§ 1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*§ 2º Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*§ 3º Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*Art. 47. O servidor em débito com o erário, que for demitido, exonerado ou que tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, terá o prazo de sessenta dias para quitar o débito. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*Parágrafo único. A não quitação do débito no prazo previsto implicará sua inscrição em dívida ativa. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*Art. 122.*

*§ 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.*

*STF, Mandado de Segurança nº 24.182: “Ementa: 2. Desaparecimento de talonários de tíquetes-alimentação. Condenação do impetrante, em processo administrativo disciplinar, de ressarcimento ao erário do valor do prejuízo apurado. 3. Decisão da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados de desconto mensais, em folha de pagamento, sem a autorização do servidor. 4. Responsabilidade civil de servidor. Hipótese em que não se aplica a auto-executoriedade do procedimento administrativo. 5. A Administração acha-se restrita às sanções de natureza administrativa, não podendo alcançar, compulsoriamente, as consequências civis e penais. 6. À falta de prévia aquiescência do servidor, cabe à Administração propor ação de indenização para a confirmação, ou não, do ressarcimento apurado na esfera administrativa. 7. O Art. 46 da Lei no 8.112, de 1990, dispõe que o desconto em*

*folha de pagamento é a forma como poderá ocorrer o pagamento pelo servidor, após sua concordância com a conclusão administrativa ou a condenação judicial transitada em julgado.”*

*STF, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 524.143: “Ementa: Servidor público: a cobrança de valores indevidamente pagos pela Administração ao servidor não prescinde de processo administrativo, com obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (v.g. MS 24.182, Gilmar Mendes, DJ 3.9.04)”*

*“[o desconto em folha] é válido inclusive na hipótese prevista no § 6º do art. 37 da CF, mas, em qualquer caso, é necessária a concordância do responsável, porque a Administração não pode lançar mão dos bens de seus servidores, nem gravar unilateralmente seus vencimentos, para ressarcir-se de eventuais prejuízos. Faltando-lhe esta aquiescência, deverá recorrer às vias judiciais, quer propondo ação de indenização contra o servidor, quer executando a sentença condenatória do juízo criminal ou a certidão de dívida ativa (no caso de alcances e reposições de recebimentos indevidos).” Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, pg. 465, Malheiros Editores, 26ª edição, 2001*

*“Da mesma forma, o processo disciplinar não é o meio adequado para se quantificar o prejuízo causado pela Administração Pública. No máximo ele vai apontar a existência de prejuízo, contudo sua função precípua não é esta, mas sim apurar o que aconteceu na esfera disciplinar, focando-se na conduta humana. O resultado contábil desta conduta humana, muitas vezes, terá de ser delimitado em outro tipo de processo (tomada de contas especial ou um processo judicial).*

*Além disso, mesmo que se chegue à conclusão de que o servidor condenado em processo disciplinar por um ilícito disciplinar é responsável também por um prejuízo financeiro à administração (ilícito civil) ainda assim não poderá a Administração obrigar o servidor, apenas com base no processo disciplinar, a ressarcir ao erário o prejuízo causado. O Supremo Tribunal Federal (...), no Mandado de Segurança nº 24.182-9 (...), decidiu que ‘...5. A Administração acha-se adstrita às sanções de natureza administrativa, não podendo alcançar, compulsoriamente, as consequências civis e penais. 6. À falta de prévia aquiescência do servidor, cabe à Administração propor ação de indenização para a confirmação, ou não, do ressarcimento apurado na esfera administrativa’.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 18, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Relembre-se a conceituação já apresentada em **3.2.3.5.2**. O termo “erário”, como sinônimo de cofres públicos, reflete a ideia de dinheiros ou recursos públicos e abarca todos os valores monetários e mobiliários ou bens e mercadorias em poder da Administração e destinados à venda ou de qualquer forma conversíveis em moeda. Daí, erário ou cofres públicos significam, em síntese, delimitadamente, o conjunto de bens e de interesses de natureza econômico-financeira de cada um dos entes federados, quais sejam, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, relevando para o presente o que concerne à União. Diferentemente, de forma mais abrangente, a expressão “patrimônio público” (ou patrimônio nacional) alcança não só os bens e direitos de valor econômico, mas também aqueles de natureza artística, histórica, turística ou estética pertencentes a cada ente federado, conforme se mantém até os presentes dias a definição estabelecida pelo art. 1º, § 1º da Lei nº 4.717, de 29/06/65, que regulamenta a ação popular. Daí, patrimônio público ou nacional significa, em síntese, todos os bens públicos permanentes ou de consumo, materiais ou imateriais, ainda que não destinados à venda e não conversíveis em dinheiro.

Mas se o servidor não reconhecer, deve a Administração, por meio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ingressar no Poder Judiciário, a fim de ver inscrito em dívida ativa não tributária o débito apurado pela comissão (daí, a relevância das conclusões ou

indicações a cargo do colegiado, mencionadas em **4.10.6.4**). Muito superficialmente, apenas mencione-se que com esta inscrição, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional formará unilateralmente um título executivo, que redundará em um processo de execução. Já a execução desta dívida ativa não tributária, independentemente de em qual Ministério tenha se originado, se concentrará na Procuradoria-Geral da União, órgão também da estrutura da Advocacia-Geral da União e ao qual compete representar, judicialmente, os interesses da União no litígio civil, que se estabelecerá contra o servidor, uma vez que, à luz do princípio da indisponibilidade do interesse público, não pode a Administração dispor da indenização em favor do responsável. Conforme o art. 122, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, na falta de bens que assegurem a execução judicial do débito, a indenização pode ser liquidada na forma de desconto na remuneração do servidor (novamente no limite mínimo de 10% da remuneração, de acordo com a atual redação do art. 46 da Lei nº 8.112, de 11/12/90).

*STJ, Recurso Especial nº 1.163.8551. “Ementa: Em se tratando de responsabilidade civil de servidor público por conduta dolosa ou culposa causadora de dano ao erário, somente se houver sua autorização formal será possível a realização de descontos em seus vencimentos de valores devidos a título de ressarcimento, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.112/90, ou de sua cobrança por meio da emissão de GRU, como no caso. Se não houver, contudo, sua expressa anuência, é necessário o ajuizamento de ação judicial pela Administração com a finalidade de, apurada sua responsabilidade civil subjetiva, condená-lo a ressarcir o prejuízo causado ao erário.”*

Mencione-se que há ainda outras possibilidades de se buscar o ressarcimento ao erário, tais como instauração de tomada de contas especial (abordado no **Anexo III**) ou ajuizamento de ação judicial civil de improbidade.

#### **4.14.1.2 - Dano Causado a Particular, Ação Regressiva e Denúnciação à Lide**

Por outro lado, se a ação do servidor acarreta dano a particular, em decorrência do art. 37, § 6º da CF, a análise requer uma separação de efeitos. Primeiramente, a responsabilização civil de ressarcir a vítima recai sobre o Estado, abrangendo o *quantum* o particular perdeu, despendeu e deixou de ganhar em decorrência do sinistro (ou seja, abrange desde o dano emergente até o lucro cessante). Aqui, diferentemente da necessidade de se comprovar culpa subjetiva do agente, de acordo com o que a doutrina chama de teoria do risco administrativo (que assume a existência de um risco inerente da atividade pública sobre o particular), basta à vítima comprovar a ocorrência do dano e o nexo de causalidade entre este dano e a ação ou omissão da Administração para que já se justifique o dever estatal de indenizar, não lhe sendo necessário comprovar a culpa da Administração ou de seu agente. É como se aqui se operasse uma inversão do ônus da prova, incumbindo à Administração comprovar a culpa de terceiro, ou a culpa concorrente ou exclusiva da vítima, ou força maior e caso fortuito, para excluir ou atenuar sua responsabilidade civil de reparar.

*CF - Art. 37.*

*§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

Complementando a análise, retornando o foco para a repercussão sobre o servidor, relembre-se que, conceitualmente, a responsabilização civil de reparar o dano causado no exercício do seu cargo requer a comprovação, administrativa ou judicial, de que a conduta eivou-se de dolo ou culpa. Não havendo estes elementos da conduta, resta apenas a responsabilização objetiva do Estado em indenizar o particular.

Ou seja, para o caso em que a atitude dolosa ou culposa do servidor, no exercício do seu cargo, causa dano a terceiro, têm-se duas relações jurídicas de naturezas totalmente

distintas: além da já mencionada responsabilidade civil objetiva, na modalidade risco administrativo (que liga o particular à Administração, para a qual basta a comprovação do dano e da relação causal entre a atividade pública e o prejuízo), surge ainda, entre a Administração e o seu servidor, a responsabilidade subjetiva contra este último, que requer a comprovação da sua atitude culposa ou dolosa.

Neste caso, de dano dolosa ou culposamente causado pelo servidor a particular, no exercício de seu cargo, ao contrário de quando o dano é causado apenas ao próprio erário, sempre haverá processo judicial. A União somente indeniza o particular após decisão judicial definitiva de ação indenizatória (não lhe é dado o direito de dispor do interesse público, ressarcindo amigavelmente o particular). A vítima não tem relação direta com o servidor, que somente responde por seus atos (dolosos ou culposos) perante a Administração.

O art. 37, § 6º da CF assegura à Administração, uma vez indenizada a vítima, o direito de propor ação regressiva contra seu servidor cuja culpa subjetiva já foi previamente comprovada. Assim, não há ação regressiva contra o servidor sem as anteriores condenação definitiva da Administração e comprovação da culpa subjetiva do agente.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 122.*

*§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.*

A jurisprudência tem aceitado a denunciação à lide, instituto previsto no art. 125, II do CPC, com o qual o autor ou o réu do processo judicial chama a juízo terceira pessoa tida como garantia do seu direito, a fim de vê-lo desde já resguardado, caso venha a ser vencido na lide. Tendo a vítima arguido na inicial da ação indenizatória não só a responsabilidade objetiva do Estado mas também a culpa subjetiva do agente, é cabível o emprego daquele instituto jurídico (não é cabível a denunciação à lide quando não se argúi a culpa subjetiva do agente, pois se estaria incluindo fato novo não alegado na inicial). Assim, a União contesta a ação indenizatória movida pelo particular e denuncia, como litisconsórcio, o servidor já previamente responsabilizado.

#### **4.14.2 - Responsabilização Penal**

Quanto à responsabilização penal, a autoridade administrativa que tem conhecimento de indícios de crime ou contravenção é obrigada a representar ao Ministério Público Federal. A rigor, conforme **4.10.6.5**, como consequência do julgamento, à luz do art. 154, parágrafo único, e do art. 171, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a remessa ao Ministério Público Federal deve se dar ao final tanto da sindicância disciplinar quanto do PAD, como decorrência da observância dos princípios da legalidade, do devido processo legal e da presunção de inocência. Todavia, excepcionalmente, pode ser justificável que a comissão encaminhe a qualquer momento, antes do término do rito, representação penal à autoridade instauradora, a fim de que esta, se entender cabível e se assim o caso exigir (por exemplo, para obtenção de provas judiciais ou para prevenir prescrição penal), remeta-a ao *Parquet*.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.*

Mas, em todo caso e sobretudo na hipótese excepcional e atípica da antecipação, a proposta da comissão passa primeiramente pela autoridade instauradora, a fim de que se faça análise crítica jurídica cautelosa, avaliando apenas a existência de indícios, já que não é competência de agente administrativo apreciar crime e também com vista ao risco de pré-julgamento ou de dependência da instância penal. Decerto é que remessas prévias não prejudicam a remessa final, prevista em Lei.

A partir daí, na esfera penal, instaura-se o rito estabelecido no CPP, sintetizado abaixo, com as peculiaridades estabelecidas nos seus arts. 513 a 518, em função de o agente ser

servidor. Especificamente no caso de ato de abuso de autoridade (como espécie do gênero abuso de poder) que configure crime, segue-se o rito dos arts. 12 a 28 da Lei nº 4.898, de 09/12/65, e no caso de crimes funcionais associados a licitações, segue-se o rito dos arts. 100 a 108 da Lei nº 8.666, de 21/06/93, conforme descrito em **3.2.1.1**.

Diante da representação, o Ministério Público Federal pode ou não solicitar a instauração de inquérito policial - no foco de interesse deste texto, ao Departamento de Polícia Federal (conforme competência estabelecida no art. 144, § 1º, I e IV da CF para atuar como polícia judiciária da União, conforme já mencionado em **2.5.6.1**). Se, com base apenas na cópia do processo administrativo, o Ministério Público Federal considerar que há indícios ou provas de crime, pode dispensar o inquérito policial e oferecer diretamente denúncia à Justiça Federal de primeira instância, solicitando instauração da ação penal. Além disto, caso haja dano ao erário a reparar, o *Parquet* pode também solicitar o sequestro de determinado(s) bem(ns) (medida cautelar que antecede a pena de perdimento, diferindo da indisponibilidade, que recai genericamente sobre todo o patrimônio). Por outro lado, pode o Ministério Público Federal entender desde o início descartada a repercussão criminal e arquivar a representação.

Apresentada a denúncia, o juiz cita o acusado para que este apresente suas alegações prévias. O juízo pode acatar estas alegações e não receber a denúncia do Ministério Público Federal, não instaurando ação penal, podendo o *Parquet* recorrer à segunda instância (Tribunal Regional Federal). Por outro lado, se o juiz não acatar as alegações do acusado e receber a denúncia (contra o quê ele pode impetrar *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal), instaura-se a ação penal, procede-se à instrução processual e, ao final, o magistrado emite sua decisão, absolutória ou condenatória. Transitada em julgado esta decisão, há hipóteses (tanto de absolvição quanto de condenação) que repercutem na via administrativa, conforme será descrito em **4.14.4**.

Relembre-se, conforme já aduzido em **4.3.9** que, nos termos do art. 319 do CPP, pode o juiz determinar, como medida cautelar e sem prazo pré-definido, que o servidor réu do se mantenha afastado do exercício do cargo, quando houver possibilidade de o cargo ser usado para a prática criminosa

A título de informação, acrescente-se que a lei processual penal, ao tratar de medidas cautelares diferentes da prisão, confere ao juiz o poder de, por representação da autoridade policial ou do membro do Ministério Público Federal ou ainda de ofício, determinar o afastamento do cargo de servidor que esteja respondendo à ação penal, quando entender que a permanência em exercício possa ser utilizada para a prática criminosa. De se destacar que se trata de instituto distinto e independente do afastamento preventivo previsto no art. 147 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Enquanto aquele primeiro tipo de afastamento do cargo decorre de decisão judicial em vista da ação penal em curso e não tem marco final, o segundo tipo compete à autoridade administrativa em virtude se vislumbrar possibilidade de interferência no curso do processo administrativo e não pode ultrapassar 120 dias.

*CPP - Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 04/05/11).*

*VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 04/05/11).*

### **4.14.3 - Regra Geral da Independência das Instâncias**

Como regra geral, prevalece a independência das instâncias, de forma que, em decorrência de determinado ato cometido no exercício do cargo, pode-se configurar a responsabilização administrativa a despeito de não se configurarem as outras duas. Ou, por outro lado, configurando-se mais de uma responsabilização, as respectivas apurações são realizadas de forma independente, na via correspondente e pela autoridade competente para

cada caso, sem que, em princípio, uma tenha de aguardar a conclusão da outra e podendo as penas se cumulem.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.*

*Parecer AGU nº GQ-164, vinculante: “35. (...) A ligação com a lei penal admitida pelas normas disciplinares é restrita, exclusivamente, ao afastamento da responsabilidade administrativa no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou a autoria; a demissão decorrente de condenação por crime contra a Administração Pública; e ao prazo de prescrição (arts. 126, 132 e 142 da Lei nº 8.112).*

*36. Essa interdependência seria destoante do espírito e do sentido do art. 39 da C.F. e da Lei nº 8.112, de 1990, até mesmo porque o Direito Penal trata da restrição do direito de liberdade, cominando a pena de prisão simples, detenção e reclusão, embora existam a multa e as penas acessórias, como as interdições de direitos, quando o Direito Disciplinar não versa sobre a pena corporal, porém, no tocante às mais graves (é dispensável o enfoque das apenações mais brandas), prevê a desvinculação do servidor. O primeiro ramo destina-se a proteger, de forma genérica, a sociedade, sendo que o último objetiva resguardar especificamente a Administração Pública e o próprio Erário. São áreas jurídicas distintas, com penalidades de naturezas e finalidades diversas.”*

*STJ, Mandado de Segurança nº 8.998: “Ementa: (...) III - A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da administração pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade. Consoante entendimento desta Corte, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese.”*

*Idem: STF, Mandados de Segurança nº 19.395, 20.947, 21.113, 21.301, 21.332, 21.545 e 22.656; e STJ, Mandados de Segurança nº 7.024, 7.035, 7.205 e 7.138 e Recursos em Mandado de Segurança nº 9.859 e 10.592*

*STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 18.188: “Ementa: III - A independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. Somente em face da negativa de autoria ou inexistência do fato, a sentença criminal produzirá efeitos na seara administrativa, sendo certo que a eventual extinção da punibilidade na esfera criminal - in casu pela suspensão condicional do processo - não obsta a aplicação da punição na esfera administrativa.”*

Acrescente-se que também não repercute na instância disciplinar a transação penal, que, conforme o art. 76 da Lei nº 9.099, de 26/09/95, é ofertada pelo Ministério Público em lugar da apresentação da denúncia, à vista do atendimento de requisitos objetivos e subjetivos, nos crimes de ação pública de menor potencial ofensivo, em que a pena mínima cominada é igual ou inferior a dois anos, com o fim de mitigar a obrigatoriedade da ação penal em troca de multa ou de pena acessória (prestação de serviços sociais, por exemplo). Nem mesmo com a introdução do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) na processualística disciplinar, operada pela Instrução Normativa CGU nº 2, de 30/05/17, se cogita de aduzir que eventual transação na esfera criminal vincularia a Administração a tomar similar medida.

#### **4.14.3.1 - Absolvição Criminal por Insuficiência de Provas ou por Fato Não Ser Crime e Falta Residual**

Como consequência, tem-se, por exemplo, que a absolvição penal definitiva por falta de prova suficiente para imputar criminalmente não afasta a possibilidade de haver responsabilizações administrativa e civil, uma vez que a instrução probatória na ação penal é muito mais exigente, de forma que um conjunto probatório insuficiente para configurar crime pode ser suficiente para configurar ilícito disciplinar e obrigação de indenizar.

*Formulação Dasp nº 278. Absolvição judicial*

*A absolvição do réu-funcionário, por não provada autoria, não importa em impossibilidade da aplicação da pena disciplinar.*

*“Apesar de superveniente sentença penal absolutória, esta não terá repercussão na esfera administrativa, verbi gratia, se fundamentada na insuficiência de prova para a condenação penal (art. 386, VI, Código de Processo Penal). Inexiste, nessa hipótese, efeito vinculante da decisão absolutória proferida pelo juízo penal na instância administrativa, pois que não se enquadra nas hipóteses sufragadas nos arts. 126, da lei federal nº 8.112/90, e 935, do Código Civil em vigor.*

*A dúvida para a imposição de pena criminal ao acusado no processo penal pode ser mais rigorosamente cotejada pelo juiz ou tribunal competente, em face do maior rigor e cautela requeridos na instância judicial, do que aquela exigida para a aplicação de penalidade disciplinar pela autoridade administrativa competente, a qual tem competência para apreciar os mesmos fatos de forma diversa (...).” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pgs. 887 e 888, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Também, a absolvição criminal definitiva em razão de o fato não ser típico (ou seja, não ser crime) não impede a responsabilização administrativa se o mesmo fato for ilícito funcional (chamada falta residual), já que os enquadramentos administrativos são mais abrangentes que as restritas tipificações penais, conforme já abordado em **4.6.3**.

*STF, Enunciado da Súmula nº 18*

*Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.*

*“(...) podemos conceituar falta residual como sendo aquela que toma como suporte existencial de sua configuração fato não compreendido na sentença penal absolutória. Donde se inferir que a sentença criminal absolutória definitiva, ainda que negue categoricamente a existência da infração penal atribuída ao servidor, não poderá lançar eficácia na instância disciplinar para elidir punição que se embasa noutros fatos não contemplados na sua disposição.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 397, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“No intuito de melhor aclarar a noção conceitual de falta residual, veja-se, por exemplo, a hipótese do delito disciplinar consistente no ato de agressão física, no serviço, a colega de trabalho ou a terceiro que haja demandado a repartição. Tal comportamento configura, nos termos do art. 132, inciso VII, da Lei nº 8.112/90, transgressão disciplinar punível com demissão. E, ao mesmo tempo, constitui a infração penal de lesão corporal nos termos do art. 129 da lei penal. Pois bem, se a sentença criminal passada em julgado conclui, de modo seguro e categórico, que o funcionário agressor agiu em legítima defesa, própria ou de terceiro, restará, ‘ipso facto e ipso jure’, insubsistente e sem validade a reprimenda disciplinar que se tenha escorado nos fatos reconhecidos judicialmente como discriminados.*

*Nesse caso, o servidor agressor, havendo sido demitido por essa razão, poderá, com base em tal decisório penal, requerer no juízo cível competente a sua reintegração ao cargo de onde fora despojado por essa razão. Já não ocorrendo o mesmo quando sobre-reste resíduo disciplinar, isto é, quando, ‘verbi gratia’, o autor da agressão física, mesmo em legítima defesa, tenha-se comportado (desnecessariamente e com excesso) de modo escandaloso no*

*interior da repartição. Nesse caso, a conduta escandalosa, extrapolando o universo fático do comando sentencial que reconhece a circunstância licitizante aludida (legítima defesa), remanesce como razão jurídico-disciplinar idônea para motivar a punição daquele servidor, cuja conduta poderá enquadrar-se no art. 312 (sic), inciso V, da referida lei.*

*De efeito, infere-se que essa parte remanescente é o que constitui o resíduo disciplinar em comento, não alcançado pela decisão criminal absolutória, não sendo, por conseguinte, elidida por ela.” José Armando da Costa, “Controle Judicial do Ato Disciplinar”, pgs. 233 e 234, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2002*

*(Nota: subentende-se que o autor quis se referir ao art. 132, inciso V, e não ao art. 312, inciso V da Lei nº 8.112, de 11/12/90.)*

#### 4.14.4 - Exceções à Independência das Instâncias

Embora a princípio se consagre a independência das instâncias, há situações que, uma vez comprovadas de forma irrecorrível no rito penal, repercutem necessariamente nas outras duas esferas.

Indubitavelmente, a sentença penal definitiva, exarada sob o manto dos rígidos princípios do Direito Penal e do processo penal (tais como os princípios da reserva legal, da tipicidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da defesa técnica e da verdade material), apresenta-se, tecnicamente, *a priori* e em tese, como uma decisão mais qualificada e criteriosa que aquelas da esfera civil e administrativa. A jurisprudência reflete tal posicionamento, sem não antes deixar cristalino que a excepcional vinculação inequívoca de que aqui se trata nasce com a definitividade da decisão judicial. Reconhece-se que pode não ser comum e que pode até causar certa insegurança funcional, mas não atinge o patamar de antijurídico o fato de a Administração divergir de sentença ou até mesmo de acórdão judicial ainda não alçado à definitividade do trânsito em julgado. Ora, se neste estágio é dado ainda ao próprio Poder Judiciário o poder reformador da decisão antecedente, com mais certeza se afirma a legitimidade de a Administração, desde que calcada e acautelada em minudente e rica motivação, também ainda adotar uma linha divergente.

*STJ, Mandado de Segurança nº 13.599: “Ementa: 2. O Processo Administrativo Disciplinar não é dependente da instância penal, não se exigindo, dest'arte, para a aplicação da sanção administrativa de demissão, a prévia condenação, com trânsito em julgado, do Servidor no juízo criminal, em Ação Penal relativa aos mesmos fatos; porém, quando o Juízo Penal já se pronunciou definitivamente sobre esses fatos, que constituem, ao mesmo tempo, o objeto do PAD, exarando sentença condenatória, não há como negar a sua inevitável repercussão no âmbito administrativo sancionador.”*

Acerca do acima exposto, é de se advertir: defender ainda a independência das instâncias em termo de entendimento administrativo em face de decisão judicial não transitada em julgado em nada se confunde com qualquer possibilidade de o agente administrativo descumprir a ordem judicial emanada, mesmo que em grau precário ou não definitivo, se ainda não reformada. Figurativamente: pode ocorrer de a primeira instância judicial decidir pela absolvição penal do réu por entender que não existiu o fato tipificado como crime funcional e, não obstante, a Administração pode ainda, mediante detalhada motivação, manter a demissão aplicada em decorrência do mesmo fato, pois somente se diz da vinculação da sede penal sobre a administrativa quando da decisão definitiva e isto não se confunde com a situação indefensável de, já na primeira instância, o acusado obter provimento judicial declarando nula a pena de demissão que lhe foi imposta e a autoridade administrativa coatora descumprir a ordem sob alegação improcedente de que ainda não se trata de decisão judicial transitada em julgado.

#### 4.14.4.1 - Absolvição Criminal por Inexistência do Fato ou Autoria ou por Excludentes de Ilicitude

Assim, como exceção à independência das instâncias, buscando evitar decisões contraditórias, tem-se que as responsabilizações administrativa e civil, decorrentes de crime, serão afastadas pela absolvição criminal em função da definitiva comprovação da inocorrência do fato ou da não autoria.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.*

*CC - Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.*

Embora não expresso na Lei nº 8.112, de 11/12/90, inclui-se também como exceção à independência das instâncias a possibilidade de a ação criminal comprovar a existência de excludente de ilicitude a favor do servidor (atuação ao amparo de estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito ou cumprimento de dever legal) ou comprovar a sua inimputabilidade. Seria incoerente o juízo criminal aceitar que uma afronta a um bem tutelado estivesse amparada por excludente de ilicitude e a autoridade administrativa não acatasse tal conclusão.

*CPP - Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.*

*STF, Recurso Extraordinário nº 19.395: “Ementa: A violação dos deveres que incumbem ao funcionário pode acarretar consequências legais de três sortes: penais, de direito privado e disciplinares. Tão indiscutível é a competência do Poder Judiciário para conhecer das duas primeiras quanto a da autoridade administrativa para tomar conhecimento das últimas. Subordinar em tal caso a ação da autoridade administrativa à da autoridade judiciária, colocando-a na contingência de conservar, até que esta se pronuncie, um funcionário não vitalício, convencido de faltas que o incompatibilizam com o serviço público e exigem o seu afastamento imediato do cargo, seria desconhecer que as duas obedecem a critérios diversos, dirigem-se a fins diversos e guiam-se por normas também diversas. Um fato pode não ser bastante grave para motivar uma sanção penal, não reunir os elementos de um crime, e ser, entretanto, suficientemente grave para justificar uma sanção disciplinar. Se, porém, o julgado criminal negar não apenas o crime, mas o próprio fato ou a respectiva autoria, forçoso será reconhecer o efeito daquele julgado, no cível. No caso, foi negado apenas a existência do crime e isso não invalida o processo administrativo, que teve transcurso legal e de que resultou a demissão do funcionário.”*

*STJ, Recurso Especial nº 1.090.425: “Ementa: (...) 2. A sentença penal absolutória que reconhece a ocorrência de causa excludente de ilicitude (estado de necessidade) faz coisa julgada no âmbito administrativo, sendo incabível a manutenção de pena de demissão baseada exclusivamente em fato que se reconheceu, em decisão transitada em julgado, como lícito. (...)”*

*“No final dos trabalhos apuratórios, chegando a comissão, de modo unânime ou por maioria, ao convencimento de que o fato atribuído ao acusado foi cometido em circunstâncias lícitantes (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito), deverá, em vez de indiciá-lo, suscitar o julgamento antecipado do processo.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 180, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“d) existência reconhecida de excludente de criminalidade (art. 23 do Código*

*Penal): se a sentença reconheceu que o ato foi praticado em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, embora existente o fato, e com autoria determinada, a conduta foi juridicizada e tal sentença faz coisa julgada no cível (art. 65, CPP). Portanto, na esfera administrativa o efeito é o mesmo, a conduta perde o caráter de ilicitude.” Edmir Netto de Araújo, “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, pg. 257, Editora Revista dos Tribunais, 1994, 1ª edição*

Análoga extensão deve ser aceita se o juízo criminal se manifestar pela excludente da culpabilidade, seja em função de coação irresistível, seja em função de obediência hierárquica.

#### **4.14.4.2 - Condenação Criminal Definitiva**

Por fim, tem-se que, em primeira leitura, no CPP e na Lei nº 8.112, de 11/12/90, a condenação criminal definitiva não vincula de forma expressa as responsabilizações administrativa e civil se o ato criminoso englobar também uma falta disciplinar e dele decorrer prejuízo ao erário ou à vítima.

Mas, uma vez que a esfera penal, com toda sua cautela e rigor na aceitação da prova, ainda assim considerou comprovados o fato e a autoria, pode parecer incompatível e incoerente que a instância administrativa chegue a um resultado diferente.

Além desta mencionada incoerência, reforça-se a tese da possível repercussão da sentença penal condenatória na instância disciplinar com o dispositivo expresso no art. 935 do CC, uma vez que tal sentença decide acerca da existência do fato e do seu autor.

*CC - Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.*

*STJ, Mandado de Segurança nº 13.599: “Ementa: 2. O Processo Administrativo Disciplinar não é dependente da instância penal, não se exigindo, dest'arte, para a aplicação da sanção administrativa de demissão, a prévia condenação, com trânsito em julgado, do Servidor no juízo criminal, em Ação Penal relativa aos mesmos fatos; porém, quando o Juízo Penal já se pronunciou definitivamente sobre esses fatos, que constituem, ao mesmo tempo, o objeto do PAD, exarando sentença condenatória, não há como negar a sua inevitável repercussão no âmbito administrativo sancionador. 3. É nula a aplicação de sanção demissória a Servidor Público, quando a Comissão do PAD não logra reunir elementos probatórios densos, sérios e coerentes da prática do ato infracional punível com a demissão e da sua autoria, mas se esses elementos já foram devidamente apurados na instância criminal, com a emissão de sentença condenatória, tem-se os fatos do PAD como igualmente comprovados, eis que são os mesmos que serviram de supedâneo ao Juízo Penal.”*

*“Quando o funcionário for condenado na esfera criminal, o juízo cível e a autoridade administrativa não podem decidir de forma contrária, uma vez que, nessa hipótese, houve decisão definitiva quanto ao fato e à autoria, aplicando-se o art. 935 do Código Civil de 2002.” Maria Sylvania Zanella Di Pietro, “Direito Administrativo”, pg. 592, Editora Atlas, 19ª edição, 2006*

Ressalve-se que eventual absolvição na instância administrativa sucedida de posterior condenação penal definitiva pode autorizar a reinstauração do processo disciplinar, desde que dentro do prazo quinquenal previsto no art. 54 da Lei nº 9.784, de 29/01/99 (para que a Administração anule atos administrativos de que tenha decorrido efeitos favoráveis ao administrado), e pode até suscitar a apenação, desde que também com atenção ao prazo prescricional.

Acrescente-se ainda que, nos termos já expostos em **4.7.4.1.2**, o art. 92 do CP permite que o juiz manifeste a perda do cargo como efeito acessório na sentença condenatória com pena privativa de liberdade. E, na hipótese de que o magistrado não o fizer, em tese, a repercussão se daria, caso ainda não tivesse sido processada a via administrativa (o que não é comum) com o enquadramento no art. 132, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Some-se ainda, em relação ao já abordado em **4.7.4.1**, que o art. 91 do CP prevê outra repercussão: a perda de bens obtidos em razão do crime, em favor da União, a ser precedida pela medida cautelar do sequestro de bens.

*CP - Art. 91 - São efeitos da condenação:*

*II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:*

*b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.*

#### **4.14.5 - Repercussão do Julgamento de Contas por Parte do Tribunal de Contas da União**

O Tribunal de Contas da União tem competência constitucional (art. 71, II da CF) de julgar as contas dos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos e das autoridades que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. Deste julgamento, pode o Tribunal de Contas da União aplicar pena de multa, proporcional ao dano (art. 71, VIII da CF).

Destaque-se que esta responsabilidade imposta pela Corte de Contas, como órgão auxiliar do Congresso Nacional na realização do controle externo (fiscalização contábil, financeira e orçamentária) em nada se confunde com a responsabilização administrativa a ser imposta pelo Poder Executivo. São instâncias independentes, consagrando a autonomia dos Poderes. Tanto é verdade que cabe ao Tribunal de Contas da União, detectando irregularidade, além de aplicar as sanções de sua alçada, representar ao órgão administrativo do servidor sobre irregularidades ou abusos que porventura apure quando do exercício de sua competência (art. 71, XI da CF).

Guarda-se analogia ao que acima foi exposto, em **4.14.3** e **4.14.4**, quanto à esfera penal, quando se tem julgamento de contas dos gestores públicos por parte do Tribunal de Contas da União. A regularidade de contas julgada pelo Tribunal não impede repercussão disciplinar, em instância administrativa, contra o gestor, bem como não necessariamente o julgamento pela irregularidade impõe tal repercussão, pois, em que pese o seu nome, o órgão não integra o Poder Judiciário e, portanto, suas manifestações não têm força de coisa julgada.

*Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: “29. A decisão do TCU, adotada em vista de sua função institucional, repercute na ação disciplinar dos órgãos e entidades integrantes da administração pública na hipótese em que venha negar especialmente a existência do fato ou a autoria.*

*30. O julgamento da regularidade das contas, por si só, não indica a falta de tipificação de infração administrativa (...).”*

*STF, Recurso em Mandado de Segurança nº 29.912: “Ementa: Surgem independentes as atribuições da Controladoria-Geral da União, do Tribunal de Contas da União e de comissão condutora de processo administrativo. Os primeiros são órgãos responsáveis, respectivamente, pelo controle interno e externo das contas dos administradores. A cargo da comissão fica a apuração de falta funcional.”*

*“A aprovação das contas pela Corte específica não faz coisa julgada oponível na esfera administrativa.”, Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 296, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*



## 5 - CONTROLES INTERNO E EXTERNO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

### 5.1 - VIAS RECURSAIS DE CONTROLE INTERNO

#### 5.1.1 - Direito de Petição e Requerimento

Preliminarmente, convém abordar que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seus arts. 104 a 115, previu o chamado direito de petição (que, como gênero, sintetiza o direito de o administrado se reportar e requerer diretamente à Administração, em defesa de seu direito particular ou de interesse legítimo), como reflexo das garantias estabelecidas no art. 5º, XXXIII e XXXIV da CF. E esta matéria tem aplicação ampla na vida funcional, nas mais diversas formas de manifestação da relação jurídico-estatutária que se firma entre servidor e Administração, visto que a Lei a contemplou no seu Título III, que especifica todos os direitos e vantagens assegurados ao servidor perante a Administração. Não é, portanto, matéria encartada nos Títulos IV e V, que tratam especificamente da disciplina e da correição.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 104. É assegurado ao servidor o direito de requerer aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou interesse legítimo.*

*Art. 105. O requerimento será dirigido à autoridade competente para decidi-lo e encaminhado por intermédio daquela a que estiver imediatamente subordinado o requerente.*

*(Arts. 106 a 109 seguem em 5.1.1)*

*Art. 110. O direito de requerer prescreve:*

*I - em 5 (cinco) anos, quanto aos atos de demissão e de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou que afetem interesse patrimonial e créditos resultantes das relações de trabalho;*

*II - em 120 (cento e vinte) dias, nos demais casos, salvo quando outro prazo for fixado em lei.*

*Parágrafo único. O prazo de prescrição será contado da data da publicação do ato impugnado ou da data da ciência pelo interessado, quando o ato não for publicado.*

*Art. 111. O pedido de reconsideração e o recurso, quando cabíveis, interrompem a prescrição.*

*Art. 113. Para o exercício do direito de petição, é assegurada vista do processo ou documento, na repartição, ao servidor ou a procurador por ele constituído.*

*Art. 114. A administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade.*

*Art. 115. São fatais e improrrogáveis os prazos estabelecidos neste Capítulo, salvo motivo de força maior.*

E o Estatuto prevê, neste direito de petição, três distintos institutos: o requerimento, o pedido de reconsideração e o recurso hierárquico (conforme seus arts. 105 a 107). Trazendo a discussão para o enfoque disciplinar, este direito de petição, ao garantir ao servidor o direito de participar do apuratório, se reportando à comissão ou à autoridade competente, para junto a elas requerer algo, materializa uma consequência das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. E, na fase do julgamento, diferentemente do que se comentou em 4.4.1.5 (de que, no inquérito, conduzido pela comissão, não cabe recurso hierárquico contra decisão do colegiado), é possível a interposição de recurso hierárquico contra decisão da autoridade julgadora.

Abordando inicialmente o requerimento, é necessário de imediato destacar que o termo gera certa confusão, visto que pode ser empregado tanto em sentido amplo como em sentido estrito. *Lato sensu*, “requerer” pode ser compreendido, em gênero, como o próprio direito de petição, com ele se confundindo, conforme art. 104 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Por outro lado, há o requerimento *stricto sensu* do art. 105 da mesma Lei, com o qual o servidor se dirige à Administração para solicitar algo de seu interesse ou para modificar alguma situação que originariamente se mostra contrária a ele.

Lembrando que esta matéria do direito de petição não se insere, na Lei nº 8.112, de 11/12/90, no âmbito da matéria disciplinar, se revela de difícil concretização a aplicação do requerimento *stricto sensu* no processo administrativo disciplinar. Ademais, o art. 110, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, na única ligação que a Lei expressou entre requerimento e matéria disciplinar, estabeleceu prazo prescricional de cinco anos para que o servidor requeira quanto a atos de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade. Todavia, conforme se verá adiante, em **5.1.3**, especificamente na matéria disciplinar, existe, por previsão legal, o instituto da revisão, com o qual o servidor pode voltar a discutir a imputação de responsabilidade e a aplicação de qualquer pena. Enquanto esta revisão pode ser cogitada a qualquer tempo, a previsão genérica do direito de petição concede o requerimento sob prazo prescricional de cinco anos. Diante da discrepância no parâmetro temporal, para a matéria disciplinar, elege-se o dispositivo mais específico, qual seja, a revisão, em detrimento do requerimento. Em **5.1.3**, na apresentação do instituto da revisão, se propõe a única interpretação que se vislumbra de aplicação do instituto do requerimento (quinquenalmente prescritível) à matéria disciplinar.

Assim, já partindo do enfoque delimitado do que é aplicável na prática da matéria disciplinar, tem-se que os arts. 106 a 108 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, estabelecem dois institutos que asseguram o duplo grau de jurisdição, ou seja, o direito de o servidor recorrer contra decisões da Administração. Dentre os três institutos genericamente previstos e citados acima, para a matéria de interesse, restam o pedido de reconsideração, dirigido à própria autoridade que decidiu, e o recurso hierárquico, dirigido às autoridades superiores.

Porém, conforme já destacado linhas acima, por não serem institutos previstos especificamente nos Títulos IV e V da Lei, que tratam unicamente da matéria disciplinar, devem ser vistos com a cautela de um emprego adaptado por extensão, conforme, por exemplo, já se abordou em **4.4.1.5**. A rigor, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não prevê um recurso específico do processo administrativo disciplinar. Nesta instância, a possibilidade de reforma está prevista tão somente no instituto da revisão processual, que, doutrinariamente, não é um recurso em sentido estrito.

Destaque-se que a interrupção de prescrição mencionada no art. 111 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, refere-se à prescrição do direito de requerer, previsto no art. 110 da mesma Lei, em nada interferindo na prescrição da punibilidade disciplinar, que, conforme já abordado em **4.13.2.1**, se interrompe apenas uma vez, com a instauração do processo disciplinar.

*“(...) o pedido de reconsideração, ou o recurso, pode eventualmente interromper o prazo prescricional, ou seja, os cinco anos, no caso do inc. I do art. 110, ou os 120 dias, no caso do inc. II. Uma vez interrompido o prazo, ele fica em suspenso, até, por outra razão, voltar a fluir, do ponto em que parou.”*  
*Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis”, pgs. 201 e 202, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

E, como resultado do controle interno, aproveitando-se aqui para agregar também o que já foi exposto em **4.12** (acerca de declaração de nulidade), independentemente de qual instrumento se utilize, tem-se que a pluralidade de instâncias administrativas se traduz no processo disciplinar em direito a reexame, dos aspectos legais e de mérito, podendo ser suscitado tanto a pedido do interessado quanto de ofício. Em outras palavras, pode-se ter a anulação do ato, de ofício ou a pedido, quando se detectam vícios de legalidade (vícios sobre algum de seus requisitos necessários à validade, tais como defeitos de competência, finalidade, forma, motivo ou conteúdo) que o invalidem, ou a sua revogação, quando se altera o entendimento de mérito de um ato a rigor válido. Enquanto a anulação tem aplicação retroativa (*ex tunc*), eliminando todas as consequências decorrentes do ato inválido desde o

seu nascedouro e impedindo seus efeitos futuros, a revogação tem eficácia irretroativa (*ex nunc*), eliminando apenas os efeitos futuros do ato, que até então era válido.

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.*

*Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.*

*“Ainda que o pedido do servidor apenado se restrinja a determinado aspecto do ato recorrido, nada impedirá que a autoridade revisora extrapole do contexto do petitório para alcançar outros tópicos não enfocados pelo recorrente. É o que se chama de julgamento ‘ultra petita’, que, embora defeso por princípio na cidadela do direito privado, não sofre nenhuma restrição no campo publicístico.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 451, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*  
*“Aqui, queremos ressaltar, desde logo, que o servidor público recorrente não deverá ser prejudicado na hipótese de interpor um recurso específico no lugar de outro. Ocorrendo essa impropriedade, deve o pedido do interessado, em atenção ao princípio da maior flexibilidade do processo disciplinar, ser recebido no sentido virtual do recurso próprio. Se a autoridade que o recebeu for incompetente para o julgamento, será o recurso encaminhado para quem o seja.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 455 e 456, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“É comum, na via administrativa, a interposição de um recurso por outro. Embora a lei de regência não se refira a esta circunstância, deve, neste caso, prevalecer o princípio da fungibilidade, até mesmo como forma de melhor aplicar o sistema de controle interno do ato administrativo, recebendo-se o pedido para exame e decisão pela autoridade competente.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 196, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Embora a via recursal seja mais afeta à resolução de questões de mérito, nada impede que o interessado se utilize de quaisquer das ferramentas recursais *lato sensu* de que dispõe tanto para nelas encartar, em prazo quinquenal, um pedido de anulação de determinado ato (mesmo sem apresentação de qualquer argumento, circunstância ou fato novos, apenas por entender ter se configurado nulidade por vício de legalidade) quanto para nelas encartar pedidos de revogação em mérito (por entender inadequada determinada decisão), seja ainda no curso do próprio processo, no prazo de trinta dias, mesmo que sem nenhuma nova alegação (como no recurso hierárquico) ou ao menos mediante novos argumentos (como no pedido de reconsideração), seja a qualquer tempo, mesmo já depois de arquivado o processo, mediante a necessária apresentação de fatos ou circunstâncias novas (como no pedido de instauração de revisão processual).

Já a Administração pode, de ofício, independentemente de argumento, circunstância ou fato novos, declarar nulidade de qualquer ato seu, seja a favor ou contra o interessado, e proceder à sua anulação, no prazo de cinco anos, caso detecte vício de legalidade, ou pode instaurar processo revisional, a qualquer tempo, caso detecte circunstância ou fato novos que possam alterar, favoravelmente ao apenado, a decisão anterior.

Dentre as hipóteses acima previstas, em qualquer caso em que se tenha uma anterior apenação anulada ou revogada em favor de um segundo ato punitivo (seja este mais ou menos gravoso que o anterior), não há que se cogitar de dupla apenação pelo mesmo fato (ou de *bis in idem*, vedado no ordenamento pátrio pela Súmula nº 19 do Supremo Tribunal Federal), já que a primeira punição e todos os seus efeitos, juridicamente, deixam de existir, a fim que de prevaleça apenas a segunda.

*STJ, Mandado de Segurança nº 14.040: “Ementa: 1. O processo administrativo*

*disciplinar pode ser revisto até mesmo de ofício, nos termos do art. 174 da Lei 8.112/90, razão pela qual correta a anulação do primeiro procedimento, sugerida em parecer fundamentado da Consultoria Jurídica do Ministério da Educação, que demonstra a necessidade da medida, em decorrência de ter sido proferida decisão de arquivamento, contrária à prova carreada aos autos. 2. Não há falar na incidência de bis in idem, se não houve duplicidade no exercício do poder punitivo da Administração, uma vez que anulado o primeiro processo administrativo disciplinar pela autoridade superior.”*

Embora somente tenha sido expressamente prevista a cláusula de vedação da *reformatio in pejus* na revisão (provavelmente, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não expressou a mesma cautela para o pedido de reconsideração e para o recurso hierárquico pelo fato de estes institutos, *a priori*, não estarem encartados no rito disciplinar, mas sim no gênero do direito de petição), entende-se incabível que, ao final de qualquer via recursal provocada pelo interessado, este tenha sua situação agravada. Não condiz com as garantias fundamentais e com o princípio da segurança jurídica que o administrado, ao tentar modificar uma decisão administrativa que lhe for contrária, seja por meio de pedido de reconsideração, seja por recurso hierárquico, seja por revisão, veja o instituto da via recursal ser utilizado contra ele próprio, quando ele mesmo deu início à provocação. O manejo de qualquer ferramenta recursal *lato sensu* pelo apenado (pedido de reconsideração, recurso hierárquico ou revisão a pedido) e ainda a revisão de ofício têm vedados o agravamento da decisão anterior. Dentro deste contexto ora abordado, de todas as hipóteses de extinção de um ato e de perda de seus efeitos, a única exceção é quando se dá a anulação da decisão, por vício de legalidade, de ofício, por iniciativa exclusiva da Administração, no prazo de cinco anos, em decorrência do princípio da autotutela, hipótese em que não se aplica a vedação à *reformatio in pejus*, podendo-se ter um segundo ato mais gravoso que o primeiro.

*CPP - Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.*

*“Em conclusão, podemos asseverar que a ‘reformatio in pejus’, consoante a compreensão resultante da boa lógica jurídica que norteia o relacionamento existente entre as normas e os princípios que constituem nosso ‘jus positum’, não encontra o menor eco na nossa processualística disciplinar.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 64, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Na hipótese mais específica de julgamento em processo disciplinar, não sendo o caso de declaração de nulidade *ex officio*, a única forma em que se vislumbra a possibilidade de refazimento de uma decisão para melhor refletir a verdade material, diante de fatos novos que tenham vindo à tona em razão de manejo, pelo interessado, de qualquer ferramenta recursal ou de revisão ainda que de ofício e que apontem contrariamente ao interessado, é a instauração de um procedimento totalmente novo e dissociado do anterior, em que se garanta a completude do rito ordinário, com todas as garantias de ampla defesa e contraditório, com atenção ao prazo prescricional a partir deste mais recente conhecimento da nova suposta irregularidade.

*STJ, Mandado de Segurança nº 13.523: “Ementa: 1. O simples rejuízo do processo administrativo disciplinar ofende o devido processo legal, por não encontrar respaldo na Lei 8.112/90, que prevê sua revisão tão somente quando houver possibilidade de abrandamento da sanção disciplinar aplicada ao servidor público. 2. O processo disciplinar se encerra mediante o julgamento do feito pela autoridade competente. A essa decisão administrativa, à semelhança do que ocorre no âmbito jurisdicional, deve ser atribuída a nota fundamental de definitividade. O servidor público punido não pode remanescer sujeito a rejuízo do feito para fins de agravamento da sanção, com a finalidade de seguir orientação normativa, quando sequer se apontam vícios no*

*processo administrativo disciplinar. 3. 'É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira' (Súmula 19/STF). 5. O ideal de justiça não constitui anseio exclusivo da atividade jurisdicional. Deve ser perseguido também pela Administração, principalmente quando procede a julgamento de seus servidores, no exercício do poder disciplinar.*

*Idem: STJ, Mandado de Segurança nº 13.341*

*STJ, Mandado de Segurança nº 10.950: "Ementa: 1. A Terceira Seção do STJ firmou compreensão no sentido de que, nos termos do disposto na Lei nº 8.112/1990, o Processo Administrativo Disciplinar somente poderá ser anulado quando constatada a ocorrência de vício insanável (art. 169, caput), ou revisto, quando apresentados fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do servidor punido ou a inadequação da penalidade aplicada (art. 174, caput), sendo certo que a nova reprimenda não poderá ser mais gravosa (art. 182, parágrafo único). (...) 4. Na hipótese, a nota técnica da CGU, encaminhada à Ministra do Meio Ambiente (autoridade coatora) pelo Ministro do Controle e da Transparência, não indicou vício insanável que fosse apto a anular o PAD em questão, detendo-se, apenas, no mérito das imputações feitas ao servidor, e na inadequação da penalidade aplicada (suspensão) aos pareceres GQ-177 e GQ-183 da AGU. 5. Mesmo assim, o processo foi parcialmente anulado, o que ensejou nova punição, consistente de demissão, incorrendo-se em bis in idem, vedado, na seara administrativa, pela Súmula 19/STF, que dispõe: "É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira". 6. Além disso, não foi trazido fato novo ou circunstância relevante para o abrandamento da pena, mas, ao contrário, a situação do servidor foi agravada, apesar da proibição da reformatio in pejus. 7. Revela-se patente a ofensa ao devido processo legal, que gera a nulidade do re julgamento do PAD, bem assim da segunda pena imposta ao impetrante."*

*"As revisões não autorizam o agravamento da pena. Pode, entretanto, ser instaurado novo processo administrativo, com base em fatos novos trazidos a lume com a revisão." Edmir Netto de Araújo, "O Ilícito Administrativo e seu Processo", pg. 170, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

*"É possível, todavia, que a revisão suscite novos fatos até então desconhecidos, diversos daqueles apurados no processo administrativo disciplinar originário e rediscutidos na revisão, de sorte que acerca deles é possível ser promovida a apuração disciplinar pertinente com a abertura de sindicância investigativa prévia, se necessária, ou feito punitivo inédito, que poderá redundar na inflicção de penas administrativas, se não tiver ocorrido a prescrição do direito de a Administração Pública punir a falta." Antonio Carlos Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pg. 956, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Neste aspecto, acerca dos fatos novos que possam suscitar o excepcional agravamento de uma decisão em PAD anterior em um segundo processo totalmente novo (tal como reabrir as apurações que já haviam sido arquivadas), mencione-se a aplicação extensiva, à instância administrativa, do art. 18 do CPP e da Súmula nº 524 do STF (que condicionam a reabertura de investigação criminal ou o início da ação penal, após arquivado o inquérito policial pela autoridade judiciária, ao surgimento de novas provas). Se, por um lado, esta construção hermenêutica autoriza a excepcional reabertura de rito disciplinar, por outro lado, impõe condições para que o conhecimento deste fato novo autorize a instauração de novo processo.

*CPP - Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.*

*STF, Súmula nº 524: "Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem*

*novas provas.”*

Esta retomada das apurações é possível mesmo que os dados ou provas referentes àquele fato novo já estejam disponíveis em sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Nesta linha, basta que o fato possa ser considerado como materialmente novo, assim compreendido o fato que seja inédito no curso do processo original, cujos dados ou provas a ele referentes, ainda que estejam disponíveis e potencialmente passíveis de serem conhecidos (ou seja, dos quais se pode ter conhecimento potencial), não tenham sido diligentemente trabalhados, de forma a não constarem dos autos e tampouco terem sido efetivamente empregados. Os dados ou provas referentes àquele fato novo que apenas tenham a possibilidade de serem identificados - embora o acesso a eles seja possível por meio de pesquisa em sistema interno, não tenham sido utilizados no processo original - não impedem a instauração de novo processo. O fato novo que impede a retomada das apurações é aquele cujos dados ou provas a ele referentes, mais do que estarem potencialmente disponíveis (por exemplo, em um sistema interno), já tenham sido efetivamente acessados e constem do processo original e sobre os quais a Administração queira, a destempo, fazer reanálise ou submeter-lhes a uma nova forma de apreciação ou deles extrair uma nova conclusão. E, em analogia também ao que já se aduziu em **4.13.1.4**, quanto ao reflexo no início da contagem do prazo prescricional no caso de estarem satisfeitas as condições para a instauração de novo processo, é aceitável que a contagem do prazo prescricional se reinicia na data do conhecimento deste fato novo.

Conforme já mencionado em **2.1.4**, nos termos exigidos pelos arts. 2º e 3º da Portaria Coger-MF nº 17, de 30/01/14, o pedido de qualquer esfera recursal ou de revisão e a consequente decisão devem ser informados pelo Escor (ou pela Coger, nas hipóteses excepcionais em que o Corregedor figura como autoridade instauradora) na base de dados externa, do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD, do Ministério Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU).

### **5.1.2 - Pedido de Reconsideração e Recurso Hierárquico**

O pedido de reconsideração é dirigido apenas uma única vez e tão somente à mesma autoridade originária que emitiu a primeira decisão que se quer reformar. Com o pedido de reconsideração, tanto se pode trazer à tona algum fato que não foi objeto da decisão como se pode tão somente debater mero entendimento jurídico ou divergência sobre a percepção de um fato já apresentado. Em outras palavras, para o pedido de reconsideração, requer-se, ao menos, a apresentação de argumento novo.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 106. Cabe pedido de reconsideração à autoridade que houver expedido o ato ou proferido a primeira decisão, não podendo ser renovado.*

*Formulação Dasp nº 324. Recurso e pedido de reconsideração  
Só se exigem argumentos novos para o pedido de reconsideração e não para o recurso.*

Já o recurso hierárquico (ou, *stricto sensu*, simplesmente recurso) é dirigido à autoridade superior à que proferiu a decisão que se quer reformar. No recurso hierárquico, diferentemente do pedido de reconsideração, nada impede que outra autoridade, sob mesmo conjunto probatório, mesmo sem haver argumento novo, tenha diversa interpretação. Não cabe pedido de reconsideração à autoridade superior que indeferiu recurso hierárquico.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 107. Caberá recurso:*

*I - do indeferimento do pedido de reconsideração;*

*II - das decisões sobre os recursos sucessivamente interpostos.*

*§ 1º O recurso será dirigido à autoridade imediatamente superior à que tiver expedido o ato ou proferido a decisão, e, sucessivamente, em escala*

*ascendente, às demais autoridades.*

*§ 2º O recurso será encaminhado por intermédio da autoridade a que estiver imediatamente subordinado o requerente.*

*Formulação Dasp nº 336. Pedido de reconsideração*

*É proibida por lei a apreciação do mérito de um segundo pedido de reconsideração.*

Na ausência de delimitação na Lei nº 8.112, de 11/12/90, tem-se que a Lei nº 9.784, de 29/01/99, em seu art. 57, limita, como regra geral, ressalvadas normatizações internas, que sejam provocadas até três instâncias. A perfeita compreensão deste dispositivo requer um entendimento sistemático da norma. A Lei nº 9.784, de 29/01/99, no art. 56, deixa claro que o legislador empregou o termo “recurso” em sentido amplo, já abarcando o pedido de reconsideração. Em outras palavras, as três instâncias a que se refere o art. 57 resumem-se, primeiramente, na própria autoridade que decidiu e, hierarquicamente, em duas autoridades que lhe sejam superiores. Assim, em sentido estrito, a Lei nº 9.784, de 29/01/99, prevê no máximo duas instâncias recursais acima.

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.*

*§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.*

*Art. 57. O recurso administrativo tramitará no máximo por três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa.*

*“A nova legislação pôs fim à dicotomia entre pedido de reconsideração e recurso hierárquico próprio. (...)*

*A norma estabeleceu um limite para o número de esferas administrativas legitimadas a reapreciação da decisão administrativa recorrida. Três são as autoridades que, no máximo, poderão reapreciar a questão objeto do recurso. (...) Assim sendo, podemos entender o seguinte: a primeira autoridade a apreciar o recurso é a autora do ato impugnado, que poderá ou não reconsiderar a sua decisão. Caso esta mantenha o seu entendimento, encaminhará o recurso para a autoridade hierarquicamente superior a esta, que deverá decidir sobre o recurso. (...) Poderá, ainda este recurso ser apreciado por mais uma instância administrativa da entidade que expediu o ato recorrido (...). Esta, então, seria a terceira instância administrativa possível pela qual poderá tramitar um recurso administrativo. Aí está regra.” Bruno de Souza Vichi, “Do Recurso Administrativo e da Revisão”, in Lúcia Valle Figueiredo (Coordenadora) e outros, “Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo”, pgs. 242, 244 e 245, Editora Fórum, 1ª edição, 2004*

Uma questão que merece abordagem cautelosa - sobretudo porque já foi objeto de alternância do entendimento ao longo do tempo - é a plausibilidade de recurso hierárquico em face de ato demissivo ministerial, decorrente da delegação de competência do Presidente da República aos Ministros de Estado, por meio do Decreto nº 3.035, de 27/04/99.

Para dirimir esta questão, necessário se faz iniciar a abordagem por uma visão ampla do Direito Administrativo como um todo, sem se deter na peculiaridade da processualística disciplinar. De forma geral, doutrinária e conceitualmente, descabe o reexame, por parte da superior autoridade delegante, das decisões delegadas, uma vez que não faz sentido a autoridade que delegou competência acerca da apreciação de determinada matéria venha a ser provocada a se manifestar sobre este assunto em grau recursal, de forma que o recurso hierárquico deve ser apreciado pela autoridade superior à delegante, conforme pontua a doutrina..

*“(...) Se o ato fosse praticado pelo delegante, o recurso interposto contra ato seu seria apreciado por outra autoridade, certamente de nível hierárquico mais elevado. Mas como foi praticado pelo agente delegado, é preciso saber para qual autoridade deve dirigir-se eventual recurso. Por lógica, a autoridade*

*julgadora do recurso deve ser a mesma que julgaria o ato se fosse praticado pelo delegante, pois que, afinal de contas, o delegado está agindo em nome próprio por autorização do delegante.” José dos Santos Carvalho Filho, “Processo Administrativo Federal”, pg. 118, Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2005*

Partindo desta construção generalista do Direito Administrativo, ao se focar no tema em questão da instrumentalidade disciplinar, assume relevo o fato de que a autoridade delegante - qual seja, o Presidente da República - já é a mais alta em instância administrativa, inexistindo instância superior a se recorrer. Ora, aceitar a possibilidade de recurso hierárquico, para o Presidente da República, em face de decisão delegada a Ministro de Estado equivaleria tornar letra morta a vontade do Chefe do Poder Executivo federal - de não julgar processos disciplinares -, juridicamente expressa por meio de decreto, uma vez que os demitidos invariavelmente recorreriam da grave decisão expulsória. Este entendimento já havia sido encapado pelo Advocacia-Geral da União, acatando manifestação da Consultoria-Geral da União, por meio do Parecer nº 52/2015/Decor/CGU/AGU, aprovado pelo Advogado-Geral da União, e posteriormente foi também adotado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em seu Parecer PGFN/Cojed nº 890/2016, e por fim reiterado no Parecer PGFN/Cojed nº 293/2017. Inevitável admitir, como consequência deste entendimento, que se restringe a possibilidade de recurso hierárquico, em sentido lato, da decisão ministerial, a pedido de reconsideração a esta autoridade delegada.

*Parecer nº 52/2015/Decor/CGU/AGU: “15. Conclui-se, portanto, que o recurso eventualmente interposto contra decisão de demissão não deve ser remetido à Presidência da República, eis que, julgado o PAD por delegação, o Ministro de Estado decide com poderes de autoridade máxima do Poder Executivo Federal. Não cabe, portanto, falar em recurso hierárquico, pois não há autoridade superior àquela que delegou os poderes de julgamento e devolver o processo à autoridade delegante representaria a inutilização do próprio instituto da delegação.”*

*Parecer PGFN/Cojed nº 890/2016: “16. Pois bem, no presente caso, o Ministro de Estado da Fazenda, ao reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa, (...) atuou por meio de delegação em nome do Presidente da República, com fulcro no Decreto nº 3.035/99. Sendo assim, considerando que o recurso no âmbito administrativo disciplinar é dirigido à autoridade imediatamente superior à que tiver proferido a decisão, conforme expressa previsão na lei acima mencionada, mostra-se incabível a interposição de recurso hierárquico contra a decisão ora recorrida, uma vez que inexistente autoridade superior ao Presidente da República no plano hierárquico-administrativo.*

*17. Este foi o entendimento adotado no âmbito da Consultoria-Geral da União, no Parecer nº 52/2015/DECOR/CGU/AGU, que tratou de sanar divergência até então ainda existente no âmbito do Executivo Federal, afirmando que ‘compete privativamente aos Ministros de Estado o exercício da competência delegada pelo art. 1º do Decreto 3.035/99, sendo indevida, portanto, a remessa, para a Presidência da República, dos recursos hierárquicos interpostos contra as decisões proferidas em PADs com base na competência referida’.*

*18. Nesse passo, cabe, ainda, destacar que, a admissão da interposição de recurso hierárquico ao Presidente da República iria de encontro a própria finalidade pretendida com o ato de delegação, qual seja, a descentralização administrativa. (...)”*

*Parecer PGFN/Cojed nº 293/2017: “Ementa: Recurso hierárquico contra ato do Sr. Ministro da Fazenda. Pleito de servidor de reforma da decisão. Proposta de não conhecimento, por inexistência de previsão legal atinente ao caso.”*

Especificamente na Secretaria da Receita Federal do Brasil, de forma absolutamente consentânea com o art. 57 da Lei nº 9.784, de 29/01/99, acima mencionado, o art. 6º da

Portaria Coger nº 14, de 30/01/14, uma decisão de Chefe de Escor pode ser objeto de apenas um único recurso hierárquico ao Corregedor, enquanto uma decisão do Corregedor pode ser objeto de apenas um único recurso hierárquico ao Secretário da Receita Federal do Brasil.

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 6º Da decisão dos Chefes de Escor e do Corregedor que aplicar penalidade de advertência ou suspensão de até trinta dias, cabe, de acordo com o art. 107 da Lei nº 8.112, de 1990, recurso ao Corregedor e ao Secretário da Receita Federal do Brasil, respectivamente.*

Ainda neste rumo da especificidade, diferentemente do que já foi aduzido em **4.2.1** e em **4.10.3** (a cujas leituras se remete), acerca da competência em decorrência da criação da Secretaria da Receita Federal do Brasil, com a Lei nº 11.457, de 16/03/07, em função da máxima de que a norma que regula os recursos a uma decisão é a norma vigente à data desta decisão recorrida, tem-se o julgamento de pedidos de reconsideração e de recursos hierárquicos em processos instaurados pela Corregedoria-Geral do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) sobre área de receita previdenciária ou instaurados pela Corregedoria da extinta Secretaria da Receita Previdenciária (SRP) e que já tinham decisão de mérito proferida no âmbito do então Ministério da Previdência Social ao tempo da fusão dos Fiscos federais compete ao Ministro de Estado da Pasta em que se encontra aquela autarquia ao tempo da decisão. O direcionamento para o Ministro de Estado da Pasta em que atualmente se encontra aquela autarquia se aplica mesmo para decisões que haviam sido proferidas pelo Corregedor da extinta SRP, uma vez que tal cargo não mais existe.

*Parecer PGFN/CJU/CED nº 2.422/2007: “33. ‘Ex positis’, é a manifestação no sentido de que:*

- a) os recursos e impugnações em geral referentes a penalidades disciplinares aplicadas no âmbito do Ministério da Previdência Social, sob o pálio da Lei nº 11.098, de 2005, e das demais legislações anteriores, são de competência do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Previdência Social;*
- b) incumbe à Corregedoria-Geral da Receita Federal do Brasil, e, nos casos legalmente previstos, ao Ministro de Estado da Fazenda, a análise dos processos em curso (sem julgamento, sem decisão de mérito) e dos que vierem a ser instaurados.”*

Em que pese a primeira leitura do art. 107, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, indicar ao contrário, deve prevalecer uma leitura mais atenta aos princípios da eficiência e da economia processual, no sentido de que o pedido de reconsideração à autoridade originária não é pré-requisito para se interpor recurso hierárquico à autoridade superior.

*“Se levarmos em conta que o recurso hierárquico não exige que o recorrente invoque novas alegativas de defesa, logicamente vamos inferir que ele, em hipótese alguma, se preconditiona ao prévio pedido de reconsideração, porque este somente poderá ser interposto com base em novos argumentos.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pgs. 472 e 473, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

Não é demais ressaltar que o pedido de reconsideração e o recurso hierárquico são ferramentas recursais aplicáveis apenas ao tempo em que ainda transcorre o processo em que se encontra o ato que se quer alterar, diferentemente do processo de revisão, que é o remédio jurídico aplicável a qualquer tempo, quando o processo já se encontra arquivado.

Tanto para pedido de reconsideração quanto para recurso hierárquico, formalmente, o prazo de interposição é trinta dias da ciência da decisão que se quer reformar. Embora a Lei nº 8.112, de 11/12/90, ao estabelecer a regra geral da contagem de prazos, em seu art. 238, tenha disposto que apenas o termo final deve recair sobre dia de expediente normal, nada impede que, a favor da parte, se estenda o § 3º art. 224 do CPC, também iniciando a contagem somente a partir do primeiro dia útil após a ciência da decisão. Assim, se a ciência se deu em uma sexta-feira, ao invés de se contar o prazo de interposição a partir do sábado, pode-se fazê-lo a partir da segunda-feira subsequente.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 108. O prazo para interposição de pedido de reconsideração ou de recurso é de 30 (trinta) dias, a contar da publicação ou da ciência, pelo interessado, da decisão recorrida.*

*CPC - Art. 224.*

*§ 3º A contagem do prazo terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação.*

Ademais, como mera recomendação, a favor da máxima homenagem à defesa, convém que a autoridade não adote uma leitura estritamente literal e inflexível deste prazo, podendo, ao amparo da razoabilidade, receber pedido de reconsideração e recurso hierárquico ainda que intempestivamente apresentados.

Acerca da mitigação da preclusão temporal acima cogitada, é de se ratificar que, a rigor e aprioristicamente, o pedido de reconsideração e o recurso hierárquico apresentados após o decurso do prazo legal de trinta dias não devem ser recebidos como tais, em virtude de sua intempestividade. Não obstante, deve-se proceder à análise que, mesmo sem adentrar em cada questionamento em si de mérito, identifique se a peça contém alegações de ocorrência de ilegalidade ou de superveniência de fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do servidor e a motivarem seu recebimento como pedido de revisão. Caso a peça não traga tais notícias, deve merecer apenas sucinta manifestação acerca de seu não conhecimento decorrente da intempestividade; caso contrário, se apresentar convincentes elementos de ilegalidade ou absolvidores, deve ser tratada como um pedido de revisão.

*Orientação Coger nº 45*

*Recurso apresentado após o decurso do prazo legal de trinta dias e que não noticia ocorrência de ilegalidade ou superveniência de fato novo ou circunstância suscitadora da inocência deve ser objeto apenas de sucinta manifestação acerca de seu não conhecimento decorrente da intempestividade.*

*Orientação Coger nº 46*

*Recurso apresentado após o decurso do prazo legal de trinta dias e que noticia ocorrência de ilegalidade ou superveniência de fato novo ou circunstância suscitadora da inocência deve ser recebido como pedido de revisão.*

No caso de pedido de reconsideração ou recurso hierárquico intempestivamente dirigido ao Ministro de Estado da Fazenda, deve o sistema correcional remeter a peça àquela autoridade, sem apreciação de mérito.

O prazo legal para ingresso em via recursal é contado a partir da ciência da decisão que se quer reformar. No caso de penas de advertência ou de suspensão de até trinta dias, em que o ato pode ser do Chefe de Escor e publicado em boletim de serviço (ou, excepcionalmente, em boletim de pessoal, que, no caso, é o Boletim de Serviço da Secretaria da Receita Federal do Brasil - BS RFB) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora, tem-se, como termo inicial do prazo, a data da publicação interna do ato punitivo ou a data de sua ciência pessoal no processo, se esta se der antes da publicação. Embora formalmente se tenha configurada a ciência do servidor com a publicação do ato punitivo, no caso de portaria publicada internamente, se o servidor apresentar qualquer espécie de recurso em mais de trinta dias desta publicação, porém ainda dentro do prazo se contado a partir de sua ciência pessoal nos autos, alegando não ter tido conhecimento da publicação interna, recomenda-se que se conheça do recurso, por ser aceitável sua argumentação. Todavia, em caso de penas aplicadas por ato do Ministro de Estado da Fazenda, cuja publicação se dá no DOU, cujo teor sempre é de conhecimento presumido de qualquer servidor, independentemente da ciência no processo, o prazo recursal se conta apenas da publicação oficial da pena.

*Parecer AGU nº GQ-38, vinculante: “Ementa: A publicação de ato decisório de que possa resultar pedido de reconsideração ou interposição de recurso, em boletim de serviço, ou de pessoal, na forma do art. 108 da Lei nº 8.112, de*

*1990, gera presunção de conhecimento que admite prova em contrário. O pedido de reconsideração, ou o recurso, apresentado após o decurso do prazo fixado no aludido art. 108, deve ser recebido pela autoridade competente, se plausível a ilação de que o servidor desconhecia a publicação (em boletim de serviço ou de pessoal) do ato passível de impugnação, por motivo imputado à administração.”*

*STJ, Recurso Especial nº 510.612: “Ementa: 1. O termo inicial para a impetração de mandado de segurança contra ato que redunde na demissão de servidor se dá a partir da publicação do referido ato no Diário Oficial da União, por ser nessa ocasião que se verifica a inequívoca ciência do interessado. (...)”*

A Lei nº 8.112, de 11/12/90, a rigor, expressa prazo de decisão apenas para o pedido de reconsideração (de trinta dias, no parágrafo único do art. 106). Nada impede que a interpretação sistemática da Lei indique a adoção do mesmo prazo para que se decida o recurso hierárquico. Entretanto, a falta de decisão nestes prazos não acarreta nulidade e muito menos pode ser compreendida como aceitação tácita dos recursos interpostos.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 106.*

*Parágrafo único. O requerimento e o pedido de reconsideração de que tratam os artigos anteriores deverão ser despachados no prazo de 5 (cinco) dias e decididos dentro de 30 (trinta) dias.*

*Parecer Dasp. Pedido de reconsideração - Prazo para decisão*

*Interpretando o art. 166 do E. F., entendeu o Consultor Jurídico do Dasp que a contagem do prazo no mesmo previsto, para a decisão dos pedidos de reconsideração, se inicia a partir da data em que o pedido chegar ao conhecimento do autor da decisão a ser reexaminada. O encaminhamento do pedido, através das autoridades a que está subordinado o servidor, não deve ser causa de redução do aludido prazo, o qual é também interrompido pelas diligências motivadas pelo reexame do caso, reiniciando-se a contagem logo que satisfeitas as mesmas.*

*(Nota: Lei nº 1.711, de 28/10/52 - Art. 166. O pedido de reconsideração será dirigido à autoridade que houver expedido o ato ou proferido a primeira decisão, não podendo ser renovado.*

No âmbito da Secretaria da Receita Federal, no limite das competências julgadoras para aplicação de penas de advertência e de suspensão de até trinta dias, a decisão do pedido de reconsideração, a cargo em geral do Chefe de Escor (excepcionalmente do Corregedor, nas raras hipóteses em que este atua como autoridade instauradora e julgadora), e a decisão de recurso hierárquico a cargo em geral do Corregedor (como autoridade superior ao Chefe de Escor) podem ser amparadas por parecer de análise de pedido de reconsideração ou por parecer de análise de recurso hierárquico. Estas peças analítico-propositivas, respectivamente, são da lavra do grupo de assessoramento do Escor ou da Divisão de Análise Correcional da Coger e intitulam-se pareceres, pois se dirigem ao titular da própria unidade emissora (o Chefe do Escor ou o Corregedor), em consonância ao já aduzido em **2.5.3.1** e em **4.10.3.2**. Acrescente-se ainda o pormenor de, no caso pouco comum de a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ser demandada com pedido de reconsideração ou com recurso hierárquico por servidor apenado respectivamente pelo Ministro de Estado da Fazenda ou pelo Secretário da Receita Federal do Brasil e venha a solicitar do sistema correcional da RFB uma peça analítica como instrução de sua decisão, deve-se seguir o já recomendado em **4.10.3.2**, à vista dos princípios da verdade material e da eficiência, de se remeter ao Escor (e não para a Divisão de Análise Correcional, menos das raras hipóteses de o Corregedor ter figurado como autoridade instauradora.) de maior proximidade com os fatos e intitular a peça como informação externa (pois, nesta hipótese, dirige-se a órgão estranho à unidade de lavratura).

Antes de prosseguir, aqui convém esclarecer as formas de recebimento de recurso, *lato sensu*. O efeito devolutivo está presente em qualquer recurso e é consequência imediata e

essencial do seu conhecimento formal por parte da autoridade (pela simples apreciação de que ele preenche todos os requisitos legais), “devolvendo” toda a decisão para a autoridade competente para análise recursal, sem suspender a aplicação do que foi decidido. A este efeito pode-se somar o efeito suspensivo, com o qual o recurso não só é conhecido mas também assume o condão de suspender a execução imediata da decisão recorrida, até que seja julgado.

Retornando à análise dos dois institutos em tela, quanto à sua forma de recebimento, a regra geral é de serem recebidos com efeito devolutivo. Não obstante, a Lei nº 8.112, de 11/12/90, prevê que, a critério da autoridade, além do efeito devolutivo, especificamente o recurso hierárquico pode ser recebido com efeito suspensivo. A rigor, na estrita interpretação literal, não há previsão de recebimento de pedido de reconsideração também com efeito suspensivo. Todavia, é aceitável a interpretação extensiva do termo “recurso”, empregado no art. 109 do Estatuto, entendendo-o em sentido lato, abrangendo quaisquer vias de tentativa da parte em reformar uma decisão que lhe foi contrária. Desta forma, assim como ocorre com o recurso hierárquico, pode-se tolerar que, excepcionalmente e em sentido diverso da regra geral, a autoridade competente para decidir o pedido de reconsideração, a seu critério, receba-o também com efeito suspensivo, sobretudo em caso de grave ameaça ou lesão a direito, afastando o efeito da decisão recorrida enquanto analisa o pedido.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 109. O recurso poderá ser recebido com efeito suspensivo, a juízo da autoridade competente.*

*Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.*

*Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.*

*STJ, Mandado de Segurança nº 8.595: “Ementa: (...) V - Os recursos administrativos são recebidos, em regra, apenas no efeito devolutivo, podendo ser recebidos no efeito suspensivo, a juízo da autoridade competente, conforme disposto no art. 109 da Lei nº 8.112/90. In casu, não foi atribuído efeito suspensivo ao recurso interposto pela impetrante contra a Portaria que determinou a cassação de sua aposentadoria, não havendo que se falar em ilegalidade de sua exclusão da folha de pagamentos antes do julgamento do recurso.”*

*“O efeito devolutivo constitui, portanto, regra inerente a qualquer recurso, de aplicação automática, por devolver, sempre, à instância administrativa revisora, o conhecimento amplo sobre a matéria objeto do apelo.*

*O efeito suspensivo, não obstante a tendência verificada, no âmbito administrativo, de se adotá-lo diante do justo receio de prejuízo de difícil reparação, está, todavia, condicionado aos critérios de conveniência e oportunidade conferidos por lei à autoridade administrativa que, assim, é livre para formar o seu próprio entendimento sobre a forma de admissão, que, todavia, deverá ser justificado, fundamentadamente, em despacho.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 198, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

*“Mais problemática ainda é a questão de se saber quem é competente para conferir efeito suspensivo ao recurso: a autoridade recorrida (aquela de cuja decisão se recorre) ou a autoridade para a qual se recorre. (...)*

*(...) a interpretação lógico-sistemática aponta para a autoridade superior, aquela que é competente para reexaminar a decisão recorrida. (...)*

*No âmbito da Administração Pública Federal, a Lei 9.784, de 29.1.199, [parágrafo único do art. 61], (...), fica, pelo menos, ressalvada a hipótese de requerer o efeito suspensivo à autoridade hierarquicamente superior, presumivelmente mais isenta, não comprometida (nem emocionalmente) com a decisão recorrida.” Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, “Processo Administrativo”, pgs. 183 a 185, Malheiros Editores, 1ª edição, 2001*

Relembre-se o já aduzido em **4.10.6.1** e em **4.10.6.4**: o processo administrativo disciplinar e o ato de imposição de penalidade gozam da presunção de legitimidade e, por conseguinte, da autoexecutoriedade, produzindo normalmente seus efeitos próprios, dispensando prova prévia de sua legalidade.

*“O recurso, nas suas variadas formas, é sempre voluntário, na medida em que depende da iniciativa da parte. Não há recurso necessário. A autoridade que proclama sua decisão não a submete, de ofício, à instância superior.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 195, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

A pena é aplicada, por meio da publicação de portaria da autoridade competente, após o julgamento (no caso da suspensão, de acordo com o interesse da Administração, pode ser aplicada já a partir da publicação da portaria, ou pode ser postergada para a partir da ciência do titular da unidade de lotação do servidor - que parece ser a forma mais adequada - ou ainda para uma data determinada na portaria). Com isto, embora se recomende a remessa do processo para ciência pessoal do servidor nos autos, formalmente, esta ciência já se configurou desde o momento de aplicação da pena, com a publicação da portaria punitiva. O efeito da pena se faz imediatamente após a publicação do ato punitivo, não havendo necessidade de se aguardar prazo de apresentação de qualquer espécie de recurso (embora não incorra em ilegalidade a autoridade que decida fazê-lo). Também não se prevê recurso hierárquico de ofício.

Obviamente, há a hipótese de o servidor interpor recurso hierárquico (ou pedido de reconsideração) e, excepcionalmente, a autoridade competente recebê-lo com efeito suspensivo, fazendo com que se afastem os efeitos da punição. Também pode ocorrer de a autoridade receber o pedido de reconsideração ou o recurso hierárquico apenas com efeito devolutivo (como é de regra), sem afastar os efeitos da pena, e posteriormente deferir o pleito. O fato é que independentemente da possibilidade de interpor recurso *lato sensu*, não se recomenda à autoridade competente para emitir a portaria punitiva que espere o decurso do prazo recursal.

Uma vez acatado o pedido de reconsideração ou o recurso hierárquico, são afastados todos os efeitos da decisão punitiva recorrida, restabelecendo integralmente a situação funcional do servidor na data daquele ato anulado ou revogado. Quanto à vedação da *reformatio in pejus* em ambos institutos, já foi abordada em **5.1.1**, a cuja leitura se remete.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 109.*

*Parágrafo único. Em caso de provimento do pedido de reconsideração ou do recurso, os efeitos da decisão retroagirão à data do ato impugnado.*

Na esfera administrativa, configura-se decisão definitiva com a não apresentação de recurso hierárquico em trinta dias da decisão ou em caso de pedido de reconsideração ou recurso hierárquico negado pelo Ministro de Estado da Fazenda. Chegando a este ponto, o processo é definitivamente encerrado e, após ciência do interessado, vai para arquivamento. Não obstante, ressalte-se mais uma vez que a publicação de penalidade decorrente de processo administrativo disciplinar tem efeito imediato.

Conforme determina a Ordem de Serviço Coger nº 1, de 13/06/13, após apreciação do pedido de reconsideração ou do recurso hierárquico, deve ser disponibilizada, na pasta virtual compartilhada referente ao Escor (ou Nucor), cópia em formato editável do parecer, em subpastas específicas organizadas por ano.

*Ordem de Serviço Coger nº 1, de 13/06/13 - Art. 1º A Divisão de Controle da Atividade Correccional (Dicac) criará, em pastas identificadas com os nomes dos Escritórios e do Núcleo de Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil (Escor/Nucor), no endereço <\\compartilhamentos.rfoc.srf\RFOC\ESCORXXDIGITAL>, subpastas denominadas:*

*IV - DOCUMENTOS EDITÁVEIS, onde serão disponibilizados, em formato*

*editável, cópias dos relatórios finais produzidos pelas Comissões de Inquérito (CI) e pelas Comissões de Sindicância Disciplinar (CS), dos pareceres de juízo de admissibilidade, dos pareceres de julgamento, dos pareceres de análise de recursos e das informações relativas às atividades supervisionadas pela Divisão de Análise Correcional (Diac) prestadas ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à Advocacia-Geral da União, à Controladoria-Geral da União e a outros órgãos externos à Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

*§ 2º A subpasta DOCUMENTOS EDITÁVEIS será subdividida nas subpastas RELATÓRIOS FINAIS DE CI E CS, PARECERES DE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE, PARECERES DE JULGAMENTO, PARECERES DE ANÁLISE DE RECURSOS e INFORMAÇÕES.*

*§ 3º As subpastas mencionadas no parágrafo anterior deverão estar organizadas por ano.*

*Art. 5º Os presidentes de Comissão de Inquérito, os presidentes de Comissão de Sindicância Disciplinar e os demais servidores do Escor/Nucor, no âmbito de suas atividades, enviarão ao respectivo chefe de Escor/Nucor, para disponibilização na subpasta DOCUMENTOS EDITÁVEIS, a versão final, em formato editável (.doc ou .odt), de cópia das seguintes peças: relatórios finais produzidos pelas Comissões de Inquérito e de Sindicância Disciplinar, pareceres de juízo de admissibilidade, pareceres de julgamento, pareceres de análise de recursos e informações relativas às atividades supervisionadas pela Diac prestadas ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à Advocacia-Geral da União, à Controladoria-Geral da União e a outros órgãos externos à Secretaria da Receita Federal do Brasil.*

### **5.1.3 - Revisão Processual**

#### **5.1.3.1 - Fato Novo a Qualquer Tempo**

Diferentemente do pedido de reconsideração e do recurso hierárquico, que ocorrem ainda no mesmo processo original, antes da sua decisão definitiva, a revisão se dá contra sindicância disciplinar ou PAD já encerrado. Daí, significa a instauração de um novo processo, a ser apensado ao processo originário que se quer rever e a ser conduzido por outra comissão. Apesar da literalidade da Lei, por mera simplificação formal de conciliar eventuais movimentações do processo em andamento (o revisor) com registros informatizados em sistema de controle de movimentação processual, sem em nada prejudicar a intenção do legislador, durante o transcurso da revisão, pode-se inverter a relação, considerando como principal o processo revisor e como apensado o processo originário, ajustando-se após a decisão final.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 178. A revisão correrá em apenso ao processo originário.*

Por um lado, tem-se que a revisão, prevista no Título V do Estatuto, específico do rito administrativo disciplinar, independe do exercício ou não daquelas duas vias recursais no processo originário (pedido de reconsideração e recurso hierárquico, que não são institutos previstos na matéria disciplinar do Estatuto).

Mas, por outro lado, uma vez que a revisão requer o esgotamento das ferramentas recursais *lato sensu* no processo originário, de forma que este esteja arquivado, não se concilia o emprego simultâneo, por parte do servidor, de institutos como pedido de reconsideração ou recurso hierárquico com o instituto da revisão. Se, porventura, o servidor manejar mais de uma destas ferramentas ao mesmo tempo, deve a Administração intimá-lo a se manifestar se opta pelo esgotamento das análises de natureza recursal ainda no âmbito do

processo originário antes de ter apreciado seu pedido de instauração de processo revisor ou se opta pela desistência da esfera recursal para que tenha seu pedido de revisão apreciado de imediato.

*Formulação Dasp nº 185. Inquérito administrativo*

*A revisão de inquérito não depende de prévio pedido de reconsideração.*

*Parecer AGU nº GQ-28, vinculante: “64. Os administrativistas pátrios têm entendido que a revisão do processo disciplinar administrativo não se constitui num simples pedido de reconsideração da decisão proferida, nem recurso contra ela.*

*65. É, indubitavelmente, um novo processo (reexame do primeiro), com novos elementos (ou subsídios) visantes à comprovação da inocência do servidor público punido.”*

*“O instituto da revisão do processo, a despeito de infundir, na gelidez de sua literalidade, a noção de que somente o processo disciplinar poderá ser contemplado por tal remédio recursal, torna patente que outras disposições suas, embora que por indução lógica, levam à conclusão segura de que a sindicância também poderá constituir objeto revisional, de que é exemplo o preceito previsto no art. 181 da Lei nº 8.112/90, o qual faz certo que o julgamento do processo revisional compete a quem aplicou a penalidade questionada, nos termos do art. 141 dessa mesma lei.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 340, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“(…) o regramento da revisão não estabelece a exigibilidade de anterior exaustão das vias recursais ou dos pedidos de reconsideração disponíveis como pressuposto do petitório revisional, senão que se cuide de processo findo, no qual imposta penalidade disciplinar. Daí a conclusão da possibilidade de imediato requerimento do meio especial de defesa do funcionário punido, previsto no art. 174, da Lei federal nº 8.112/1990, independentemente de discussão da matéria na sede de recursos administrativos hierárquicos ordinários.” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pg. 913, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

A revisão pode ser pedida pela parte interessada ou realizada de ofício a qualquer tempo, mediante fato novo ou circunstâncias que justifiquem o abrandamento da decisão original (não a justificam meras manifestações de inconformismo), seja inocentando o servidor, seja concluindo pelo cometimento de infração menos grave e punível com pena mais branda. E este fato novo não significa, necessariamente, fato recente mas sim algo de que não se tinha conhecimento quando do processo originário. O fato até pode ser antigo, mas novo como instrumento de prova no processo administrativo disciplinar.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 174. O processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada.*

*§ 1º Em caso de falecimento, ausência ou desaparecimento do servidor, qualquer pessoa da família poderá requerer a revisão do processo.*

*§ 2º No caso de incapacidade mental do servidor, a revisão será requerida pelo respectivo curador.*

*Art. 176. A simples alegação de injustiça da penalidade não constitui fundamento para a revisão, que requer elementos novos, ainda não apreciados no processo originário.*

*Formulação Dasp nº 252. Revisão de inquérito*

*Não cabe revisão de inquérito se o requerente não aduz fatos ou circunstâncias novos capazes de comprovar sua inocência.*

*“(…) fato novo não é, em absoluto, aquele dotado de recenticidade, mas, sim, o*

*que constitui novidade para o servidor apenado. (...) O fato é antigo no tempo, mas novo como instrumental de prova disciplinar.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 482, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“(...) fato novo é aquele referido no art. 462 do Código de Processo Civil, e tem sentido preciso em direito, como o daquele fato desconhecido à ocasião do processo, ou do julgamento, capaz de, caso houvesse sido conhecido, orientar de outro modo o julgamento. As circunstâncias a que se refere o artigo, no seu ‘caput’, podem não constituir fatos novos, mas simples rotinas ou procedimentos, inadequados quando do processo, que se de outro modo fossem praticados poderiam igualmente modificar a decisão afinal proferida.” Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis”, pg. 285, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

A revisão não se aplica apenas às penalidades expulsivas; ao contrário, o instituto é cabível qualquer que tenha sido o grau de responsabilização imposto ao servidor na sindicância disciplinar ou PAD originário - desde o mero registro no assentamento de cometimento de infração leve até a efetiva aplicação de pena capital. Mas, por outro lado, sendo instituto de índole administrativa, previsto na Lei nº 8.112, de 11/12/90, não se presta para afastar o efeito acessório de perda de cargo, emanado pelo Poder Judiciário em caso de condenação com pena privativa de liberdade, nos termos do art. 92 do CP.

*“É normal que os pedidos revisionais ocorram em relação às penas mais agravadas, porque, no tocante à advertência e à suspensão, os registros poderão ser cancelados depois do prazo determinado em lei, durante o qual o servidor não haja praticado nova infração disciplinar. Não quer dizer, porém, que um servidor simplesmente advertido não possa preferir a via do pedido de revisão, com o objetivo de buscar a Justiça, que não lhe seria atribuída pelo cancelamento do registro da penalidade.*

*Mesmo porque o cancelamento do registro, nos casos de advertência e suspensão, apenas apagam as anotações, sem gerar efeitos retroativos com relação aos demais aspectos, enquanto um resultado revisional favorável - este sim - apaga completamente a penalidade, restaurando a situação anterior, com todos os seus efeitos de tempo de serviço, de ressarcimento pecuniário (em valores devidamente atualizados) e de registros na ficha de conduta funcional.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pgs. 228 e 229, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

*“Não cabe o pleito revisional da medida quando a perda do cargo público não é declarada pela autoridade devido ao teor de processo disciplinar consumado pela Administração Pública, a título de pena administrativa, mas sim como efeito acessório de sentença penal condenatória, proferida em processo criminal (...).*

*Por óbvio, a Administração Pública, no exercício da autotutela, somente pode rever atos que ela mesma praticou, inclusive as penalidades administrativas por ela aplicadas, o que não compreende, logo, as penas criminais de caráter acessório (perda do cargo público), impostas por decisão do Poder Judiciário, autônomo e independente em sua função de julgar processo-crime, ainda que o acusado seja servidor público.” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pg. 954, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

### **5.1.3.2 - Prescrição do Pedido a Partir do Conhecimento do Fato Novo**

Aqui, há que ser feita diferenciação em relação ao que foi aduzido em **4.12.2**, em que, conforme o Parecer AGU nº GQ-10, se defendeu a incidência da prescrição quinquenal sobre o direito de o servidor reclamar nulidade de ato administrativo.

Pode-se ter uma situação em que, de acordo com as provas originariamente disponíveis, seja correto impor responsabilização e pena ao servidor, em processo regularmente conduzido, sem qualquer nulidade. O surgimento de posterior fato novo, ensejador de absolvição do apenado por meio do processo revisional, neste exemplo, não se confunde com nulidade do processo originário (com os elementos de que se dispunha à época, o processo originário foi perfeitamente concluído; apenas ainda não havia surgido o fato revelador de novo entendimento). Assim, neste momento, de se avaliar ou não admissibilidade da revisão, não haveria que se cogitar da incidência da prescrição quinquenal defendida no Parecer AGU nº GQ-10.

A superveniência de fato novo, ensejador de revisão, pode acontecer a qualquer tempo e foge à competência e ao controle do interessado. Assim, o direito à revisão, dependente destes fatos novos, não prescreve e pode ser cogitado a qualquer tempo, por qualquer pessoa da família do servidor, conforme art. 174 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e manifestações da Advocacia-Geral da União, no Parecer AGU nº GQ-28, vinculante, e do Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 23.741, respectivamente:

*“71. Não há que se falar na espécie em prescrição porquanto a Lei nº 8.112/90 diz que o processo disciplinar poderá ser revisto a qualquer tempo quando ocorrerem os motivos elencados no ‘caput’ do art. 174, causadores do pedido revisional.”*

*“2. (...) Ademais, a teor do disposto no artigo 174 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o processo disciplinar pode ser revisto a qualquer tempo e, uma vez acolhido o pedido, é declarada sem efeito a punibilidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto o referente à destituição de cargo em comissão, convertida em exoneração - artigo 182.”*

A própria Lei nº 8.112, de 11/12/90, define o alcance da expressão “qualquer pessoa da família”, competente para provocar o pedido de revisão, nos casos de falecimento ou ainda de ausência ou de desaparecimento do servidor, declarados judicialmente, nos termos dos arts. 22 e 23 do Código Civil.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 241. Consideram-se da família do servidor, além do cônjuge e filhos, quaisquer pessoas que vivam às suas expensas e constem do seu assentamento individual.*

*Parágrafo único. Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove união estável como entidade familiar.*

Todavia, passa a incidir a prescrição quinquenal sobre a ação revisional, uma vez surgido o fato novo e dele tendo conhecimento o servidor. A partir daí, o servidor tem o prazo de cinco anos para provocar a Administração, com o pedido de revisão. A protocolização deste pedido interrompe a prescrição quinquenal e mantém-se a interrupção enquanto a Administração processar a revisão.

*Decreto nº 20.910, de 06/01/32 - Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.*

*Art. 4º Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la.*

*Parágrafo único. A suspensão da prescrição, neste caso, verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano.*

*Parecer AGU nº GM-26, não vinculante: “Ementa: I - Não se aplica ao caso dos autos o Parecer GQ-10. A revisão pode realmente efetivar-se a qualquer tempo, uma vez dependente da superveniência (que foge à competência do*

*interessado) de fato novo, ou de circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada (...). III - A revisão está sujeita ao prazo prescricional de cinco anos (art. 1º, Dec. 20.910). O prazo começa a correr da data em que o interessado teve conhecimento do fato novo, mas interrompe-se com a apresentação do pedido de revisão (art. 4º, par. único, Dec. 20.910) na repartição pública. IV - A prescrição não corre durante a demora da administração no exame do pedido (art. 4º, Dec. 20.910).”*

*“(...) a prescrição quinquenal (...) só tem início com o conhecimento (...) do fato novo ensejador da revisão ou das circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.” Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, pg. 197, Editora Forense, 2ª edição, 2006*

Ainda abordando o conceito de prescrição no que diz respeito à revisão, conforme se aduziu em **5.1.2**, pode-se aqui tentar dar uma leitura aplicável ao dispositivo do art. 110, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que estabelece prazo de cinco anos para servidor requerer quanto a atos de demissão e de cassação de aposentadoria e de disponibilidade. Tem-se que, inequivocamente, é direito do servidor cogitar de revisão processual a qualquer tempo, mediante fato novo. Conforme já aduzido, como o surgimento do fato novo não depende do controle do servidor, podendo se dar a qualquer momento, este direito de poder ter o processo revisto não é prejudicado pelo prazo de cinco anos estipulado no art. 110, I da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Todavia, como não se cogita de letra morta na norma e como os arts. 112 e 115 do Estatuto impõem que a prescrição é de ordem pública, não pode ser relevada pela Administração e tem prazo fatal e improrrogável, pode-se interpretar o inciso I do art. 110, no que diz respeito à matéria correcional, como um inafastável prejuízo apenas no aspecto patrimonial a partir de cinco anos da decisão revisional favorável, ainda que se reveja a qualquer tempo o ato expulsivo.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 110. O direito de requerer prescreve:*

*I - em 5 (cinco) anos, quanto aos atos de demissão e de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou que afetem interesse patrimonial e créditos resultantes das relações de trabalho;*

*II - em 120 (cento e vinte) dias, nos demais casos, salvo quando outro prazo for fixado em lei.*

*Parágrafo único. O prazo de prescrição será contado da data da publicação do ato impugnado ou da data da ciência pelo interessado, quando o ato não for publicado.*

*“(...) no que concerne aos efeitos financeiros, relacionados com a remuneração, estes prescrevem em cinco anos, não havendo percepção de quaisquer valores relativos ao período anterior a esse tempo, que é contado a partir da data da entrada do pedido no protocolo do Ministério ou órgão equivalente. A paga é feita com valores devidamente corrigidos pelos índices vigentes no lapso quinquenal.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pgs. 239 e 240, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

*“No tocante aos efeitos financeiros, todavia, seria desarrazoado contra o ordenamento jurídico estabelecer a imprescritibilidade patrimonial do direito de requerer revisão do processo administrativo disciplinar, haja vista que não se poderia aceitar que, décadas depois da demissão, o ex-funcionário expulso do serviço público pudesse auferir proveitos econômicos contra o erário, trinta, quarenta, cinquenta anos depois da punição ter sido imposta (...)*

*Efetivamente, o instituto revisional do feito administrativo (...) não pode, concessa venia, ser eternizado além do óbice prescricional quinquenal, no que concerne a seus efeitos financeiros (...).*

*(...) a flexibilidade temporal somente se estende além do prazo prescricional quanto aos efeitos extrapatrimoniais da decisão apenadora, no campo moral, mas sem surtir efeitos financeiros contra a Fazenda Pública.” Antonio Carlos*

*Alencar Carvalho, "Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância", pgs. 924 e 925, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Em outras palavras, solicitada revisão antes de cinco anos da decisão, uma vez deferida, restabelecem-se integralmente, sem exceção, todos os direitos do servidor, conforme art. 182 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, sem se cogitar de prescrição. Por outro lado, se solicitada revisão após cinco anos da decisão, legitimamente ao amparo inafastável do art. 174 do Estatuto, uma vez deferida, restabelecem-se integralmente aqueles direitos do servidor que não guardam relação com interesse patrimonial; estes direitos patrimoniais são restabelecidos apenas no período de cinco anos contados da data do pedido de revisão, para trás, ficando prejudicados os direitos do período fora deste prazo, visto que eles prescrevem em prazo quinquenal, de forma fatal, improrrogável e irrelevável.

### **5.1.3.3 - Rito da Revisão**

Quanto ao rito revisional, destaca-se a necessidade de apreciação, por parte da Administração, em dois momentos distintos: no primeiro, similar a uma fase de admissibilidade, pondera-se o pedido em si de instauração da revisão; e, no segundo, caso se tenha acatado a instauração, faz-se a avaliação do mérito das alegações.

A primeira apreciação acerca da admissibilidade do pedido, independentemente da pena originariamente aplicada e de quem a aplicou, conforme a estrita literalidade do art. 177 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, cabe apenas ao Ministro de Estado da Fazenda. Por expressa previsão legal, incumbe somente ao titular da Pasta autorizar a instauração de processo de revisão, sob assessoramento jurídico da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Não obstante esta expressa competência legal, cabe aqui perfeita analogia com o que já se expôs em **2.5.3.1**, em que se apresentou a convenção de terminologia das peças propositivas, e em **4.10.3.2**, em que se analisou a natureza jurídica dos pareceres de assessoramento em julgamento.

Da mesma forma como se aduziu acerca da pertinência de o parecer de análise de processo - em caso de proposta da comissão de responsabilização cabível na competência do Ministro de Estado da Fazenda - ser realizado no âmbito do Escor e não da Divisão de Análise Correcional da Coger, aqui também se utilizam os mesmos argumentos para se recomendar a adoção de tal praxe, caso a PGFN venha a solicitar ao sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil a elaboração de peça de instrução. Embora a decisão seja ministerial, a possibilidade de a Coger, por meio do respectivo Escor, emitir manifestação propositiva o mais próximo possível da ocorrência dos fatos, como elemento de instrução do ato formal a cargo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, harmoniza-se perfeitamente com a visão sistêmica e com os princípios reitores da verdade material e da eficiência. E, conforme convencionado em **2.5.3.1**, tratando-se de peça dirigida a órgão estranho (PGFN) à unidade de lavratura (Escor), intitula-se informação externa (e não parecer).

No curso da apreciação do pedido de revisão, é possível e legítimo (embora não obrigatório) que as autoridades correcionais da Secretaria da Receita Federal do Brasil se manifestem em caráter opinativo e propositivo (como regra, no Escor, e, apenas excepcionalmente, na Divisão de Análise Correcional da Coger nas hipóteses de o Corregedor ter figurado como autoridade instauradora).

Afinal, esta iniciativa recomendada no âmbito do sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil de, diante de pedido revisional decorrente de processo administrativo disciplinar no qual, como regra geral, o Chefe de Escor tenha figurado como autoridade instauradora, se proceder a parecer propositivo no respectivo Escor (e não na Divisão de Análise Correcional) e menos ainda de se deixar a análise apenas a cargo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, traz os ganhos decorrentes da proximidade com os fatos e do presumível melhor conhecimento das condições de sua ocorrência, inclusive sobre

os aspectos técnico-fiscais envolvidos na materialidade. Ademais, se coaduna com a sistematização de competências regimentais já exposta em 2.2.2.2.2, quando se aduziu que a melhor prática administrativa é de os Escor cuidarem da execução cotidiana das competências, reservando-se a unidade central (a Coger) às tarefas atinentes à normatização, coordenação, orientação e supervisão.

É certo que o art. 24, combinado com o art. 18, V, ambos do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, não exigem a manifestação a cargo do Escor e tampouco da Divisão de Análise Correcional, como elemento de amparo da admissibilidade ministerial de um pedido de revisão. De fato, literalmente, estes dispositivos regimentais não impõem a existência de informação externa no âmbito do sistema correcional da Secretaria da Receita Federal do Brasil e muito menos estabelecem a que unidade cabe fazê-la (se compete ao Escor ou à Divisão de Análise Correcional). Não obstante, estes comandos permitem que se o faça; ou seja, preveem a existência da peça de análise jurídica, sem torná-la essencial e indispensável, de forma que, embora recomendável, sua eventual ausência não nulifica o procedimento de apreciação do pedido de revisão.

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 18. À Corregedoria - Coger compete: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

*V - examinar e instruir processos administrativos disciplinares e demais expedientes sobre disciplina funcional que devam ser submetidos à apreciação das autoridades competentes;*

*Art. 24. Aos Escritórios de Corregedoria - Escor compete, no âmbito de sua jurisdição, as atividades previstas para a Coger.*

À margem de imposição legal, a existência desta análise prévia no âmbito do Escor (no caso geral de o Chefe de Escor ter figurado como autoridade instauradora) ou no âmbito da Divisão de Análise Correcional (no caso excepcional de o Corregedor ter figurado como autoridade instauradora) mostra-se extremamente recomendável, por harmonizar-se com a desejada visão sistêmica e com a base principiológica reinante (atínente à proximidade com os fatos e com a prova esclarecedora da verdade material e à eficiência).

A despeito da praxe acima recomendada, formal e literalmente, conforme já aduzido, à vista do art. 177 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a competência decisória recai no Ministro de Estado da Fazenda. Caso este titular da Pasta entenda inexistentes os pressupostos de admissibilidade de revisão (quais sejam, fatos ou circunstâncias novas que justifiquem a inocência do servidor ou a inadequação da pena aplicada), o pedido deve ser indeferido e arquivado em apenso ao processo originário (ou, conforme já aduzido, ao contrário, com o processo originário apensado ao novo processo em que se protocolizou o pedido de revisão).

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 177. O requerimento de revisão do processo será dirigido ao Ministro de Estado ou autoridade equivalente, que, se autorizar a revisão, encaminhará o pedido ao dirigente do órgão ou entidade onde se originou o processo disciplinar.*

*Parágrafo único. Deferida a petição, a autoridade competente providenciará a constituição de comissão, na forma do art. 149.*

*“Existem duas fases inteiramente distintas nas revisões processuais que o servidor pode requerer: a primeira é o exame da sua admissibilidade, e a segunda é a apreciação do mérito do mesmo requerimento. (...)*

*Caso o Ministro competente entenda inexistirem os pressupostos de admissibilidade da revisão, previstos no art. 174, imediatamente indeferirá o pedido, mandando arquivá-lo, mas mesmo que determine tal arquivamento, este não poderá ser procedido senão em apenso aos autos do processo administrativo originário, uma vez que compõe a história daquele processo, significando a última etapa ocorrida, por isso devendo necessariamente permanecer apensada.” Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis”, pgs. 288 e 289, Editora Saraiva, 4ª edição,*

1995

No caso de deferimento, o processo é remetido para o respectivo Chefe de Escor, como autoridade instauradora, a fim de que se designe a comissão revisora (que até pode ser integrada por membros da comissão originária, o que, embora não seja legalmente vedado, não convém). Prevalecem os mesmos requisitos para os integrantes da comissão já descritos para o rito ordinário.

*“Com fulcro no princípio da moralidade pública, que exige que os atos da Administração sejam realizados com a mais absoluta lisura, e com vistas a garantir a imparcialidade dos trabalhos revisionais, não devem participar da comissão revisora os funcionários que tenham integrado a comissão de processo de que resultou o ato disciplinar objeto da revisão, ainda que a lei seja silente a esse respeito.” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 486, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

*“Parece claro que, também na área federal, inclusive para que não se alegue suspeição, deve-se nomear outra Comissão.” Edmir Netto de Araújo, “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, pg. 171, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

Na revisão, o ônus da prova do fato novo é do requerente, tanto que dele a Lei exige de imediato a indicação dos atos de instrução probatória a serem realizados pela comissão revisora. E inverte-se a presunção: concluindo-se o processo com dúvida acerca do alegado pelo requerente, deve ser mantida a punição.

Não obstante esta inversão e a peculiaridade de que o escopo do processo revisional deve, a princípio, se limitar à provocação do requerente, é de se destacar que permanecem imperando na revisão os princípios reitores da instância disciplinar, tais como da ampla defesa, do contraditório, da oficialidade e da verdade material. Como reflexo disto, mencionem-se, por exemplo, que na fase do inquérito da revisão, aplica-se, no que couber, o rito ordinário (com instrução enriquecida por atos de formação de convicção - tais como oitivas, diligências, interrogatórios, etc -, indicição, defesa e relatório), descrito em diversos tópicos anteriores do presente texto e, da mesma forma; que os atos de instrução devem ser notificados ao requerente, para que deles possa participar; e eventual denegação a provas solicitadas deve ser tida como excepcional e deve ser motivadamente notificada. Ademais, não deve a comissão revisora se restringir ao que foi fornecido ou provocado pelo requerente. Em outras palavras, sabendo da existência de prova não incluída no processo originário e não solicitada pelo requerente mas que possa influenciar na decisão da revisão, deve a comissão revisora, de ofício, buscar ou produzir a prova, seja a favor ou contra o requerente

Por óbvio, a indicição e a defesa se aplicam quando a comissão altera o enquadramento e a penalidade para o requerente (de um enquadramento mais grave para outro menos grave). Caso a comissão revisora conclua por manter na íntegra a decisão original, deve este colegiado deliberar pelo fim da instrução probatória (não se justificando repetir a indicição originária, citar e coletar defesa), e, em atendimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório, oportunizar ao requerente o direito de se manifestar (seja apontando novas provas, seja trazendo alegações de mérito), para só então iniciar o relatório.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 175. No processo revisional, o ônus da prova cabe ao requerente.*

*Art. 178.*

*Parágrafo único. Na petição inicial, o requerente pedirá dia e hora para a produção de provas e inquirição das testemunhas que arrolar.*

*Art. 180. Aplicam-se aos trabalhos da comissão revisora, no que couber, as normas e procedimentos próprios da comissão do processo disciplinar.*

*Formulação Dasp nº 70. Revisão de inquérito*

*Na revisão de inquérito a dúvida favorece a manutenção do ato punitivo.*

*“(...) é possível no processamento da revisão, tal qual no processo originário, arguir-se cerceamento de defesa, com vista a, se for o caso, anular-se a revisão que inobservou, aqui também, o princípio constitucional da ampla defesa do requerente. Não é porque o ônus da prova cabe agora a este que as provas as quais tenha, entre elas as testemunhas, podem ser indeferidas. Trata-se, ainda, de defesa do ora requerente, que fora condenado anteriormente. Pela revisão, o indiciado ainda está se defendendo, e esta defesa precisa, também aqui, ser ampla, contraditória e plena.” Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis”, pgs. 290 e 291, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

*“A regra para a inversão do ônus da prova para o servidor punido, no feito revisional, justifica-se pela ideia de que o processo administrativo disciplinar originário goza de uma presunção relativa de correção e legalidade quanto ao ato decisório apenador, na medida em que deriva de um prévio procedimento revestido de formalidades e garantias legais e constitucionais, processado por servidores isentos e imparciais da Administração Pública, que terão atuado como órgãos de instrução, acusação e julgamento, de consultoria jurídica, somando-se a paralela fiscalização, o controle e participação do acusado, a quem empenhado o direito de propor provas e contraprovas, rebater argumentos, fatos e conclusões desfavoráveis, além de poder recorrer das decisões proferidas ou interpor pedidos de reconsideração.*

*Como a dúvida favorece a manutenção da decisão, não aproveita ao requerente tentar semear argumentos em torno da dubiedade das provas de sua responsabilidade, mas comprovar sua inocência ou o erro no julgamento, por questões de fato e de direito indiscutíveis.*

*25) O ônus da prova do erro do julgamento do processo administrativo disciplinar originário é do requerente da revisão, a quem não socorre o silêncio ou a recusa de esclarecimento de fatos imprescindíveis para a decisão do pedido revisional.*

*26) Na revisão do processo administrativo disciplinar, a dúvida favorece a manutenção da pena aplicada no feito originário, não socorrendo ao requerente a invocação do princípio do in dubio pro reo, porquanto se sobrepõe a presunção de legitimidade dos atos administrativos.” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pgs. 935, 936 e 1053, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

A princípio, o prazo referencial para revisão é de sessenta dias para os trabalhos da comissão e vinte dias para julgamento. O julgamento da revisão fica a cargo da autoridade que aplicou a pena original, sendo vedado o agravamento. Deve-se atentar para o detalhe, fiel à convenção internamente adotada desde **2.5.3.1**, de que, se, de um lado, pode-se ter uma informação externa da lavra do Escor em atendimento à solicitação a PGFN como instrução do pedido de revisão, de outro lado, ao fim do processo revisional, tem-se parecer de análise de revisão, dirigido ao Chefe do Escor, ainda que a decisão final da revisão (acerca de PAD em que originalmente se aplicou pena de suspensão de mais de trinta dias ou pena expulsiva) seja de competência ministerial.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 179. A comissão revisora terá 60 (sessenta) dias para a conclusão dos trabalhos.*

*Art. 181. O julgamento caberá à autoridade que aplicou a penalidade, nos termos do art. 141.*

*Parágrafo único. O prazo para julgamento será de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, no curso do qual a autoridade julgadora poderá determinar diligências.*

*“O prazo para a comissão revisora concluir os trabalhos é de sessenta dias. Este prazo nos parece prorrogável em virtude do silêncio da lei. Não havendo proibição expressa, a permissão é subentendida pelas normas do artigo seguinte [art. 180].” Wolgran Junqueira Ferreira, “Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União”, pg. 158, Edições*

*Profissionais, 1ª edição, 1992*

Percebe-se que nem sempre a autoridade que defere a instauração da revisão é quem ao final julgará a proposta da comissão revisora. Pode-se ter, por exemplo, um pedido de revisão protocolizado em função de uma suspensão de trinta dias aplicada pela autoridade instauradora (o Chefe de Escor). Este pedido de instauração da revisão deve ser apreciado pelo Ministro de Estado da Fazenda. Uma vez deferida, a revisão é instaurada pelo Chefe de Escor, a quem, ao final, caberá o julgamento acerca da revisão ou não da pena de suspensão.

*“Se os membros da comissão processante recomendavelmente devem ser diversos dos da comissão, a autoridade julgadora em um e outro caso é a mesma, e não poderia ser diferente, sabendo-se que quem aplica a pena é, por princípio, competente para reformá-la, anulá-la ou mantê-la.” Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis”, pg. 292, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

Diferentemente do que já foi aduzido em **4.2.1** e em **4.10.3** e na esteira do que foi aduzido em **5.1.2** (a cujas leituras se remete), acerca da competência em decorrência da criação da Secretaria da Receita Federal do Brasil, com a Lei nº 11.457, de 16/03/07, em função da máxima de que a norma que regula os recursos a uma decisão é a norma vigente à data desta decisão recorrida, tem-se que o julgamento de revisão de processos instaurados pela Corregedoria-Geral do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) sobre área de receita previdenciária ou instaurados pela Corregedoria da extinta Secretaria da Receita Previdenciária (SRP) e que já tinham decisão de mérito proferida no âmbito do então Ministério da Previdência Social ao tempo da fusão dos Fiscos federais compete ao Ministro de Estado da Pasta em que se encontra aquela autarquia ao tempo da decisão. O direcionamento para o Ministro de Estado da Pasta em que atualmente se encontra aquela autarquia se aplica mesmo para decisões que haviam sido proferidas pelo Corregedor da extinta SRP, uma vez que tal cargo não mais existe.

*Parecer PGFN/CJU/CED nº 2.422/2007: “33. ‘Ex positis’, é a manifestação no sentido de que:*

- a) os recursos e impugnações em geral referentes a penalidades disciplinares aplicadas no âmbito do Ministério da Previdência Social, sob o pálio da Lei nº 11.098, de 2005, e das demais legislações anteriores, são de competência do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Previdência Social;*
- b) incumbe à Corregedoria-Geral da Receita Federal do Brasil, e, nos casos legalmente previstos, ao Ministro de Estado da Fazenda, a análise dos processos em curso (sem julgamento, sem decisão de mérito) e dos que vierem a ser instaurados.”*

Conforme já mencionado, pode a decisão exarada na revisão redundar na total absolvição do requerente ou na parcial atenuação de sua responsabilidade. Caso o requerente tivesse sido expulso por pena de demissão, a revisão pode levar à aplicação do instituto da reintegração, já mencionado em **3.2.4.2.1** e em **4.10.2**. Não se coaduna com os princípios reitores do direito punitivo a interpretação de que a revisão apenas poderia eliminar por completo a responsabilização ou mantê-la, sobretudo ao se atentar para a parte final do art. 174 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que prevê a possibilidade de os fatos ou circunstâncias alegados, alternativamente, “justificarem a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada”. Pode então ocorrer de não se obter a comprovação da inocência, mas sim da inadequação de pena grave originalmente aplicada e de que é mais adequada uma pena branda (em decorrência de se ter comprovado o cometimento de ilícito menos grave). Por óbvio que o art. 182 do Estatuto, ao expressar que a revisão julgada procedente faz com que se restabeçam “todos os direitos do servidor”, requer interpretação sistemática e não limitada à literalidade, em que a palavra “todos” significaria apenas a possibilidade da total exclusão de responsabilidade. A interpretação mais consentânea é de que se restabelecem todos os direitos compatíveis com o novo julgamento. Quanto à vedação da *reformatio in pejus* em revisão processual, já foi abordada em **5.1.1**, a cuja leitura se remete.

Caso seja deferido o pedido administrativo de revisão de um ex-servidor demitido, este será reintegrado. A reintegração é um instituto de provimento previsto no inciso VIII do art. 8º e no *caput* do art. 28, em conjunto com o *caput* do art. 182, todos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, mas antes e acima deste ordenamento legal, diga-se que o instituto da reintegração é previsto no § 2º do art. 41 da CF, que dispõe sobre os servidores efetivos estáveis.

*CF - Art. 41.*

*§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço. (Redação dada pela Emenda Constitucional - EC nº 19, de 4 de junho de 1998)*

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 28. A reintegração é a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens.*

*§ 1º Na hipótese de o cargo ter sido extinto, o servidor ficará em disponibilidade, observado o disposto nos arts. 30 e 31.*

*§ 2º Encontrando-se provido o cargo, o seu eventual ocupante será reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização ou aproveitado em outro cargo, ou, ainda, posto em disponibilidade*

*Art. 182. Julgada procedente a revisão, será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto em relação à destituição de cargo em comissão, que será convertida em exoneração.*

*Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento de penalidade.*

*“A revisão julgada procedente anulará por inteiro os efeitos condenatórios do processo disciplinar (...). Restaura-se assim, de maneira completa, todo o ‘statu quo ante’ do servidor, desfazendo-se até mesmo as anotações desabonadoras oriundas da condenação anulada. Tal não significa raspá-las com estilete do assentamento, ou apagá-las com borracha ou tinta corretiva do respectivo registro, porém, por declaração, nos assentamentos funcionais, de que a penalidade anterior foi cancelada, considerando-se a decisão do processo ‘x’, de revisão. (...).*

*Na revisão processual, pode ser deferida atenuação da pena aplicada, ou seu completo cancelamento. (...)*

*(...) a L. 8.112 não parece admitir a revisão para diminuir ou atenuar a pena, porém tão-só para anulá-la por completo, quando é o caso. Tal atenuação pode ser, com efeito, importantíssima para o servidor, como, por exemplo, na hipótese de a Administração comutar-lhe a pena de demissão na de suspensão (...). Será de todo lícito à autoridade julgadora da revisão, ainda que dada a lacuna da lei, em vez de cancelar por inteiro uma pena, apenas abrandá-la (...).” Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis”, pgs. 286 e 293, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995*

*“Finalmente, dessa decisão na revisão administrativa, se for denegatória, cabe, em tese, pedido de reconsideração (art. 106 da Lei nº 8.112/90), podendo ser impetrado recurso (art. 107, I) de sua denegação, caso haja autoridade superior à que proferiu o julgamento da revisão.” Edmir Netto de Araújo, “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, pg. 175, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994*

Em função de se poder solicitar revisão a qualquer tempo, recomenda-se que sindicância disciplinar ou PAD que resultem em apenação sejam despachados para o Arquivo Geral da respectiva Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda com indicação de arquivamento por tempo indeterminado.

## 5.2 - VIAS RECURSAIS DE CONTROLE EXTERNO

O controle externo, no processo administrativo, é exercido com a garantia constitucional do livre ingresso no Poder Judiciário, mesmo antes de se esgotar a via administrativa, para se discutir questão restrita à legalidade.

*CF - Art. 5º*

*XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*

*“A alternativa do controle externo de legalidade do ato disciplinar não está sujeita à prévia exaustão dos recursos internos, de modo que nada contradiz indica possa o servidor punido, desde logo, optar pela via judicial” José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, pg. 505, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005*

À vista do princípio da separação dos Poderes, a garantia constitucional de se levar à apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito não confere a este Poder a prerrogativa de interferir na leitura de mérito (se é justa ou não a penalidade aplicada ao servidor) procedida pela autoridade administrativa competente.

De acordo com o que já se expôs em **3.3.1.4.1**, a apreciação judicial restringe-se, normalmente, apenas aos aspectos associados à legalidade do ato administrativo, quais sejam, todos os cinco requisitos de validade nos atos vinculados (competência, finalidade, forma, motivo ou conteúdo) e apenas aqueles em que resta vinculação mesmo nos atos discricionários (os três primeiros, excluindo, como regra, o motivo e o objeto). Em outras palavras, o Poder Judiciário somente pode apreciar os elementos vinculados e essenciais à validade do ato administrativo, não devendo interferir nos elementos a que a lei confere discricionariedade à autoridade administrativa. Conforme já exposto em **4.12**, enquanto a Administração tem o poder de anular seus atos inválidos por motivo de ilegalidade (ou convalidá-los, quando cabível) ou até mesmo revogar, por motivos de conveniência ou oportunidade de mérito, atos válidos, sob amparo do princípio da autotutela, ao Poder Judiciário é reservado apenas atacar invalidade dos atos administrativos, determinando sua anulação. Não cabe ao Poder Judiciário convalidar ou revogar atos administrativos.

*STJ, Mandado de Segurança nº 7.985, Voto: “(...) no que diz respeito ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo.”*

*Idem: STF, Mandados de Segurança nº 20.882, 20.999, 21.297 e 22.534; e STJ, Mandados de Segurança nº 5.626, 5.633, 6.853, 7.019, 7.370, 8.858 e 8.998*

Ademais, além desta limitação de escopo, diferentemente do controle interno, em que a Administração pode agir tanto de ofício ou por provocação, o controle externo somente se move por provocação, não cabendo ao Poder Judiciário agir de ofício.

Tem-se ainda que o alcance das decisões judiciais deve se limitar a quem provocou o Poder Judiciário, não podendo se estender além daqueles que integram o processo judicial (não obstante poder a Administração, a seu exclusivo critério, estender os efeitos da decisão para outros casos).

Não obstante o acima exposto, a jurisprudência atual tem entendido que a verificação da adequação da pena aplicada com as provas fáticas constantes do processo se enquadra nos elementos vinculados do ato administrativo, de forma que o conteúdo fático e a instrução probatória passam a integrar a legalidade do ato e não o seu mérito.

*STJ, Mandado de Segurança nº 13.622: “Ementa: 1. Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao*

*regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a Servidor Público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual excesso administrativo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais do procedimento sancionatório.”*

Em sua maioria, as decisões judiciais se refletem apenas nos atos tidos como imperfeitos na forma, não atingindo todo o processo. Em geral, com o refazimento do ato criticado, o processo pode voltar a seguir seu curso normal, não sendo necessário refazer todo o processo. Mas, em menor quantidade, também há decisões judiciais que determinam a suspensão do rito administrativo, em função, por exemplo, de haver alguma outra ação judicial em curso versando sobre o mesmo fato.

Embora a busca da prestação jurisdicional possa se dar por qualquer razão em que o servidor cogite de afronta a direitos seus, é facilmente compreensível que a maioria das interposições de ação judicial junto ao Poder Judiciário se dá sobretudo em casos que possam importar em pena expulsiva (tais como penas de demissão ou de cassação de aposentadoria).

Independentemente do motivo que tenha levado o servidor a provocar o Poder Judiciário em relação a processo administrativo disciplinar, conforme já abordado em **2.2.2.2.2**, quando se mencionaram as competências regimentais do Sejuc, faz-se relevante que a autoridade instauradora (condição que, em geral, recai sobre o Chefe do Escor e, excepcionalmente, sobre o Corregedor), ao ser notificado pela autoridade judicial ou ao ter tido ciência de qualquer outra forma da existência da ação judicial, de imediato, protocolize um processo administrativo, instruído com cópias dos documentos recebidos do Poder Judiciário e com outros documentos que a que porventura tenha acesso e que considere relevante para a instrução, registro e documentalização do acompanhamento da ação, bem como comunique o fato ao Sejuc, a fim de que este possa prestar o necessário apoio nesta tarefa, bem como mantenha atualizadas estas duas linhas de informação.

Na matéria disciplinar, os exemplos mais comuns de ingresso no Poder Judiciário decorrem de: indeferimento imotivado de prova solicitada pela defesa e ausência de ato ou termo processual indispensável (ou seja, em tese, de atos causadores de prejuízo à ampla defesa e ao contraditório), sobretudo em casos de aplicação de pena expulsiva (visto que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, já prevê, em sua própria literalidade, certa flexibilização entre aplicação de advertência ou de suspensão), conforme se seguem:

- Mandado de segurança: para se discutir direito líquido e certo negado em ato ilegal de autoridade administrativa, excetuado o controle, pela via do *mandamus*, de ato disciplinar (a menos se o ato tiver sido praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidades essenciais) - a jurisprudência declara que, tendo havido sentença de mérito em mandado de segurança, veda-se nova provocação judicial em via ordinária para analisar mesma matéria;
- Ação civil ordinária: por ser um procedimento mais amplo, permite discussão acerca do conjunto probatório e figura como melhor instrumento quando se discute não só o direito, mas sobretudo as provas fáticas da punição. Existe a possibilidade de concessão de antecipação de tutela. É empregada para anular ato punitivo (no caso de pena capital, uma vez anulada judicialmente, o servidor é automaticamente reintegrado);
- Ação reintegratória: pedido de reintegração não automática, em função de o servidor ter sido absolvido na esfera criminal; a reintegração é um instituto de provimento previsto no inciso VIII do art. 8º e no art. 28, ambos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, já mencionado em **3.2.4.2.1** e em **4.10.2**, mas antes e acima deste ordenamento legal, diga-se que o instituto da reintegração é previsto no § 2º do art. 41 da CF, que dispõe sobre os servidores efetivos estáveis.

*CF - Art. 41.*

*§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço. (Redação dada pela Emenda Constitucional - EC nº 19, de 4 de junho de 1998)*

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 28. A reintegração é a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens.*

*§ 1º Na hipótese de o cargo ter sido extinto, o servidor ficará em disponibilidade, observado o disposto nos arts. 30 e 31.*

*§ 2º Encontrando-se provido o cargo, o seu eventual ocupante será reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização ou aproveitado em outro cargo, ou, ainda, posto em disponibilidade.*

- Ação cautelar: empregada para suspender o andamento ou o julgamento do processo administrativo disciplinar, enquanto sua nulidade é discutida em ação civil ordinária.

## ANEXO I - SÍNTESE DAS MANIFESTAÇÕES DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

O art. 4º, X e XI da Lei Complementar nº 73, de 10/02/93, que é a lei orgânica da Advocacia-Geral da União (AGU), estabelece que cabe ao Advogado-Geral da União emitir pareceres enfocando matéria acerca da qual paire divergência de entendimento na Administração. E segundo o art. 40, § 1º da mesma norma, os pareceres adotados pelo Advogado-Geral da União são submetidos à aprovação do Presidente da República. Uma vez aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial, o parecer vincula a Administração federal, ficando os órgãos e entidades públicos do Poder Executivo federal obrigados a lhe dar fiel cumprimento. Os pareceres aprovados pelo Presidente da República, mas não publicados, embora não vinculantes, podem ser tomados como referência, visto que obrigam apenas aos órgãos envolvidos no caso específico, a partir do momento em que dele tenham ciência.

*Lei Complementar nº 73, de 10/02/93 - Art. 4º São atribuições do Advogado-Geral da União:*

*X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;*

*XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal;*

*Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.*

*§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a administração federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.*

*§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.*

Diante da relevância destes pareceres na matéria disciplinar, convém destacar as principais interpretações e integrações que deles se obtêm para esclarecer passagens dúbias ou lacunosas da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Neste enfoque, aqui, longe de se exaurir o tema, busca-se apenas agrupar as principais manifestações da Advocacia-Geral da União que trazem algo em acréscimo à literalidade da Lei, dispensando-se inúmeras outras passagens em que o órgão jurídico tão somente reproduziu o texto legal.

Neste Anexo, aos pareceres da Advocacia-Geral da União, foram somadas algumas das principais manifestações emitidas pelo Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp, que foi, até 1986, o órgão central de assessoramento imediato da Presidência da República para assuntos relativos a pessoal e serviços gerais dos órgãos civis da Administração Pública federal), que não afrontam o atual ordenamento e permanecem como orientação normativa obrigatória na Administração Pública federal, conforme o art. 116, III do Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67.

*Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67 - Art. 116. Ao Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp) incumbe:*

*III - zelar pela observância dessas leis e regulamentos, orientando, coordenando e fiscalizando sua execução, e expedir normas gerais obrigatórias para todos os órgãos;*

*Formulação Dasp nº 300. Formulações*

*As Formulações elaboradas e publicadas pelo Dasp (Colepe) constituem, por força do disposto no art. 116, III, do Decreto-Lei nº 200, de 1967, orientação normativa para os Órgãos de Pessoal da administração federal direta e autárquica.*

De uma maneira geral, procurou-se apresentar os pareceres da Advocacia-Geral da

União e as formulações do Departamento Administrativo do Serviço Público agrupados em subtítulos, de acordo com a sequência com que seus assuntos são aplicados no curso do processo administrativo disciplinar. Assim, primeiramente vêm as manifestações aplicáveis em caráter geral ao processo, seguidas daquelas aplicáveis a determinados momentos do rito.

### **Possibilidade de emprego de institutos do Direito Penal em lacunas do ordenamento administrativo:**

*Parecer AGU nº GMF-6, vinculante: “Ementa: I - As condutas que são objeto de persecução na esfera administrativa poderão, ante a omissão legislativa administrativa, por analogia e conforme avaliação do caso concreto, obedecer aos mesmos critérios do direito criminal, inclusive quanto a natureza jurídica das infrações e suas implicações quanto à contagem do prazo prescricional.*

*12. Sem embargo, não existem dúvidas acerca da intersecção entre o direito administrativo sancionador e o direito penal e se destaca, inclusive, a possibilidade de que uma mesma conduta amolde-se às duas disciplinas o que gera, por consequência natural, a aplicação subsidiária de institutos do direito criminal no âmbito do direito disciplinar, notadamente em razão de omissão legislativa na esfera administrativa.*

*17. Diante dessa percepção e da constatação de que os princípios e institutos de direito penal, secularmente estudados e desenvolvidos, possuem simetria com o direito administrativo disciplinar deflui-se, da própria lógica jurídica que as condutas que são objeto de persecução na esfera administrativa poderão, ante a omissão legislativa administrativa, de forma subsidiária, por analogia e conforme avaliação do caso concreto, obedecer aos mesmos critérios do direito criminal, inclusive quanto à natureza jurídica das infrações e suas implicações pertinentes à contagem do prazo prescricional, como ocorre no caso de abandono de cargo.*

### **Objetivo do processo administrativo disciplinar e compulsoriedade da apuração:**

*Parecer AGU nº GQ-98, não vinculante: “11. Porém, à investigação se procede com o objetivo exclusivo de precisar a verdade dos fatos, sem a preocupação de incriminar ou exculpar indevidamente o servidor.”*

*Parecer AGU nº GQ-35, vinculante: “22. (...) a) é compulsória a apuração das irregularidades atribuídas aos servidores em geral, inclusive as atribuídas aos titulares somente de cargos em comissão, indiciando-os e proporcionando ampla defesa aos ocupantes dos últimos, mesmo que tenham sido exonerados, pois a lei admite a conversão dessa desvinculação em destituição de cargo em comissão (...).”*

*Formulação Dasp nº 215. Inquérito administrativo*

*O inquérito administrativo não visa apenas a apurar infrações, mas também oferecer oportunidade de defesa.*

### **Fato de o acusado já não mais ser servidor público não afeta poder-dever de apurar:**

*Parecer AGU nº GM-1, vinculante: “Ementa: Não é impeditivo da apuração de irregularidade verificada na administração federal e de sua autoria o fato de os principais envolvidos terem se desvinculado do serviço público, anteriormente à instauração do processo disciplinar. (...)*

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

*17. Embora a penalidade constitua o corolário da responsabilidade administrativa, a inviabilidade jurídica da atuação punitiva do Estado, advinda do fato de alguns dos envolvidos nas transgressões haverem se desligado do serviço público, não é de molde a obstar a apuração e a determinação de*

*autoria no tocante a todos os envolvidos, inclusive em se considerando o plausível envolvimento de servidores federais, bem assim o julgamento do processo, com a conseqüente anotação da prática do ilícito nas pastas de assentamentos funcionais, por isso que, em derivação dessa medida: (...)*

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

#### **Escolha entre sindicância e PAD:**

*Parecer AGU nº GM-1, vinculante: “16. As normas pertinentes à sindicância e ao processo disciplinar não prescrevem a realização da primeira, em regra previamente à instauração deste. A simples leitura dos arts. 153 e 154 da Lei nº 8.112, de 1990, já o demonstra. Atenta à natureza da infração e às circunstâncias em que esta se verifica, a autoridade competente deve aquilatar se da sua apuração poderá resultar a advertência, a suspensão de até trinta dias ou a inflição de penalidade mais grave, a fim de determinar a modalidade de apuração, se a realização de sindicância ou a abertura de processo. Em se insinuando dúvida razoável a respeito da prática da infração ou de sua autoria, e dependendo de sua gravidade, a autoridade competente deverá ter discernimento suficiente para determinar a realização de investigação prévia (a sindicância), com vistas à verificação da necessidade de proceder, ou não, à cabal apuração das irregularidades, através do processo disciplinar.”*

*Parecer AGU nº GQ-12, vinculante: “12. (...) Inexiste exigência legal, ou necessidade em determinados casos, de que todo processo disciplinar seja precedido de sindicância, nem sua prescindibilidade implica inobservância de qualquer princípio de direito.”*

*Parecer AGU nº GQ-37, vinculante: “Ementa: (...) A legalidade do processo disciplinar independe da validade da investigação, efetuada através da sindicância de que adveio aquele apuratório.”*

#### **Desnecessidade de se indicarem nome de acusado e infração na portaria de instauração:**

*Parecer AGU nº GQ-12, vinculante: “16 (...) princípios do contraditório e da ampla defesa (...) indicam a desnecessidade de se consignarem, no ato de designação da c.i, os ilícitos e correspondentes dispositivos legais, bem assim os possíveis autores, o que se não recomenda inclusive para obstar influências no trabalho da comissão de inquérito ou alegação de presunção de culpabilidade. É assegurada à c.i. a prerrogativa de desenvolver seus trabalhos com independência e imparcialidade.*

*17. A notificação dos possíveis autores para acompanharem o desenvolvimento do processo, pessoalmente ou por intermédio de procurador, será feita imediatamente após a instalação da c.i, a fim de garantir o exercício do direito de que cuida o art. 156 da Lei nº 8.112; a enumeração dos fatos se efetua na indicição do servidor, conforme prescrição dessa Lei, art. 161.”*

*Parecer AGU nº GQ-35, vinculante: “Ementa: (...) A nulidade processual não se configura se, no ato de designação da comissão de inquérito, forem omitidas as faltas a serem apuradas, bem assim quando o colegiado processante é integrado por servidor de nível funcional inferior ao dos envolvidos. (...)*

*15. As opiniões doutrinárias tendentes a reconhecer a necessidade de se indicarem, nos atos de designação das comissões apuradoras, os fatos que possivelmente teriam sido praticados pelos envolvidos, como condição de validade processual pertinente à ampla defesa, não se adequam ao regramento do assunto em vigor, mormente em se considerando os comandos dos arts. 5º, LV, da Carta Magna e 153 da Lei nº 8.112/90, para que se observe o princípio do contraditório na fase processual de inquérito.”*

#### **Publicação da portaria de instauração:**

*Parecer AGU nº GQ-87, não vinculante: “Ementa: É insuscetível de nulificar o processo disciplinar o fato de não haver sido publicada a portaria de designação de comissão de inquérito, desde que considerada a data do mesmo ato como de início do prazo estipulado para a conclusão do processo disciplinar e, em decorrência, não se constate infringência ao princípio do contraditório.*

*7. A Lei nº 8.112, de 1990, art. 152, considera a publicação do ato de designação da comissão de inquérito como sendo o marco inicial do curso do prazo de apuração dos trabalhos, porém não exige que seja feita no Diário Oficial; é acorde com o preceptivo a divulgação desse ato em boletim interno ou de serviço.”*

### **Infrações conexas ou outros servidores envolvidos, que surgem no curso do apuratório:**

*Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: “13. Não raro, durante a apuração das irregularidades exsurtem evidências quanto à autoria, de forma a envolver outros servidores, ou emergem infrações disciplinares conexas, ou não, com o objeto do processo disciplinar. São fatos que devem ser tidos como consentâneos com a finalidade da instauração do processo e incapazes de acarretar sua nulidade, desde que a c.i. adote as medidas procedimentais compatíveis com o contraditório e a ampla defesa, na execução dos trabalhos de apuração.*

*14. Em casos tais, a comissão deve possuir o discernimento necessário para adotar os atos que se impuserem com vistas a garantir ao servidor faltoso o exercício do direito assegurado no art. 156, suso, mas sem descuidar da agilidade processual. Assim, caso a c.i. não tenha concluído seus trabalhos, deve ser notificado o novel acusado para que, se o pretender, requeira o cumprimento de qualquer dos atos assegurados no art. 156, no respeitante à apuração já efetuada, atentando-se, destarte, para a faculdade atribuída ao presidente da comissão no § 1º do mesmo preceptivo. Já as infrações, verificadas no curso do apuratório, serão igualmente apuradas, se conexas com as faltas objeto do processo ou, se inexistente a conexão, a investigação não compromete a razoável agilidade da conclusão dos trabalhos. Senão, deve a c.i. propor a designação de outro colegiado, sem prejuízo de suas incumbências.”*

### **Requisitos para integrar comissão:**

*Parecer AGU nº GQ-35, vinculante: “17. A c.i. é integrada por três servidores estáveis, dela não participando cônjuge, companheiro ou parente do provável responsável pela prática das infrações disciplinares, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau. São exigências insertas na Lei nº 8.112, de 1990, art. 149, a qual não autoriza qualquer resultado interpretativo que conduza à nulidade do processo disciplinar na hipótese de compor-se a comissão sem observar o princípio da hierarquia que se assere existente nos quadros funcionais da administração federal.”*

### **Necessidade de se notificar servidor para acompanhar como acusado as apurações, mas ainda sem apontar irregularidade:**

*Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: “Ementa: Em virtude dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o servidor que responde a processo disciplinar deve ser notificado da instauração deste imediatamente após a instalação da comissão de inquérito e, em qualquer fase do inquérito, cientificado dos atos processuais a serem praticados com vistas à apuração dos fatos, de modo que, tempestivamente, possa exercitar o direito assegurado no art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990. (...)*

*9. Não se coaduna com o regramento do assunto a pretensão de que se efetue a indicação das faltas disciplinares na notificação do acusado para acompanhar a evolução do processo, nem essa medida seria conveniente, eis que seria suscetível de gerar presunção de culpabilidade ou de exercer influências na apuração a cargo da comissão de inquérito.”*

*Parecer AGU nº GQ-98, não vinculante: “11. Porém, à investigação se procede com o objetivo exclusivo de precisar a verdade dos fatos, sem a preocupação de incriminar ou exculpar indevidamente o servidor. (...)*

*12. É defeso à autoridade que instaura o processo, por qualquer meio, exercer influência sobre o colegiado a que a Lei assegura independência no seu mister elucidativo (art. 161 aludido) e, a este, não é admitido prejudicar a culpabilidade do servidor.”*

#### **Apenas a segunda fase do processo (o inquérito administrativo) é contraditória:**

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

#### **Ônus da prova da responsabilidade do servidor incumbe à administração (por meio da comissão) e a dúvida favorece a defesa:**

*Parecer AGU nº GM-14, não vinculante: “8. (...) É reiterada a orientação normativa firmada por esta Instituição, no sentido de que o ônus da prova, em tema de processo disciplinar, incumbe à administração.”*

*Parecer AGU nº GQ-173, não vinculante: “Ementa: A administração pode editar o ato punitivo apenas na hipótese em que esteja convencida quanto à responsabilidade administrativa do servidor a quem se imputa a autoria da infração. A dúvida deve resultar em benefício do indiciado.”*

*Parecer AGU nº GM-3, não vinculante: “Ementa: (...) Incumbe à administração apurar as irregularidades verificadas no serviço público e demonstrar a culpabilidade do servidor, proporcionando seguro juízo de valor sobre a verdade dos fatos. Na dúvida sobre a existência de falta disciplinar ou da autoria, não se aplica penalidade, por ser a solução mais benigna.(...)”*

*50. (...) compete à administração, por intermédio da comissão de inquérito, demonstrar a culpabilidade do servidor, com satisfatório teor de certeza.”*

*Parecer Dasp. Insanidade mental - Nexo de causalidade*

*Não deve ser demitido o funcionário alienado mental, ainda quando haja dúvidas a respeito de qual seria seu estado psíquico à época em que cometeu a infração. Mediando, aliás, poucos meses entre a prática do ilícito e a constatação oficial da insanidade mental, é fácil presumir-se que já havia esta por ocasião daquela.*

#### **Oitiva de testemunha posterior ao interrogatório do acusado não é causa de nulidade:**

*Parecer AGU nº GQ-37, vinculante: “Ementa: (...) É insuscetível de eivar o processo disciplinar de nulidade o interrogatório do acusado sucedido do depoimento de testemunhas, vez que, somente por esse fato, não se configurou o cerceamento de defesa.”*

*Parecer AGU nº GQ-177, vinculante: “Ementa: (...) Não nulifica o processo disciplinar a providência consistente em colher-se o depoimento do acusado previamente ao de testemunha.”*

#### **Ausência de interrogatório de acusado regularmente intimado não causa nulidade:**

*Parecer AGU nº GQ-102, não vinculante: “17. A Lei nº 8.112, de 1990, não condicionou a validade do apuratório à tomada do depoimento do acusado, nem a positividade das normas de regência autoriza a ilação de que este configura peça processual imprescindível à tipificação do ilícito. A falta do depoimento, no caso, deveu-se à conduta absenteísta do servidor quando intimado a prestar esclarecimentos (...).”*

**Valer-se do cargo é ilícito formal ou de consumação antecipada:**

*Formulação Dasp nº 18. Proveito pessoal*

*A infração prevista no art. 195, IV, do Estatuto dos Funcionários, é de natureza formal e, conseqüentemente, se configura ainda na hipótese de o proveito pessoal ilícito não ter sido conseguido.*

*(Nota: O inciso IV do art. 195 do antigo Estatuto proibia ao servidor valer-se do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função.)*

**Abandono de cargo é ilícito administrativo de natureza permanente e seu termo inicial prescricional se dá apenas na cessação da conduta absenteísta:**

*Parecer AGU nº GMF-6, vinculante: “Ementa: II - A vontade do agente incide diretamente não apenas para a configuração do abandono de cargo, mas também para a situação de permanência que produz efeitos jurídicos, restando caracterizada, portanto, a prorrogação de sua base consumativa. III - A infração funcional de abandono de cargo possui caráter permanente e o prazo prescricional apenas se inicia a partir da cessação da permanência.”*

**Desídia é infração de natureza culposa:**

*Parecer AGU nº GQ-164, vinculante: “12. (...) ‘Desídia (e). É falta culposa, e não dolosa, ligada à negligência: costuma caracterizar-se pela prática ou omissão de vários atos (comparecimento impontual, ausências, produção imperfeita); excepcionalmente poderá estar configurada em um só ato culposo muito grave; se doloso ou querido pertencerá a outra das justas causas. (...)’ (Valentim Carrion - Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 18ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pp. 362/3). (...)*

*‘Quando a desídia é intencional, como na sabotagem, onde há a ideia preconcebida de causar prejuízos ao empregador, por esse aspecto doloso, ela se identifica com a improbidade. (...)’ (Mozart Victor Russomano - Comentários à CLT, 13ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 561).”*

**Demissão com base em crime contra a administração pública requer condenação judicial transitada em julgado, mas este tipo de crime sempre configura também ilícito administrativo:**

*Parecer AGU nº GQ-124, vinculante: “17. Todo crime praticado por funcionário contra a administração pública (Código Penal, arts. 312 a 327), constitui, também uma infração administrativa, capitulada ou no art. 117 ou no art. 132 da Lei nº 8.112/90. A recíproca, porém, não é verdadeira: nem toda infração disciplinar configura crime.*

*“18. (...) a demissão, com fundamento no inciso I do art. 132, deve ser precedida de decisão judicial transitada em julgado.”*

*Formulação Dasp nº 128. Demissão*

*Não pode haver demissão com base no item I do art. 207 do Estatuto dos Funcionários, se não precede condenação criminal.*

*(Nota: O inciso I do art. 207 do antigo Estatuto previa a aplicação de pena de demissão nos casos de crimes contra a administração pública.)*

**Configuração do abandono de cargo requer comprovação, a cargo da comissão, da intencionalidade do servidor:**

*Parecer AGU nº GQ-201, não vinculante: “7. No caso de abandono de cargo, a ausência deve ser intencional, ou seja, não basta a inexistência de justa causa para a ausência ao serviço; é preciso mais: deve haver a intenção. (...)*

*8. E o ônus da prova dessa intenção, cabe à administração, por intermédio da comissão processante. (...)*

*13. (...) A materialidade da ausência continuada ao trabalho autoriza a administração a tomar as providências para afastar o funcionário de seus quadros, mas esse propósito disciplinar, entretanto, deverá ceder diante da comprovação de não ter havido a vontade de abandonar o serviço, ou em razão*

*de acontecimentos que justificassem, cabalmente, aquele afastamento, ou quando o conjunto de fatos indica, pelo menos, uma óbvia inadequação entre os motivos da conduta e a representação mental de suas consequências.”*

### **Improbidade administrativa é infração de natureza dolosa:**

*Parecer AGU nº GQ-200, não vinculante: “Ementa: (...) Improbidade administrativa é ato necessariamente doloso e requer do agente conhecimento real ou presumido da ilegalidade de sua conduta.”*

### **A indicação do enquadramento legal da infração é obrigatória no relatório e não na indicição:**

*Parecer AGU nº GQ-121, não vinculante: “10. (...) A omissão ou substituição de dispositivo, com vistas ao enquadramento e punição da falta praticada, não implica dano para a defesa, advindo nulidade processual, em consequência. A este aspecto encontrava-se atento o legislador ao determinar que os preceitos transgredidos devem ser especificados no relatório, sem adstringir esse comando à elaboração da peça instrutória. No entanto, o zelo demonstrado pela c.i, quando indica, na indicição, os preceitos desrespeitados não desmerece a execução dos seus trabalhos.”*

### **Em princípio, a autoridade deve acatar conclusão do relatório, salvo se contrária à prova dos autos:**

*Parecer AGU nº GQ-135, não vinculante: “Ementa: Na hipótese em que a veracidade das transgressões disciplinares evidencia a conformidade da conclusão da comissão de inquérito com as provas dos autos, torna-se compulsório acolher a proposta de aplicação de penalidade.”*

*Parecer AGU nº GQ-127, não vinculante: “12. O exame do contexto dos autos imprime a convicção de que a gravidade, as consequências para a moralidade administrativa e o teor das infrações, enumeradas no relatório final e no primeiro item deste expediente, justificam a conclusão da c.i, que logrou comprovar e especificar os fatos, com indicação das correspondentes provas. Apenação é mera e inevitável decorrência das regras inseridas na Lei nº 8.112, inclusive o art. 168, mormente em se considerado que a comissão vivenciou a apuração das faltas disciplinares e, destarte, tinha as melhores condições para aquilatar sua veracidade com maior exatidão.”*

*Parecer AGU nº GQ-149, não vinculante: “Ementa: A autoridade julgadora não se vincula, obrigatoriamente, ao relatório conclusivo da comissão processante, quando contrário às provas dos autos, podendo, se assim o desejar, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la e até mesmo isentar o indiciado de responsabilidade (art. 168, da Lei nº 8.112/90). O ato de julgamento deverá ser, então, motivado pela autoridade competente, apontando, na sua peça expositiva, as irregularidades havidas no ‘iter’ inquisitivo, tornando-se, desse modo, imune às interpretações e consequências jurídicas que poderão advir de seu ato.”*

### **Uma vez configurado o ilícito, a aplicação da pena é compulsória (mesmo para penas capitais):**

*Parecer AGU nº GQ-183, vinculante: “7. Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, de 1990, arts. 129, 130, 132, 134 e 135, comina a aplicação de penalidade, esta medida passa a constituir dever indeclinável, em decorrência do caráter de norma imperativa de que se revestem esses dispositivos. Impõe-se a apenação sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa para omitir-se nesse mister. (...)*

*8. Esse poder é obrigatoriamente desempenhado pela autoridade julgadora do processo disciplinar (...).”*

*Parecer AGU nº GQ-177, vinculante: “Ementa: Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece*

*competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato. (...) O julgamento de processo disciplinar de que advém a aplicação de penalidade mais branda que a cominada em lei, efetuado pela autoridade instauradora, não obsta que aquela efetivamente competente julgue e inflija a punição adequada, sem que esse ato caracterize dupla irrogação de pena, em razão de um mesmo fato ilícito.*

*10. (...) Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, arts. 132 e 134, cominam a aplicação da pena de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, esta medida se impõe sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa (...) para omitir-se na apenação.”*

### **Gradação da pena no caso de penas brandas e possibilidade de se aplicar suspensão em hipótese originariamente punível com advertência:**

*Parecer AGU nº GQ-183, vinculante: “11. A incidência do art. 128 da Lei nº 8.112 é adstrita aos tipos das condutas delituosas dos servidores indiciados, ligados aos deveres e proibições, os quais não impedem a aplicação de penas mais severas que as previstas em lei, como regra geral (arts. 129 e 130 da Lei nº 8.112), ante a gravidade da infração e as circunstâncias agravantes. A autoridade julgadora possui o poder de agravar a apenação do servidor faltoso, pois na ‘aplicação da penalidade serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais’. A Lei prescreve à autoridade que, na oportunidade do julgamento, observe esses aspectos, todavia, só e só, para, num juízo de valor, graduar a penalidade. Extrapolaria o sentido e o alcance do regramento da matéria considerar esses aspectos com o objetivo de amenizar indevidamente a punição. 12. Autoriza pena mais grave que a advertência, com o seguinte jaez, o próprio art. 129 da Lei nº 8.112: (...)*

*13. Assim Ivan Barbosa Rigolin expressou sua opinião a respeito da inteligência do transcrito art. 129, ‘verbis’:*

*‘Prescreve ainda o artigo que, caso deixe de observar dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, será o servidor advertido, quando aquela falta não determine imposição de penalidade mais grave. Quem decide se cabe ou não pena mais grave é evidentemente a administração, por suas autoridades competentes a cada caso, e conforme o critério estabelecido no art. 128’ (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Ed. Saraiva, 1992, p. 220).”*

*Parecer AGU nº GQ-127, não vinculante: “Ementa: Nada obstante a advertência ser a penalidade estatuída para os casos de inobservância de dever funcional, os fatores de graduação de pena, especificados no art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, podem justificar punição mais grave.”*

### **Livre apreciação da prova a cargo da autoridade julgadora:**

*Parecer AGU nº GQ-37, vinculante: “5. (...) é inconteste que o acusado da prática de infrações disciplinares deve ser notificado para comparecer, se o quiser, aos depoimentos pertinentes aos fatos irregulares, cuja autoria possivelmente lhe será atribuída. No entanto, o conjunto dos elementos probatórios e a maneira como este foi constituído podem induzir o julgador a aquilatar a quantidade de provas obtidas em harmonia com o contraditório e a ampla defesa, desprezando aqueles depoimentos em que não esteve presente o acusado.”*

### **Somente há nulidade com comprovado prejuízo à defesa:**

*Parecer AGU nº GQ-15, vinculante: “15. (...) o cerceamento de defesa não se presume, eis que, em sendo um fato, há que exsurgir do contexto do processo disciplinar”*

*Parecer AGU nº GQ-177, vinculante: “Ementa: (...) O cerceamento de defesa é um fato e, em decorrência, quem o alega deve demonstrar o efetivo dano sofrido no exercício do direito de defender-se, não se admitindo sua presunção.”*

*Formulação Dasp nº 57. Inquérito administrativo*

*O inquérito administrativo só é nulo em razão de irregularidades que impliquem em cerceamento à defesa.*

### **Contagem do termo inicial da prescrição:**

*Parecer AGU nº GQ-55, vinculante: “19. A inércia da administração somente é suscetível de se configurar em tendo conhecimento da falta disciplinar a autoridade administrativa competente para instaurar o processo.”*

*Formulação Dasp nº 76. Prescrição*

*A prescrição, nas infrações disciplinares, começa a correr do dia em que o fato se tornou conhecido.*

### **Interrupção do prazo prescricional requer instauração válida:**

*Parecer AGU nº GQ-108, não vinculante “12. Na hipótese em que o processo tenha se desenvolvido sem a observância do princípio do contraditório ou da ampla defesa, impondo-se, destarte, a declaração de sua nulidade, ‘ab initio’, em consequência desta não se configurou a interrupção do fluxo do prazo prescricional, o que autoriza asserir que, no tocante a esse aspecto, as faltas disciplinares têm as respectivas punibilidades sujeitas à extinção.”*

### **Interrupção do prazo de prescrição ocorre apenas uma vez e se mantém pelo prazo legal do processo:**

*Parecer AGU nº GQ-144, não vinculante: “7. Em harmonia com os aspectos de que o art. 142 destina-se a beneficiar o servidor e o respectivo instituto da prescrição objetiva imprimir estabilização às relações que se estabelecem entre a administração e os servidores públicos, obstando que se perpetue a viabilidade da sanção disciplinar, é válido asserir que:*

*a) interrupção do curso do prazo prescricional, como estatuída no § 3º, ocorre uma só vez quanto ao mesmo fato. Na hipótese em que a comissão não tenha concluído seus trabalhos no prazo estipulado e, por esse motivo ou outro qualquer, imponha-se a continuidade da investigação, a instauração de outro processo não terá o condão de novamente interromper o prazo prescricional;*

*b) a ‘decisão final’, capaz de fazer cessar a interrupção do prazo, é adstrita ao primeiro processo disciplinar válido, não se aproveitando a proferida noutro que, por qualquer razão, se tenha instaurado para dar seguimento à apuração do mesmo fato. Não ultimada a averiguação da falta, na data do término do prazo, incluído o dilatatório, portanto, carecendo o processo de ‘decisão final’, exaurem-se os efeitos da instauração e cessa a interrupção do transcurso do período prescricional, recomeçando a contagem de novo prazo, por inteiro (...).”*

*Parecer AGU nº GQ-159, vinculante: “9. Assim sendo, torna-se apropriado realçar os fundamentos da juridicidade da orientação supra (...). É ilação indutiva do raciocínio de que o término dos prazos de averiguação da falta, incluído o dilatatório, e de julgamento, destarte, carecendo o processo de ‘decisão final’, cessa a interrupção do transcurso do período prescricional, reiniciando a contagem de novo prazo, por inteiro.”*

*Formulação Dasp nº 279. Prescrição*

*A redesignação da comissão de inquérito, ou a designação de outra, para prosseguir na apuração dos mesmos fatos não interrompe, de novo, o curso da prescrição.*

### **Prescrição do abandono de cargo segue a prescrição do crime de abandono de função, com prazo de dois anos a partir do 31º dia de falta:**

*Parecer AGU nº GM-7, não vinculante: “6. Quanto à prescrição, cumpre registrar que, segundo o Parecer AGU/WM-8/98 (Anexo ao Parecer GQ-144), (...), previsto também como crime, o abandono de cargo tem o mesmo prazo de prescrição da lei penal, e da conjugação dos arts. 323 e 119, VI, do Código Penal e art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, conclui-se que o prazo prescricional da infração abandono de cargo é de dois anos.”*

*Parecer AGU nº GQ-144, não vinculante: “8. Previsto como crime, no art. 323, o abandono de cargo tem seu prazo prescricional regulado no art. 109, VI, ambos os dois do Código Penal, isto é, a prescrição verifica-se em dois anos, a contar do trigésimo primeiro dia de falta ao serviço, pois a administração tem imediato conhecimento dessa infração (§ 1º do transcrito art. 142 da Lei nº 8.112).”*

*Parecer AGU nº GQ-211, vinculante:”5. (...) Se o servidor começou a faltar a partir de 26 de julho de 1995 e não mais compareceu ao serviço, a Administração teve conhecimento imediato da infração. O curso da prescrição interrompeu-se em 24/7/96, com a instauração do procedimento apuratório (Lei nº 8.112/90, art. 142, § 3º). O prazo final para julgamento se encerrou em 8/10/96. Novo prazo prescricional voltou a fluir por inteiro em 9/10/96 (Lei nº 8.112/90, art. 142, § 4º). Já em 9/10/98, estava, desta forma, prescrita a pretensão punitiva da Administração, impossibilitando a aplicação da pena de demissão ao servidor.”*

### **Prescrição impede registro de fato nos assentamentos funcionais:**

*Parecer AGU nº GMF-3, vinculante: “Ementa: I. A Administração Pública Federal deve observar a decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 23.262/DF, que declarou a inconstitucionalidade do art. 170 da Lei n. 8.112/ 1990. II. No âmbito dos processos administrativos disciplinares, uma vez extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora não poderá fazer o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor público.*

### **Aplicação da retroatividade da lei que não mais considera ato ilícito:**

*Parecer AGU nº GQ-91, não vinculante: “19. A prévia cominação de penalidade administrativa em lei se compatibiliza com as assertivas compreendidas na doutrina pertinente ao Direito Penal, na faceta de que a ‘lei incidente à época do delito, não só no que diz respeito aos pressupostos do crime, como também à qualidade e quantidade (extensão, intensidade, o ‘quantum’) da pena, é direito que assiste ao infrator, que tem o direito subjetivo público a que lhe seja aplicada a lei mais benéfica anterior, ou seja, o princípio da vedação da lei penal material ‘ex post facto’. A lei penal material é a do momento da consumação do crime ou do fato punível’. (Comentários à Constituição de 1988 - José Cretella Júnior, Ed. Forense Universitária, 1988, vol. I, p. 475)*

*20. A Lei nº 8.112, de 1990, instituiu a penalidade de conversão de exoneração em destituição de cargo em comissão, em relação à qual se perquire se incide sobre fatos pretéritos. Oportuno lembrar a manifestação desse doutrinador, consistente na afirmação de que, em sendo a lei nova ‘mais benéfica (mais branda, mais benigna, mais favorável), ou quando não mais capitula o fato como crime, ocorre a retroatividade; quando a lei nova é mais severa, isto é, comina pena maior do que a lei anterior, ocorre a irretroatividade, ou o que é o mesmo, prevalece a ‘contrario sensu’, a ultra-atividade da lei vigente, dotada de eficácia, quando ocorreu o fato’. (op. cit.).”*

### **Independência das instâncias:**

*Parecer AGU nº GQ-164, vinculante: “35. (...) A ligação com a lei penal admitida pelas normas disciplinares é restrita, exclusivamente, ao afastamento da responsabilidade administrativa no caso de absolvição criminal que negue a*

*existência do fato ou a autoria; a demissão decorrente de condenação por crime contra a Administração Pública; e ao prazo de prescrição (arts. 126, 132 e 142 da Lei nº 8.112).*

*36. Essa interdependência seria destoante do espírito e do sentido do art. 39 da C.F. e da Lei nº 8.112, de 1990, até mesmo porque o Direito Penal trata da restrição do direito de liberdade, cominando a pena de prisão simples, detenção e reclusão, embora existam a multa e as penas acessórias, como as interdições de direitos, quando o Direito Disciplinar não versa sobre a pena corporal, porém, no tocante às mais graves (é dispensável o enfoque das apenações mais brandas), prevê a desvinculação do servidor. O primeiro ramo destina-se a proteger, de forma genérica, a sociedade, sendo que o último objetiva resguardar especificamente a Administração Pública e o próprio Erário. São áreas jurídicas distintas, com penalidades de naturezas e finalidades diversas.”*

#### **Prazo recursal em função de decisão publicada em boletim interno:**

*Parecer AGU nº GQ-38, vinculante: “Ementa: A publicação de ato decisório de que possa resultar pedido de reconsideração ou interposição de recurso, em boletim de serviço, ou de pessoal, na forma do art. 108 da Lei nº 8.112, de 1990, gera presunção de conhecimento que admite prova em contrário. O pedido de reconsideração, ou o recurso, apresentado após o decurso do prazo fixado no aludido art. 108, deve ser recebido pela autoridade competente, se plausível a ilação de que o servidor desconhecia a publicação (em boletim de serviço ou de pessoal) do ato passível de impugnação, por motivo imputado à administração.”*

#### **Direito de revisão a qualquer tempo, sem prescrição:**

*Parecer AGU nº GQ-28, vinculante: “71. Não há que se falar na espécie em prescrição porquanto a Lei nº 8.112/90 diz que o processo disciplinar poderá ser revisto a qualquer tempo quando ocorrerem os motivos elencados no ‘caput’ do art. 174, causadores do pedido revisional.”*

## **ANEXO II - CONTRAPOSIÇÃO ENTRE QUALIDADE E CELERIDADE NO PROCESSO DISCIPLINAR**

Embora o processo administrativo disciplinar tenha seu rito legalmente definido, a exemplo da maioria das atividades desenvolvidas em qualquer ramo de ciência ou técnica, nele também se manifesta o confronto entre celeridade e qualidade do trabalho. Como reflexo da eficiência, se de um lado é certo que o ordenamento e a base principiológica impõem a resolução do processo em um prazo razoável, por outro lado não é menos verdadeiro que a busca da celeridade não deve atentar contra a qualidade do trabalho e, em consequência, contra a segurança jurídica da decisão proferida. À vista da relevância que a questão assume, no presente Anexo busca-se consolidar não só as diversas passagens esparsas ao longo do texto principal em que se abordaram questões relativas a prazo e duração do processo mas também aquelas em que se destacou a atenção a ser dada à qualidade da apuração. Em outras palavras, o objetivo é sugerir uma rotina de procedimentos e cautelas que propiciem um processo robustamente instruído em prazo razoável e sem riscos de questionamentos - tanto da segurança da decisão emanada quanto da conduta adotada, sobretudo pela comissão na instrução probatória.

### **1 - LEGISLAÇÃO SOBRE O TEMA**

Como não poderia ser diferente em tema jurídico, inicia-se a discussão buscando a legislação de regência e, mais especificamente, toma-se por ponto de partida a CF (é certo que um mandamento constitucional, ainda que porventura cronologicamente posterior à base legal, paira acima desta e passa a servir de supedâneo para todo o disciplinamento inferior). Assim, o dispositivo do art. 5º, LXXVIII da CF (incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/04), recepcionando o ordenamento legal e infralegal, faz por ele irradiar a determinação de que a todos, inclusive em via administrativa, é assegurada a duração razoável e a celeridade do processo.

Infraconstitucionalmente, tem-se que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, na leitura conjunta de seu art. 152, § 1º com seu art. 145, parágrafo único, estabelece prazos originários de até sessenta dias para o PAD e de até trinta dias para a sindicância disciplinar e a possibilidade de prorrogação por iguais períodos e concede à comissão a prerrogativa de se dedicar integralmente à apuração, se ela considerar necessário.

Ainda na Lei nº 8.112, de 11/12/90, o seu art. 147, parágrafo único, embora não de forma expressa, permite extrair que o legislador considera a possibilidade de, não estando concluído o PAD em 120 dias, poder se prosseguir no rito, pois o prazo é fatal apenas para o afastamento preventivo do servidor. No mesmo sentido são as Formulações Dasp nº 216 e 279 e a pacífica jurisprudência - de que a extrapolação do prazo legal, por si só, não é causa de nulidade do processo.

Especificamente no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, tem-se que a Portaria Coger nº 14, de 30/01/14, em seu art. 5º, prevê que a Coger e os Escor acompanhem e avaliem atividades correcionais, destacando, dentre outros parâmetros, os prazos.

Por fim, convém que o presidente da comissão motive a solicitação, dirigida à autoridade instauradora, de prorrogação ou de designação de nova comissão, com prazo hábil de antecedência, em relatório que descreva a fase em que se encontra o trabalho e os atos que ainda se faz necessário realizar.

Tal praxe configura-se em instrumento de gerência administrativa da autoridade instauradora. Advirta-se que não há que se confundir esta competência gerencial com quebra da cediça autonomia ou independência da comissão, uma vez que se objetiva tão somente controlar o andamento dos trabalhos e a dedicação da comissão, sem interferir em sua leitura

de mérito. A autonomia da comissão se revela e se restringe no mérito que ela mesma, de forma independente, extrai dos autos, e não tem o condão de conceder suposta prerrogativa aos integrantes para se considerarem à margem de deveres funcionais elementares (tais como dedicação, assiduidade, etc).

## **2 - ALGUNS ASPECTOS PRÁTICOS A CARGO DA AUTORIDADE INSTAURADORA**

Embora a questão do confronto entre celeridade e qualidade dos trabalhos, precipuamente, aflija a comissão, há alguns aspectos e condutas de natureza prática a cargo da autoridade instauradora ainda na fase pré-processual que podem influenciar na celeridade do inquérito administrativo.

De imediato, menciona-se a fase de admissibilidade fortalecida, conforme estabelece a Portaria Coger-MF nº 24, de 30/10/13. O avanço nos procedimentos de investigação é útil em qualquer situação. Na hipótese de o parecer de admissibilidade recomendar a instauração, os procedimentos de investigação poupam trabalho da comissão e apontam um rumo inicial a ser seguido; e na hipótese de recomendar arquivamento, evitam sobrecarregar comissões com processos desnecessária e precipitadamente instaurados.

Um outro parâmetro que influencia na celeridade e na qualidade dos trabalhos é a escolha de integrantes com perfil adequado. O ideal é que se tenha pelo menos um integrante que seja experiente na matéria correcional e outro integrante que seja conhecedor da área técnica em questão da Secretaria da Receita Federal do Brasil (aduana, arrecadação, fiscalização, previdência, etc). É relevante dotar os integrantes das senhas necessárias para acessar os sistemas informatizados, caso já não as possuam, conforme permite o art. 17 da Portaria MF nº 492, de 23/09/13.

Um outro aspecto que pode atuar negativamente na celeridade do processo e que deve se restringir a situações incontornáveis (sobretudo na fase final do inquérito administrativo, após o interrogatório) é a substituição de membro(s), pois a entrada de novo(s) integrante(s) pode alterar a estratégia ou o rumo definido pela composição original.

Também não convém sobrecarregar comissões com quantidade excessiva de processos, pois isto pode redundar na postura de o colegiado priorizar alguns processos e não dar o devido andamento a outros.

Por fim, ainda a cargo da autoridade instauradora, menciona-se que deve ser incentivada a circularização, a leitura e o efetivo emprego das apostilas oficiais da Coger (manual, notas técnicas, modelos, legislação, jurisprudência judicial e Pareceres AGU), disponíveis na página virtual da Coger na *intranet* institucional, como forma de evitar discussões desnecessárias sobre temas já pacificados.

## **3 - ALGUNS ASPECTOS PRÁTICOS A CARGO DA COMISSÃO**

Uma vez instaurado o processo, tem-se que sua segunda fase, o inquérito administrativo, é conduzido pela comissão, cabendo-lhe, então, a partir de sua designação, cuidar da conciliação da celeridade dos trabalhos com a qualidade e com a segurança jurídica. Neste rumo, a maioria das rotinas e cautelas atinentes a esta contraposição se manifesta na instrução probatória, justamente por ser a fase mais sujeita ao risco de dispersão dos trabalhos e a estratégias protelatórias por parte da defesa - sem prejuízo de a comissão ter de manter atenção à celeridade e à qualidade até seu ato final, que é a elaboração do relatório.

Pode-se indicar como providência inaugural com vista a cuidar de tal dicotomia a cautela de a comissão, ao receber o processo - que se presume instaurado após juízo de admissibilidade bem instruído -, dedicar os primeiros dias ao estudo detalhado dos autos (se

possível, fazendo um resumo com as principais peças - que é útil não só para o imediato entendimento do caso mas também para instruir eventual indicição e relatório), com o fim de identificar claramente qual o objetivo (“o que se quer esclarecer?”) e uma estratégia de ação para atingi-lo (“como esclarecer?”).

Neste rumo, é fundamental que a comissão defina clara e delimitadamente um objetivo. Ou seja, o colegiado tem de identificar qual é o fato supostamente ilícito a esclarecer, que provocou o juízo de admissibilidade com decisão de instauração. É sempre extremamente improdutivo, além de acarretar variadas formas de desgaste, quando a comissão abre demasiadamente o foco apuratório.

Ato contínuo, ainda que não expressamente deliberada nos autos (visto que pode haver justificadas mudanças no rumo originalmente traçado), a comissão deve discutir e elaborar uma sequência de atos instrucionais que, em princípio, levarão a esclarecer o objetivo identificado. Agregue-se que, já desde este momento - e por todo o curso de seu trabalho -, deve a comissão buscar a coesão e evitar divergências internas.

Neste ponto relevante de definir o foco da apuração, deve a comissão atentar para a desnecessidade de abarcar longos períodos pretéritos de apuração ou um ilimitado contorno fático. Como regra geral, concentrar esforços em configurar, por meio de provas incontestáveis, uma quantidade discreta de atos é mais produtivo do que despender esforços para tentar configurar extensiva ou exaustiva quantidade de atos, incluindo na apuração elementos de frágil ou discutível convicção. Na esteira, deve a comissão obedecer aos regramentos do Parecer AGU nº GQ-55, vinculante, que definem o que são fatos conexos e que esclarecem quando se justifica a inclusão de um novo fato na apuração em curso e quando se justifica representar para apuração apartada (em síntese, é sabido que a inclusão de um fato novo na apuração em curso tem os requisitos cumulativos de conexidade e de operacionalidade). Não se deve perder de vista que a apuração é sobre os fatos constantes dos autos (até podendo-se incluir fatos conexos com o objetivo inicial do processo que porventura surjam no decorrer do apuratório) e não sobre a vida como um todo do acusado. Ou seja, se após o esgotamento da instrução probatória, já se tem um conjunto de provas suficientes para formar a convicção ou os fatos inicialmente representados ou narrados ou os fatos a eles conexos não se comprovaram, deve a comissão encerrar a apuração, em lugar de gastar esforços em apurar fatos sem nenhuma conexão com o motivo original da instauração, devassando imotivadamente a vida do acusado até encontrar algo criticável.

Além disto, se o caso assim permitir, é recomendável que a comissão concentre a apuração nos aspectos procedimentais da conduta do servidor, tendo em vista que a dialética processual que se estabelece no inquérito administrativo é precipuamente fática, permitindo, em princípio e como regra geral, menor ênfase a todos os aspectos puramente jurídicos em jogo, que são mais afetos ao julgamento.

De se destacar que é válido na processualística disciplinar o instituto do desmembramento, previsto no art. 80 do CPP. Diante de grande quantidade de servidores envolvidos e sendo operacionalmente viável (quando os atos e as condutas a se apurar de cada um são individuais e dissociáveis), pode a comissão pedir desmembramento à autoridade instauradora, como uma das formas a tornar mais célere e enxuta a instrução de cada processo.

A comissão deve tentar abreviar o tempo para notificar o servidor como acusado em situações especiais. A Lei nº 8.112, de 11/12/90, em seus arts. 161, § 4º e 163, prevê soluções para incidentes na citação para apresentar defesa escrita, ou seja, para um momento processual posterior: lavra-se termo de recusa quando a comissão encontra o servidor e este se nega a assinar a citação e publicam-se editais (um no DOU e um em jornal de grande circulação na localidade) quando o servidor se encontra em lugar incerto e não sabido. Sistemáticamente, na falta de soluções para estes mesmos incidentes na notificação inicial, admite-se a aplicação extensiva destes respectivos remédios. Mas pode ocorrer ainda uma

situação intermediária, não prevista em nenhum momento na Lei nº 8.112, de 11/12/90: a comissão sabe o local onde se encontra o servidor, mas este se oculta e impede o contato com a comissão. Nesta situação, o CPP, em seu art. 362, prevê, em demonstração de esgotamento das tentativas de contato com o próprio servidor, adotar a solução estabelecida no CPC, em seu art. 252, para mesma situação, que é a citação com hora certa. E o mesmo vale, obviamente, para incidentes no momento de citar para apresentar defesa escrita.

Quando se demonstrar conveniente, pode a comissão interrogar o acusado logo no início da instrução e/ou no curso da instrução. Esta estratégia pode se justificar, por exemplo, dentre outras, nas seguintes situações: em processos em que a primeira impressão é de arquivamento e a comissão tem a percepção de que esclarecimentos prévios do servidor já apontarão o rumo a tomar para a rápida conclusão da apuração; ou em processos em que as provas inicialmente autuadas e que apontam contrariamente ao servidor consubstanciam-se em documentos por ele assinados, de forma que a prova oral, questionando a veracidade de suas assinaturas, já pode fazer com que se evite perícia (caso ele as confirme) ou, ao contrário, com que se a realize desde logo (caso ele as negue). Estes interrogatórios preliminares não carregam nulidade para o processo, uma vez que não se afasta a realização do interrogatório ao final, tentando-se concluir a busca da convicção, conforme determina o art. 159 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e já pacificado na Secretaria da Receita Federal do Brasil, com a Nota Técnica Coger nº 2005/12, nos exatos termos dos Pareceres AGU nº GQ-37 e GQ-177, vinculantes.

Excetuando-se dois atos de comunicação que, por se darem em momentos processuais de grande relevância, exigem maior rigor de forma (notificação inicial do servidor como acusado e sua citação para apresentar defesa escrita), para as notificações de realização de atos instrucionais, pode a comissão adotar menor formalismo. A primeira opção é tentar o contato pessoal com o próprio acusado; somente caso este se recuse e tenha procurador, a segunda opção é tentar o contato com o procurador. Não há necessidade de contatar ambos. Em casos excepcionais, de dificuldade de contato pessoal e não havendo procurador, pode-se aplicar o art. 26, § 3º da Lei nº 9.784, de 29/01/99, que prevê via postal para notificação, usando os serviços adicionais de registro e de aviso de recebimento. E, independentemente da forma, obviamente atentando para limites operacionais e até mesmo estratégicos em termos de antecedência e de previsibilidade, convém que a comissão notifique de uma só vez o maior número possível de atos instrucionais ao acusado, como forma de evitar inúmeras concessões do prazo de antecedência de três dias úteis ou de cinco dias corridos, conforme arts. 26, § 2º ou 24 da Lei nº 9.784, de 29/01/99.

Um incidente que costuma acarretar problemas na celeridade processual é o acusado em licença médica que se recusa a receber atos de comunicação. Em tal situação, deve a comissão provocar a junta médica oficial a se manifestar se a doença incapacita o acompanhamento do processo. Se a junta médica atestar que não incapacita, a comissão pode prosseguir com o rito.

Somente se deve deliberar pela realização do exame de sanidade mental do acusado se efetivamente existirem no processo elementos que justifiquem se cogitar de dúvida acerca do perfeito estado de sua saúde mental (como, por exemplo, atestados particulares trazidos pelo próprio acusado).

Na mesma linha, à vista da demora e também do custo, somente se deve deliberar pela realização de perícia, assessoria técnica ou assistência técnica se o fato em questão for relevante para o deslinde do processo e se seu esclarecimento depender única e exclusivamente de conhecimento técnico especializado. Por exemplo, como regra, não há necessidade de tradução juramentada para termos de uso corriqueiro na área aduaneira. É de se destacar que, na Secretaria da Receita Federal do Brasil, os servidores são competentes para, como integrantes de comissões, agregarem ao processo administrativo disciplinar as experiências profissionais porventura acumuladas e manifestarem seus conhecimentos acerca

das áreas fiscais ou previdenciária. Repisa-se a relevância da designação de pelo menos um integrante da comissão com conhecimentos da área-fim de que trata o processo, como forma de suprir o colegiado de condições de ele mesmo realizar pesquisas, exames, etc, diminuindo a dependência em relação a peritos, assessores técnicos ou assistentes técnicos.

É válido na processualística disciplinar o instituto da prova emprestada. Ou seja, se a comissão tem conhecimento de que determinada prova que lhe interessa já foi realizada em outro processo (administrativo ou judicial), pode solicitar, via autoridade instauradora, uma cópia para ser juntada aos autos, com posterior notificação ao acusado.

Relembre-se também que, no caso de PAD decorrente de sindicância disciplinar (nos termos do art. 145, III da Lei nº 8.112, de 11/12/90), não é necessário refazer os atos instrucionais coletados sob manto do contraditório e ampla defesa na sindicância disciplinar.

Na hipótese de se ter de realizar atos instrucionais em localidade diferente daquela em que o acusado é lotado (ou tem exercício), para suprir incidentes decorrentes da falta de previsão legal para concessão de diárias e de passagens para acompanhar atos instrucionais (conforme limita o art. 173 da Lei nº 8.112, de 11/12/90), pode ser financeira e operacionalmente viável a comissão realizar alguma(s) oitiva(s) de servidor como testemunha na localidade de lotação (ou de exercício) do acusado, ainda que se façam necessários deslocamentos do próprio colegiado e da(s) testemunha(s), que, sendo servidor(es), podem receber diárias e passagens. Pode ainda a comissão deliberar a realização, em dias subsequentes, de um interrogatório prévio e de outros atos que requeiram acompanhamento pessoal (como oitivas e diligências, por exemplo).

Diante da tentativa da defesa em procrastinar a instrução com pedidos impertinentes ou protelatórios, a comissão tem a prerrogativa de denegá-los, conforme previsão do art. 156, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Para evitar possível alegação de condução unilateral por parte do presidente, deve a comissão registrar a decisão em ata de deliberação assinada por todos e devidamente motivada e entregar ao acusado o quanto antes (ainda dentro da fase de instrução) a notificação da denegação (nela repetindo os motivos ou nela registrando a existência da ata). Em caso de dúvida ou insegurança, convém que a comissão repasse à defesa o ônus de apresentar a relação de pertinência entre a prova solicitada e o fato delimitadamente em apuração. Também não deve o colegiado se deixar figurar como refém de alegações vagas, imprecisas e desacompanhadas de provas, apresentadas pelo acusado, repassando-lhe o ônus de provar o que alega, conforme o art. 36 da Lei nº 9.784, de 29/01/99.

E a recomendação acima é especificamente enfatizada para o pedido de oitiva de inúmeras testemunhas (em geral, apenas testemunhas abonadoras de caráter, que nada podem acrescentar em relação ao fato em apuração). Embora a Lei nº 8.112, de 11/12/90, não preveja, em situações extremadas, pode-se usar, como referências, a mesma quantidade de testemunhas chamadas de ofício pela comissão ou os limites previstos no art. 401 do CPP (até oito). E, se porventura, a comissão, embora desconfie tratar-se de mera testemunha de caráter, se sinta insegura em denegar sua oitiva e aceite realizá-la, pode perguntar, já de início, o que o depoente sabe acerca do fato em apuração, como forma de desqualificar seu valor probante.

No caso de se tentar trazer aos autos a rotina de determinada unidade ou de determinada atividade (fiscal ou previdenciária), pode-se concentrar na oitiva apenas do chefe, dispensando-se ouvir todo o pessoal lotado. Também pode-se suprir a prova oral (ou ratificá-la ou negá-la) com a reprodução simulada, prevista no art. 483, III do CPC.

No caso de surgir a necessidade de se realizar diligência de natureza fiscal junto a contribuintes, deve a comissão provocar a autoridade instauradora a emitir TDPF-D em nome de servidores lotados na Coger ou Escor e estranhos à comissão, conforme o art. 2º da Portaria Coger nº 73, de 02/12/14. Tratando-se de ato fiscal, à parte da relação processual que envolve a Administração e o acusado, com o qual em geral buscam-se apenas documentos ou dados, e como não será realizado unilateralmente pela comissão, não se notifica o acusado e

não se oportuniza quesitação.

Ao se encaminhar pedidos internos, intimar ou oficiar pessoas físicas, entidades ou órgãos externos, sempre que possível, convém a comissão tentar levar a solicitação, o memorando, a intimação ou o ofício pessoalmente, como forma de propiciar contato pessoal com o destinatário, facilitando futuros contatos para reiterar o pedido ou para apressar a resposta. É de se destacar que há previsão legal para a comissão intimar terceiros não servidores (em vez de solicitar seu comparecimento ou qualquer outra atuação), com base no art. 4º, IV (ou ainda nos arts. 28 ou 39), todos da Lei nº 9.784, de 29/01/99 - e ainda mais fortemente no art. 157 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, no caso específico de testemunhas - o que pode acelerar respostas ou atendimento. Análoga recomendação se aplica para pedidos de perícia, assessoria técnica ou assistência técnica, sendo válido a comissão entrar em contato com a unidade, órgão ou entidade para tentar identificar quem procederá ao trabalho e buscar um contato pessoal.

À vista do alto custo e do longo tempo de resposta, é fundamental restringir ao estritamente essencial e indispensável o pedido de realização de apuração especial pelo Serpro. A comissão deve analisar restritivamente esta necessidade à vista do objetivo inicialmente bem delineado. Caso se demonstre imprescindível realizar a apuração especial, deve-se restringir a abrangência do pedido (evitar abarcar longos períodos pretéritos ou amplas faixas de atuação) e redigir o pedido da forma mais clara e detalhada possível para evitar resposta imprestável. Tratando-se apenas de uma extração de dados armazenados, não se laborando uma prova em si na apuração especial, não há que notificar acusado e nem lhe ofertar quesitação.

Neste aspecto, convém que a Coger e os Escor diligenciem na capacitação do pessoal em uso de ferramentas de informática para pesquisa (sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil e sobretudo extratores como os diversos sistema Dataware House - DW) e na parceria com unidades para participar de treinamentos sobre as ferramentas específicas das áreas-fim. Tanto em fase de admissibilidade quanto para os integrantes de comissão, esta capacitação do pessoal pode suprir maior autonomia de pesquisas realizadas no âmbito da própria Coger ou dos Escor, talvez redundando em menor demanda de apurações especiais. Destaca-se ainda que, diante da natureza não contraditória do ato de mera coleta de dados e uma vez desde a fase pré-processual demonstrada sua necessidade, não há impedimento de se realizar apuração especial em fase de admissibilidade.

Deve a comissão restringir a hipótese de pedido de quebra de sigilo bancário (que depende de ordem judicial, com atuação da Advocacia-Geral da União, o que torna a questão demorada) aos casos absolutamente essenciais e indispensáveis. Além disto, antes de provocar a instância judicial, no caso de fatos geradores ocorridos até 31/12/07, convém antes consultar a base de dados da CPMF, para previamente verificar a relevância da prova e, se for o caso, tentar a disponibilização espontânea com o próprio acusado.

Por fim, não há impedimento de a comissão, ao longo da instrução probatória, antecipar resumos dos fatos antecedentes à instauração do processo e dos atos de busca de prova realizados - limitando-se à descrição fática dos atos, sem lhes agregar nenhum juízo de valor ou mérito, como forma de preservar a vedação de prévia formação e sobretudo manifestação de convicção por parte do colegiado.

#### **4 - CAUTELAS A CARGO DA COMISSÃO**

A comissão jamais deve perder de vista que a duração excessiva do processo é material e imaterialmente onerosa e que o custo financeiro tem o efeito de multiplicar as críticas e as repercussões negativas da demora. Há um desgaste da comissão diante do acusado e da autoridade instauradora; há um desgaste da estrutura correcional diante da unidade de ocorrência do fato, da categoria e da instituição como um todo; e há um ônus na

vida funcional do servidor tão somente por figurar como acusado (férias, remoção, deslocamentos e outros direitos ficam sujeitos à apreciação da autoridade instauradora, conforme o art. 10 da Portaria Coger nº 14, de 30/01/14), em que pese a presunção de inocência. Há ainda o risco de prescrever a punibilidade, fortalecendo a sensação de impunidade e descrédito da matéria. Embora, a rigor, prescrição não seja atinente à comissão (pois integra o julgamento), esta deve estar sempre atenta àquele incidente de grande relevância.

Convém que a comissão também motive o pedido de prorrogação ou de designação de nova comissão com base em relatório que descreva sinteticamente os atos já realizados e os que vislumbra realizar.

Um outro aspecto formal do qual a comissão não deve descuidar é no sentido de sempre autuar as vias recebidas pelos destinatários de memorandos, intimações e ofícios. Ademais, deve também registrar nos autos eventuais demoras em atendimento de pedidos, bem como as reiteraões por escrito, para deixar demonstrada a sua diligência, como cautela para poder se justificar na hipótese de futuros questionamentos por extrapolação de prazos.

Deve a comissão restringir ao estritamente necessário e indispensável a realização de provas demoradas e/ou que importem em custo financeiro para a Administração. E se tiver de fazer ato instrucional previsivelmente demorado (perícias, apuração especial), deve tentar iniciá-lo o quanto antes, de forma que a comissão, enquanto aguarda o resultado, possa fazer outros atos independentes (pois, como regra geral, as provas realizadas fora do âmbito do colegiado não impedem o prosseguimento dos trabalhos).

A conduta padrão que se espera da comissão é de ter envidado máximos esforços para realizar a quantidade suficiente de atos de instrução robustos e convincentes. Não se cogita de, *a priori*, a comissão, imotivadamente, abrir mão da riqueza da instrução probatória. Isto porque, por um lado, provavelmente, não se sustentará no julgamento um trabalho ágil porém insatisfatoriamente instruído, com a consequência de um ônus ainda maior ao se determinar seu refazimento ou sua complementação. Por outro lado, deve o colegiado, simultaneamente, também atentar tanto para a qualidade de sua apuração quanto para a celeridade, visando à eficiência, ao buscar conciliar segurança jurídica do trabalho com prazo hábil.

Neste sentido, ainda que não tenha conseguido realizar todos os atos de prova de que se poderia cogitar ou nem mesmo aqueles que a princípio considerava relevantes, pode ser necessário a comissão deliberar o fim da instrução probatória. Tendo em mãos um conjunto de provas já suficiente para formar convicção, à vista, por exemplo, da demora em obter uma determinada prova complementar requerida ou da inviabilidade prática de se abarcar todo o universo fático, pode ocorrer de a comissão ter de enfrentar a questão de bem motivar a decisão de abrir mão de tais provas e de dar prosseguimento ao rito, sem com isto impor prejuízo à qualidade de seu trabalho e à robustez de seu convencimento. Há situações em que é mais razoável a comissão dispensar o preciosismo de esgotar ou exaurir a apuração, concluindo ser suficiente para a formação da sua convicção um universo fático mais restrito porém bem comprovado, ao invés de buscar um universo fático mais extenso e frágil.

Por fim, deve a comissão atentar que o processo administrativo disciplinar não se rege pelo rígido formalismo e nem é totalmente livre de formalidades. O processo rege-se pelo formalismo moderado. Ou seja, como regra, a forma não é essencial nos atos processuais. A atenção maior da comissão deve voltar-se para o esclarecimento fático, para o quê dispõe de todos os meios lícitos de prova, cuidando apenas de não propiciar alegação de cerceamento de defesa (motivar decisões, notificar a defesa das decisões, notificar a defesa com prazo hábil antes de realizar atos instrucionais, etc).

Em tese, estas são as recomendações, sinteticamente, para a comissão conciliar a busca da segurança jurídica não só de seus próprios membros mas também do seu trabalho, diminuindo o risco de vê-lo julgado como incompleto ou nulo, com simultânea atenção à

celeridade.

## **ANEXO III - RESPONSABILIZAÇÕES ADMINISTRATIVA E CIVIL EM DECORRÊNCIA DE DANO OU DESAPARECIMENTO DE BENS PÚBLICOS NO ÂMBITO DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL**

### **1 - INTRODUÇÃO**

As responsabilizações administrativa e civil decorrentes de atos funcionais que acarretem dano ou desaparecimento de bem público é um tema que, com razoável frequência, necessita ser enfrentado tanto pelas autoridades correcionais quanto pelas autoridades que atuam nas matérias fiscal ou previdenciária e, em tais oportunidades, em geral, suscita dúvidas nestes aplicadores do Direito. Assim, versa o presente texto sobre a configuração ou não de eventuais responsabilidades - e, se for o caso, do respectivo rito apuratório - no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Para este fim, de imediato, relevante se faz introduzir que um único ato funcional irregular cometido por servidor, além de repercutir administrativamente, à vista da independência das instâncias consagrada na tripartição da responsabilidade, estabelecida nos arts. 121 a 124 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, pode também acarretar responsabilidade civil e/ou penal.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.*

*Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.*

*Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.*

*Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.*

A presente abordagem, voltada a autoridades administrativas, restringe-se às espécies de responsabilidade administrativa e civil, uma vez que estas podem ser apuradas exclusivamente em via administrativa, sem necessidade de via judicial (como obrigatoriamente ocorre com a responsabilização penal, podendo aqui ser desconsiderada). Consequentemente, passa-se a abordar apenas as espécies de ilícitos civil e administrativo.

No sentido amplo da expressão, abrangendo os atos da vida civil de qualquer pessoa, judicialmente tutelados (ou seja, fora do limite dos atos funcionais), o ilícito civil possui definição genérica - toda conduta que cause dano a alguém - e daí não é possível que a lei estabeleça enumeração exaustiva de todos os atos que o configurem. O cometimento de ato causador de dano acarreta, para o agente, responsabilização patrimonial de indenizar. Esta responsabilização civil não recai sobre a pessoa do infrator com fim punitivo, mas sim sobre seu patrimônio, com o objetivo de reparar o prejuízo causado, restaurando o estado anterior do ofendido, e, na instância judicial, é apurável em rito do Código de Processo Civil (CPC).

*CC - Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ao ilícito.*

*Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

*Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.*

Já o ilícito disciplinar é toda conduta do servidor que, no âmbito de suas atribuições legais ou a pretexto de exercê-las, contraria dispositivo expresso em lista exaustiva na Lei nº

8.112, de 11/12/90. A responsabilização administrativa que daí decorre é apurável em processo administrativo disciplinar previsto naquela Lei e recai sobre a pessoa do agente, com fim punitivo (as penas estatutárias previstas são advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou de disponibilidade ou destituição do cargo comissionado).

Objetivamente, aqui interessa o chamado ilícito disciplinar-civil, assim entendida a conduta que contraria dispositivo estatutário e que também causa prejuízo ao erário ou a terceiro, acarretando responsabilizações administrativa (com penas do Estatuto) e patrimonial (de indenizar), sendo possível a apuração de ambas na via administrativa ou podendo ocorrer a necessidade de se ajuizar rito processual civil.

E este enfoque se estende, podendo ser aplicado a todas as hipóteses de dano (avaria ou quebra) ou de desaparecimento (perda, extravio, furto ou roubo) de qualquer tipo de material que possa ser incluído na abrangente expressão “bem público”. Isto porque, primeiramente, o termo “material” empregado pela Instrução Normativa Sedap nº 205, de 08/04/88, em seu sentido mais estrito, alberga os bens devidamente patrimoniados pela Administração, incluindo obviamente os bens duráveis ou que fazem parte de seu ativo permanente e excepcionalmente até alguns bens de consumo que possuam valor relevante. Mas aquela expressão alberga não só os bens já incorporados ao patrimônio público como também inclui aqueles bens ou mercadorias retidos ou apreendidos, ainda sob custódia, que teriam emprego após a destinação formalmente prevista em norma, visto já serem itens sob domínio do Estado, mesmo que provisoriamente. E, por fim, pode-se considerar que inclui ainda os processos administrativos danificados ou extraviados, uma vez que parte do que aqui se exporá para bens ou materiais, em termos procedimentais, pode ser adaptado também para autos processuais, embora tenham natureza distinta daqueles objetos.

Antecipe-se que, no atual ordenamento jurídico, tanto a responsabilidade administrativa quanto a responsabilidade civil de servidor, decorrentes de ato funcional, não obstante por regra serem independentes, têm a mesma natureza subjetiva. Em outras palavras, a imposição de pena estatutária ao servidor e a obrigação pessoal de reparar dano em decorrência do exercício do seu cargo igualmente requerem a comprovação de que a sua conduta infratora foi dolosa ou no mínimo culposa, em ato comissivo ou omissivo. Sem este pré-requisito essencial, ainda que a conduta do servidor formalmente pudesse encontrar enquadramento disciplinar ou até mesmo tenha efetivamente acarretado dano, não há que se cogitar de nenhuma das duas responsabilizações.

Especificamente quanto à apuração, realizada no próprio âmbito da Administração (ou seja, sem rito judicial), da responsabilidade civil decorrente de ato funcional causador de dano ou prejuízo, ao final do presente texto, em função da possibilidade de a autoridade local se ver obrigada a instaurar o processo administrativo de tomada de contas especial (TCE) e por ser este um rito em geral desconhecido e suscitador de dúvidas, se dedicará grande ênfase ao detalhamento do seu rito.

## **2 - A RESPONSABILIZAÇÃO DISCIPLINAR DECORRENTE DE ATOS CAUSADORES DE DANO OU DE DESAPARECIMENTO DE BENS PÚBLICOS**

Uma vez que a responsabilização administrativa requer a comprovação da culpa ou dolo na conduta, em princípio, a simples comprovação de que, objetivamente, de fato, ocorreu o desaparecimento ou o dano de um bem, mercadoria ou processo não necessariamente implica responsabilidade administrativa para o servidor cujo nome consta do respectivo termo de responsabilidade ou para o servidor (se diferente) que o tinha em uso ou guarda no momento da ocorrência do sinistro. Sob ótica meramente conceitual para este tema (antes de adentrar nas especificidades do ordenamento de regência), não se tolera cogitar de responsabilização meramente objetiva - ou seja, à vista apenas de que objetivamente um fato criticável ocorreu - para fim punitivo, sem a comprovação do ânimo subjetivo do responsável.

Como resta óbvio que não há necessária e direta vinculação entre ter o nome no termo de responsabilidade ou deter o bem no momento do sinistro e atuar ou se omitir a favor da ocorrência, não se deve confundir, pela simples similaridade das expressões, “termo de responsabilidade” com “responsabilização administrativa”. Em um caso específico, até pode coincidir de o responsável pelo ilícito ser aquele que assinou o termo de responsabilidade e/ou ser aquele que detinha o bem no momento do fato, mas também pode ser que estes agentes não sejam as mesmas pessoas.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.*

Neste rumo, embora se refira especificamente à tutela de sua competência (reparação civil), é perfeitamente aplicável também à instância administrativa disciplinar a seguinte manifestação exarada pelo Tribunal de Contas da União:

*TCU, Tomada de Contas nº 450.131/96-3, Relatório: “No caso em exame, os fatos são estes: os agentes públicos receberam alguns objetos integrantes do patrimônio da entidade e deles passaram recibo. Este documento constitui termo de responsabilidade. Os objetos foram subrepticamente subtraídos das salas da repartição por terceiro desconhecido. A autoria do ilícito não foi descoberta pelo procedimento legal específico. Com fundamento nesses fatos, entende o Ministério Público que os elementos apresentados são insuficientes para precisar, adequadamente, a responsabilidade da autoridade administrativa.*

*Voto: Deverão ressarcir o Erário aqueles que, dolosa ou culposamente, derem causa a prejuízo ao patrimônio público. No caso vertente, conforme bem assinalado pelo representante do ‘Parquet’, tal hipótese não restou configurada nos autos. O ‘Termo de Responsabilidade’ somente obrigará o respectivo signatário a responder subsidiariamente pelo desvio do bem sob sua guarda caso se comprove que sua conduta contribuiu para o desaparecimento do mesmo.”*

De toda forma, recomenda-se ao servidor signatário do termo de responsabilidade e/ou detentor do bem objeto de furto ou roubo que registre a ocorrência policial, no Departamento de Polícia Federal (conforme competência estabelecida no art. 144, § 1º, I e IV da CF), e comunique o fato a seu chefe imediato (esta comunicação à chefia é recomendável também no caso de dano de bem).

Ainda sob a ótica meramente conceitual, sem abordar as liberalidades que o ordenamento pátrio previu para o tema, não se cogita de responsabilizar administrativamente um servidor, impondo-lhe em seu assentamento funcional a conclusão de que cometeu ilícito disciplinar e aplicando-lhe a pena associada, sem antes se ter comprovado, no devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, que ele, no exercício de seu cargo, agiu com culpa ou dolo em sua conduta acarretadora de dano ou perda de bem público.

Menos ainda se pode cogitar de responsabilizar indistintamente um grupo de servidores pelo simples fato de todos trabalharem no local onde se deu o sinistro com determinado bem, sem o devido processo legal. Não se tolera diluição da responsabilização entre diversos servidores se for impossível a individualização ou se a Administração não for capaz de identificar o responsável.

*Parecer AGU nº GM-1, vinculante: “Ementa: A imputação administrativa da responsabilidade civil exige que se constate a participação de todos os envolvidos nas irregularidades, considerados individualmente.*

*Formulação Dasp nº 261. Responsabilidade administrativa  
A responsabilidade administrativa deve ser individualizada no respectivo processo, vedada, na impossibilidade de indicação do culpado, a sua diluição por todos os funcionários que lidaram com os valores extraviados.*

*“(...) não se permite a extensão da responsabilidade, de modo genérico, quando*

*não for possível a individualização da responsabilidade.” Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, pg. 184, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

Na hipótese mais frequente para o presente tema, quando se tem notícia apenas genérica de dano ou de desaparecimento de bem público, de mercadoria apreendida e de extravio de processo administrativo, sem nenhum indício que aponte o possível autor ou responsável pelo fato, não se justifica, de plano, instaurar a onerosa e residual instância administrativa disciplinar, com todos os ônus que lhe são inerentes. Repisa-se aqui que o simples fato de se identificar quem tem o nome consignado em termo de responsabilidade e/ou quem tinha o bem sob guarda ou uso no momento do sinistro não tem o condão de autorizar qualquer ilação acerca de algo muito mais grave e residual, que é a possibilidade de responsabilização administrativa. Somente se cogita de tal responsabilização se houver, no mínimo, indícios de conduta culposa ou dolosa de servidor.

Assim, quando não há indícios que *a priori* indicam possível autor ou responsável, não se tendo de imediato a quem se garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa, por meio de sindicância disciplinar ou de PAD, inicialmente, fica a cargo da unidade de ocorrência do fato realizar um procedimento administrativo prévio, sem nenhuma participação da Coger ou do respectivo Escor. Se, neste primeiro momento, se está diante de uma notícia limitada objetivamente ao fato de que um bem foi danificado ou extraviado, ainda sem qualquer indício de responsabilização a servidor, não há nenhuma necessidade de a unidade local provocar, por meio de representação, o sistema correccional.

Em princípio, ainda limitado ao enfoque meramente conceitual, o que determina a necessidade de remessa da apuração para o sistema correccional não é o simples fato de se poder identificar quem estava com o bem no momento do sinistro, mas sim a possibilidade de se cogitar que algum servidor tenha agido com culpa ou dolo no evento danoso. Nesta abordagem inicial, o bem até poderia estar em mãos de algum servidor perfeitamente identificável quando ocorreu o sinistro e ainda assim o procedimento administrativo prévio se dará no âmbito da unidade local se não houver indícios de ânimo subjetivo (culpa ou dolo) na conduta.

Avançando para além do enfoque meramente conceitual e iniciando a análise sob a luz do ordenamento de regência e abordando primeiramente o sentido mais estrito de bens (bens patrimonializados e bens retidos ou apreendidos, excluindo deste conceito os processos administrativos), tem-se que a matéria foi disciplinada no âmbito do Poder Executivo federal pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Instrução Normativa CGU nº 4, de 17/02/09. É de se antecipar que esta norma revogou a já mencionada Instrução Normativa Sedap, de 08/04/88, apenas no que se referia à obrigatoriedade de apuração de responsabilidade disciplinar decorrente de dano ou desaparecimento de bem de pequeno valor; a antiga norma não foi revogada nos tópicos em que aborda outros temas, tais como controle contábil e inventário de bens públicos.

A Instrução Normativa CGU nº 4, de 17/02/09, estabeleceu uma apuração simplificada, a cargo da própria unidade de ocorrência do fato, à margem do sistema correccional, a ser realizada por meio do instrumento processual chamado Termo Circunstanciado Administrativo (TCA), para casos de dano ou desaparecimento de bem público que implicar prejuízo de pequeno valor (assim entendido quando o preço de mercado - e não de registro contábil - para aquisição ou para reparação do bem extraviado ou danificado for igual ou inferior ao limite legal para dispensa de licitação, conforme o art. 24, II da Lei nº 8.666, de 21/06/93 - atualmente de R\$ 8.000,00). O tema conta ainda com um “Perguntas e Respostas” disponível no endereço <http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/procedimentos-correcionais/arquivos/TCAFAQVersaoFinal.pdf> e o formulário se encontra disponível no endereço [http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/procedimentos-correcionais/arquivos/formulrio\\_tca.doc/view](http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/procedimentos-correcionais/arquivos/formulrio_tca.doc/view).

*Instrução Normativa CGU nº 4, de 17/02/09 - Art. 1º Em caso de extravio ou dano a bem público, que implicar em prejuízo de pequeno valor, poderá a apuração do fato ser realizada por intermédio de Termo Circunstanciado Administrativo (TCA).*

*Parágrafo único. Para os fins do disposto neste artigo, considera-se prejuízo de pequeno valor aquele cujo preço de mercado para aquisição ou reparação do bem extraviado ou danificado seja igual ou inferior ao limite estabelecido como de licitação dispensável, nos termos do art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.*

Com isto, de imediato já se limita o emprego do TCA: somente é permitido se já se sabe, de antemão, quem é o autor ou responsável pela ocorrência e que o prejuízo decorrente de dano ou extravio de bem é inferior a R\$ 8.000,00, não se podendo aplicar aquele rito simplificado quando não se tem identificado o agente público ou quando o prejuízo supera este limite. Obviamente, em casos em que não se sabe ao certo o valor do prejuízo, pode-se dar início ao TCA justamente elegendo-o como o meio hábil para, de imediato, buscar a quantificação do prejuízo; quantificando o prejuízo abaixo do limite, em princípio, pode-se prosseguir no rito simplificado e quantificando-o acima, tem de se encerrar o TCA e adotar o rito adequado, conforme adiante se exporá.

O TCA, claramente, foi instituído objetivando a eficiência e a racionalização do emprego dos recursos públicos, como uma alternativa - sob determinadas condições de aplicação - ao oneroso rito disciplinar, cujo custo por vezes é desproporcional em relação ao benefício obtido.

O TCA deve ser protocolizado na forma de um processo administrativo *lato sensu*, tendo como folha inaugural o formulário estabelecido pela Portaria CGU/CRG nº 513, de 17/02/09 (editado pela CGU, mais especificamente pela Corregedoria-Geral da União da CGU - CGU/CRG), não se exigindo formalismo de publicar ato de instauração e de designação de seu condutor, competência esta que recai sobre o chefe do setor responsável pela gerência de bens e materiais na unidade. Este gestor patrimonial deve lavrar o TCA, descrevendo o fato, identificando o servidor envolvido, propiciando-lhe a manifestação no processo em cinco dias (prazo prorrogável por igual período, sendo permitido, se necessário, realização de provas, inclusive laudos periciais ou técnicos), e, ao final, deve apresentar parecer conclusivo, com proposta de julgamento para o titular da unidade de lotação do servidor à época da decisão, que pode acatar ou não a proposta.

*Instrução Normativa CGU nº 4, de 17/02/09 - Art. 2º O Termo Circunstanciado Administrativo deverá ser lavrado pelo chefe do setor responsável pela gerência de bens e materiais na unidade administrativa ou, caso tenha sido ele o servidor envolvido nos fatos, pelo seu superior hierárquico imediato.*

*§ 1º O Termo Circunstanciado Administrativo deverá conter, necessariamente, a qualificação do servidor público envolvido e a descrição sucinta dos fatos que acarretaram o extravio ou o dano do bem, assim como o parecer conclusivo do responsável pela sua lavratura.*

*§ 3º Nos termos do art. 24 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, o servidor indicado no Termo Circunstanciado Administrativo como envolvido nos fatos em apuração poderá, no prazo de cinco dias, se manifestar nos autos do processo, bem como juntar os documentos que achar pertinentes.*

*§ 4º O prazo previsto no parágrafo anterior pode ser dilatado até o dobro, mediante comprovada justificação.*

*§ 5º Concluído o Termo Circunstanciado Administrativo, o responsável pela sua lavratura o encaminhará à autoridade máxima da unidade administrativa em que estava lotado o servidor, na época da ocorrência do fato que ocasionou o extravio ou o dano, a qual decidirá quanto ao acolhimento da proposta constante no parecer elaborado ao final daquele Termo.*





Especificamente na Secretaria da Receita Federal do Brasil, por previsão regimental, em regra, a gerência de bens e materiais e, por conseguinte, a competência de lavrar o TCA recaem sobre a chefia da projeção local do macroprocesso de trabalho de materiais e logística (Coordenação-Geral de Programação e Logística - Copol e suas projeções regionais: Divisão, Serviço ou Seção de Programação e Logística - Dipol, Sepol ou Sapol).

Caso o titular da unidade de lotação do servidor julgue que o prejuízo inferior a R\$ 8.000,00 decorreu do uso regular do bem ou de fatores que independeram da ação do servidor - ou seja, que este não agiu nem com culpa e nem com dolo -, a apuração se encerra no próprio TCA, com remessa dos autos para o gestor patrimonial, a fim de se proceder apenas a controles contábeis internos (como a baixa do bem, por exemplo). Caso aquela autoridade conclua que o prejuízo inferior a R\$ 8.000,00 decorreu de conduta culposa do servidor e este concorde com o ressarcimento ao erário, a solução ainda se encerra no próprio TCA (esta via simplificada não tem o condão de impor o ressarcimento ao servidor). Neste caso, o encerramento se condiciona ao ressarcimento ao erário, no prazo de cinco dias (prorrogável por igual período), tanto por meio de pagamento quanto pela entrega de bem igual ou superior ao bem danificado ou extraviado ou pela prestação de serviço (realizada por terceiro, não pelo servidor) que restitua o bem danificado.

*Instrução Normativa CGU nº 4, de 17/02/09 - Art. 3º No julgamento a ser proferido após a lavratura do Termo Circunstanciado Administrativo, caso a autoridade responsável conclua que o fato gerador do extravio ou do dano ao bem público decorreu do uso regular deste ou de fatores que independeram da ação do agente, a apuração será encerrada e os autos serão encaminhados ao setor responsável pela gerência de bens e materiais da unidade administrativa para prosseguimento quanto aos demais controles patrimoniais internos.*

*Art. 4º Verificado que o dano ou o extravio do bem público resultaram de conduta culposa do agente, o encerramento da apuração para fins disciplinares estará condicionado ao ressarcimento ao erário do valor correspondente ao prejuízo causado, que deverá ser feito pelo servidor público causador daquele fato e nos prazos previstos nos §§ 3º e 4º do art. 2º.*

*§ 1º O ressarcimento de que trata o caput deste artigo poderá ocorrer:*

*I - por meio de pagamento;*

*II - pela entrega de um bem de características iguais ou superiores ao danificado ou extraviado, ou*

*III - pela prestação de serviço que restitua o bem danificado às condições anteriores.*

*§ 2º Nos casos previstos nos incisos II e III do parágrafo anterior, o Termo Circunstanciado Administrativo deverá conter manifestação expressa da autoridade que o lavrou acerca da adequação do ressarcimento feito pelo servidor público à Administração.*

Em sentido contrário, apenas nas hipóteses de o servidor não concordar em ressarcir o prejuízo limitado a R\$ 8.000,00 culposamente causado ou de este superar o limite ou ainda de haver indícios de conduta dolosa independentemente do valor, a apuração de responsabilidade administrativa não pode se encerrar na via simplificada do TCA. *A priori*, estas três hipóteses obrigariam o emprego da regra geral, para apuração mediante PAD ou sindicância disciplinar, no rito contraditório estabelecido na Lei nº 8.112, de 1990, conforme os arts. 5º e 6º da Instrução Normativa CGU nº 4, de 2009. Já desde a edição desta Instrução Normativa, na hipótese de prejuízo limitado a R\$ 8.000,00 e culposamente causado, o voluntário ressarcimento por parte do servidor, mesmo após o prazo, desde que antes que se instaure o rito disciplinar, afasta esta instauração.

*Instrução Normativa CGU nº 4, de 2009 - Art. 5º É vedada a utilização do modo de apuração de que trata esta Instrução Normativa quando o extravio ou o dano do bem público apresentarem indícios de conduta dolosa de servidor público.*

*Art. 6º Não ocorrendo o ressarcimento ao erário, de acordo com o descrito no*

*art. 4º, ou constatados os indícios de dolo mencionados no art. 5º, a apuração da responsabilidade funcional do servidor público será feita na forma definida pelo Título V da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*

Além desta concessão a favor do ressarcimento do prejuízo ainda no âmbito de TCA conduzido na unidade de lotação do servidor, sem remessa do caso ao sistema correccional, o ordenamento infralegal avançou mais com a edição da Instrução Normativa CGU nº 2, de 30 de maio de 2017, com a qual se passou a permitir a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre Administração e infrator. O § 2º do art. 4º desta norma inovou ao estabelecer que, desde que o prejuízo continue limitado a R\$ 8.000,00, o TAC passou a ser um instrumento válido como segunda tentativa de solucionar casos, sem chegar ao extremo oneroso de processo disciplinar, que porventura não tenham sido solucionados pelo TCA.

Assim, nas hipóteses de prejuízo inferior ao limite quando causado por culpa e em que o autor não tenha aquiescido em ressarcir no âmbito do TCA conduzido ainda na sua própria unidade de lotação ou quando causado por dolo (para a qual nem se cogitou de TCA) e que tenham sido então objeto de representação para o sistema correccional, a CGU foi além na tentativa de poupar a onerosa instância disciplinar, estendendo a este infrator a possibilidade de reconhecer a sua conduta irregular, ressarcir o prejuízo e celebrar o acordo, dispensando-se, em sede de admissibilidade (ou, no máximo, em até cinco dias do recebimento da notificação inicial da condição de acusado), a instauração (ou a continuidade) do processo disciplinar. É de se compreender a possibilidade de, agora na iminência de se ver no polo passivo de um processo disciplinar (ou já figurando no início desta relação processual), o infrator reconheça sua conduta irregular, aceite ressarcir o prejuízo dela decorrente e obtenha o benefício de celebrar o acordo.

Percebe-se restarem ainda duas situações intermediárias: quando se tem configurado prejuízo superior a R\$ 8.000,00 mas não se sabe se o dano ou o desaparecimento do bem decorreu de seu uso regular, sem culpa ou dolo, ou se decorreu de conduta culposa ou dolosa de determinado servidor identificado; ou quando se tem configurado prejuízo, mesmo que inferior a R\$ 8.000,00, mas não se tem a identificação do servidor possivelmente responsável. Nestes casos, por força da limitação imposta pelo art. 1º da Instrução Normativa CGU nº 4, de 2009, o TCA não se revela meio legal para a investigação, no âmbito da unidade local, da existência ou não de ânimo subjetivo e, se for o caso, de sua especificação (se culpa ou se dolo).

Além disto, também é cristalino que o TCA não se aplica a dano ou a desaparecimento de processo administrativo, uma vez que a esta espécie não se pode aplicar o limite do prejuízo (de R\$ 8.000,00). Mesmo que o processo administrativo verse sobre algum valor financeiro (um crédito tributário, por exemplo), não se confunde o valor intangível dos autos com o *quantum* que porventura neles se discuta, bem como a providência administrativa de reconstituir os autos não se confunde com aquiescência em restituir valor.

Uma vez que não há amparo normativo para se utilizar o TCA na unidade local como rito para se apurar se houve ânimo subjetivo na conduta que acarretou dano ou desaparecimento de bem com prejuízo superior a R\$ 8.000,00 ou de processo administrativo e muito menos quando não se tem identificado o servidor possivelmente responsável, *a priori* restaria aplicar a estas três hipóteses os regramentos gerais da responsabilidade disciplinar, previstos na Lei nº 8.112, de 1990, sem exceção para condutas eivadas de culpa ou de dolo. Ainda assim, sem expressa previsão legal, também é de se buscar a ponderação entre a proporcionalidade do processo disciplinar e o grau de reprovação ao dano ou extravio de bem ou de processo administrativo.

Neste ponto, é de se resgatar que, há muito tempo, a RFB já havia avançado na busca da ponderação entre a proporcionalidade do processo disciplinar e o bem tutelado. A Portaria RFB nº 4.491, de 6 de outubro de 2005, remetia todos os casos de dano ou de desaparecimento de bens (patrimoniados ou apreendidos) e também de processos

administrativos à unidade local, determinando, respectivamente nos incisos II a IV do seu art. 3º, a instauração de sindicância investigativa, com o fim de investigar indícios de culpa ou dolo na conduta do servidor para, somente em caso positivo, se cogitar de representação à instância correcional. Todavia, com o advento da inovação trazida ao ordenamento pela Instrução Normativa CGU nº 4, de 2009, e pela Portaria CGU/CRG nº 513, de 2009, como normas de *status* jurídico superior (advindas do órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal - SisCor-PEF) e sendo ainda mais recentes, considerou-se desde então alterado tacitamente o regramento interno da RFB.

Assim, buscando a harmonização com as normas superiores, o ordenamento interno restou também alterado, com a edição da Portaria Coger nº 14, de 30 de janeiro de 2014, que dispõe sobre apuração de irregularidades funcionais no âmbito da RFB e cujo art. 2º passou a sedimentar, positivamente, o que já se praticava desde a edição das mencionadas Instrução Normativa CGU e Portaria CGU/CRG.

Com isto, ratificou-se que os procedimentos que eram previstos nos incisos I e IV do art. 3º da revogada Portaria RFB nº 3.131, de 15 de julho de 2011 (que revogou a Portaria RFB nº 4.491, de 2005, mantendo similares dispositivos), e que são integralmente reproduzidos no art. 2º da Portaria Coger nº 14, de 2014 (operações com intervenientes do comércio exterior e dano ou desaparecimento de processos administrativos), não sofreram alteração, aplicando-se a tais casos, respectivamente, o rito definido pelo art. 76 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, e a sindicância investigativa definida nos §§ 3º e 4º do mesmo artigo. Em contrapartida, os procedimentos relativos aos incisos II e III do mesmo artigo (dano ou desaparecimento de bens patrimoniados ou apreendidos) receberam expressa positividade de procedimentalização da forma prevista na norma mais recente (Instrução Normativa CGU nº 4, de 2009) nas condições de prejuízo limitado a R\$ 8.000,00 em conduta no máximo culposa.

*Portaria RFB Coger nº 14, de 2014 - Art. 2º O disposto no art. 1º não abrange a apuração de:*

*I - responsabilidade dos intervenientes nas operações de comércio exterior, bem assim os respectivos recursos, nos termos do art. 76 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003;*

*II - dano ou desaparecimento de bem público de que trata a Instrução Normativa Sedap nº 205, de 8 de abril de 1988, da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República;*

*III - dano ou desaparecimento de mercadorias apreendidas sob guarda da RFB; ou*

*IV - desaparecimento de processo administrativo, quando não houver indícios de responsabilidade de servidor.*

*§ 1º Está compreendido na definição de dano ou desaparecimento, constante nos incisos II, III e IV, aquele decorrente de caso fortuito ou de força maior, como nos casos de incêndios e acidentes naturais.*

*§ 2º As apurações de que tratam os incisos II e III, a cargo do Chefe do setor responsável pela gerência de bens e materiais na unidade administrativa, se darão nos termos da Instrução Normativa CGU nº 4, de 17 de fevereiro de 2009.*

Este regramento interno também segue praticamente reproduzido no ordenamento infralegal da Corregedoria-Geral do Ministério da Fazenda (Coger-MF), conforme se verifica nos incisos II a IV e nos §§ 1º a 4º do art. 2º da Portaria Coger-MF nº 42, de 21 de novembro de 2013, que dispõe sobre apuração de irregularidades funcionais no âmbito da Pasta.

*Portaria Coger-MF nº 42, de 2013 - Art. 2º O disposto no art. 1º não abrange a apuração de:*

*II - dano ou desaparecimento de bem público de que trata a Instrução Normativa Sedap nº 205, de 8 de abril de 1988, da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República;*

*III - dano ou desaparecimento de mercadorias apreendidas sob guarda das unidades do Ministério da Fazenda; e*

*IV - desaparecimento de processo administrativo, quando não houver indícios de responsabilidade de servidor.*

*§ 1º Está compreendido na definição de dano ou desaparecimento, constante nos incisos II, III e IV, aquele decorrente de caso fortuito ou de força maior, como nos casos de incêndios e acidentes naturais.*

*§ 2º As apurações de que tratam os incisos II e III, a cargo do Chefe do setor responsável pela gerência de bens e materiais na unidade administrativa, se darão nos termos da Instrução Normativa CGU nº 4, de 17 de fevereiro de 2009.*

*§ 3º A apuração de que trata o inciso IV se dará por sindicância instaurada pelo titular da unidade e poderá ser conduzida por sindicante ou comissão, preferencialmente com servidor(es) da própria unidade.*

*§ 4º Se no decorrer da sindicância de que trata o § 3º forem identificados indícios de responsabilidade de servidor pelo extravio de processo administrativo, o sindicante ou a comissão deverá fazer os autos conclusos à autoridade que o(a) designou, mediante relatório circunstanciado, o qual se constituirá na representação para fins de instauração de processo administrativo disciplinar pela unidade correccional competente.*

Assim, resta aqui a necessidade de se abordar a sindicância investigativa definida nos §§ 3º e 4º do art. 2º da Portaria Coger nº 14, de 2014 (e também nos §§ 3º e 4º da Portaria Coger-MF nº 42, de 2013), em razão exclusiva de três hipóteses: de se ter a necessidade de investigar se houve ânimo subjetivo ou não na conduta de determinado servidor em dano ou desaparecimento de bem causador de prejuízo superior a R\$ 8.000,00 (claro que, quando se sabe de antemão da existência de culpa ou dolo para prejuízo superior a R\$ 8.000,00, é caso diretamente tratado na instância correccional, não se necessitando desta sindicância investigativa) ou de processo administrativo (para o qual não se cogita de valor) ou também quando não se tem o possível responsável de prejuízo mesmo se inferior a R\$ 8.000,00; ou ainda de algum caso residual que não se enquadre na definição de bem patrimonializado ou apreendido.

Percebe-se que, embora a literalidade do § 3º do art. 2º da Portaria Coger nº 14, de 2014, preveja a sindicância investigativa apenas para o caso de desaparecimento de processo administrativo sem autoria, resta inevitável, sistematicamente, estender este procedimento para outras hipóteses residuais acima listadas.

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 2º*

*§ 3º A apuração de que trata o inciso IV se dará por sindicância instaurada pelo titular da unidade e poderá ser conduzida por sindicante ou comissão, preferencialmente com servidor(es) da própria unidade.*

A competência para tal instauração deste rito meramente investigativo repousa nas genéricas competências regimentais dos titulares de unidades (Superintendente, Delegado, Inspetor-Chefe e Agente da Receita Federal do Brasil), em nada se confundindo com a restrita competência da autoridade correccional para instaurar ritos contraditórios. Esta sindicância investigativa, não possuindo expressa previsão e disciplinamento em lei, pode ser conduzida por somente um sindicante ou por comissão integrada por quantidade de servidores a critério da autoridade, com o único requisito de obrigatoriamente serem todos lotados na própria unidade de ocorrência do fato, não sendo exigível a estabilidade do sindicante ou dos integrantes. Não possuindo rito previsto em lei, a praxe administrativa tem sido adequar a esta sindicância investigativa, no que for cabível, o rito que a Lei nº 8.112, de 1990, estabelece para a instância disciplinar (por exemplo, o sindicante ou comissão pode redigir atas de deliberação, emitir documentos de comunicação, ouvir testemunhas, realizar diligências e demais atos de instrução e, ao fim, elaborar relatório para a autoridade local; mas, por sua natureza apenas inquisitorial, não pode acusar ninguém, nem concluir por responsabilização).

Diante das três lacunas conclusivas que restaram, se a sindicância investigativa, após esgotar suas investigações, concluir tão somente pelos fatos objetivos de que realmente ocorreu o prejuízo superior a R\$ 8.000,00 em decorrência de dano ou desaparecimento de bem ou de que o processo administrativo foi danificado ou extraviado, sem nada conseguir levantar acerca de conduta subjetiva do suposto autor ou responsável (ou seja, acerca de conduta culposa ou dolosa) ou não conseguir sequer identificar o suposto autor ou responsável para qualquer valor de prejuízo em decorrência de dano ou desaparecimento de bem, deverá ser concluída com relatório propondo à autoridade o arquivamento do feito para fim disciplinar. Sendo acatada pela autoridade local a conclusão do sindicante ou da comissão de que não foi possível apontar algum servidor como suposto autor direto do fato ou nem sequer como eventual responsável para que terceiro cometesse o fato, em ação ou inação culposa ou dolosa, deve-se dar prosseguimento nas providências atinentes apenas ao controle interno, como baixa contábil do bem ou restituição dos autos, se for o caso, significando que não haverá nenhuma repercussão disciplinar e muito menos imposição de ressarcimento a quem quer que seja. Ainda nesta hipótese, por fim, não há nenhuma necessidade de remessa dos autos ao respectivo Escor, sendo arquivados pela própria unidade de ocorrência do fato.

**Modelo de portaria de designação de comissão de sindicância investigativa, por autoridade fiscal**



**Ministério da  
Fazenda**



**PORTARIA ..... [Sigla da unidade] N° ....., DE ..... DE ..... DE 20.....**

Designa comissão de sindicância investigativa.

**O ..... [Cargo do titular da unidade],** no uso das atribuições que lhe confere o inciso I do art. 334 [ou “o inciso I do art. 340” ou “o inciso II do art. 342”, dependendo da autoridade instauradora] do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), aprovado pela Portaria MF nº 430, de 9 de outubro de 2017, e tendo em vista o disposto no inciso II do art. 3º da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, no inciso II do art. 1º e no § 3º do art. 3º, ambos da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017 [Este último comando apenas nos casos de se investigar a autoria de extravio de processo administrativo ou a autoria de dano ou desaparecimento de bem ou mercadoria com prejuízo de qualquer valor ou de se investigar a existência de culpa ou de dolo em dano ou desaparecimento de bem ou mercadoria com prejuízo superior a R\$ 8.000,00],

**RESOLVE:**

Art. 1º DESIGNAR ....., e ..... [Nome, cargo e matrícula de um ou mais servidores], para, sob a presidência do primeiro, constituírem COMISSÃO DE SINDICÂNCIA INVESTIGATIVA [ou “para conduzir SINDICÂNCIA INVESTIGATIVA”, caso se designe apenas um sindicante], sediada na cidade de ..... [Cidade e Unidade da Federação], incumbida de investigar, no prazo de 30 (trinta) dias [Caso se opte por estabelecer prazo], os atos e fatos que constam do processo administrativo nº ....., referente a ..... [Descrever o fato: dano ou desaparecimento de determinado bem ou processo administrativo, responsabilização contratual de empresa de vigilância, etc].

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação no Boletim de Serviço da RFB.

Assinado digitalmente  
[Nome]  
[Cargo da autoridade instauradora]

**[A sindicância investigativa, a priori, pode ser instaurada com um ou mais servidores e tem prazo de trinta dias, na extensão do § 1º do art. 12 e do § 5º do art. 15 da Portaria CGU nº 335, de 30 de maio de 2005]**

**Modelo de portaria de prorrogação de comissão de sindicância investigativa, por autoridade fiscal**



**Ministério da  
Fazenda**



**PORTARIA ..... [Sigla da unidade] N° ....., DE ..... DE ..... DE 20.....**

Prorroga prazo para conclusão dos trabalhos de comissão de sindicância investigativa.

**O .....** *[Cargo do titular da unidade]*, no uso das atribuições que lhe confere o inciso I do art. 334 *[ou “o inciso I do art. 340” ou “o inciso II do art. 342”, dependendo da autoridade instauradora]* do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), aprovado pela Portaria MF n° 430, de 9 de outubro de 2017, e tendo em vista o disposto no inciso II do art. 3° da Portaria MF n° 492, de 23 de setembro de 2013, no inciso II do art. 1° e no § 3° do art. 3°, ambos da Portaria RFB n° 6.483, de 29 de dezembro de 2017 *[Este último comando apenas nos casos de se investigar a autoria de extravio de processo administrativo ou a autoria de dano ou desaparecimento de bem ou mercadoria com prejuízo de qualquer valor ou de se investigar a existência de culpa ou de dolo em dano ou desaparecimento de bem ou mercadoria com prejuízo superior a R\$ 8.000,00]*,

**RESOLVE:**

Art. 1° PRORROGAR por 30 (trinta) dias, contados do término do período inicial, o prazo para conclusão dos trabalhos da comissão de sindicância investigativa designada *[ou “do sindicante designado”, caso se designe apenas um sindicante]* para conduzir o processo administrativo n° ....., por intermédio da Portaria Escor... *[ou “Coger”]* n° ....., de .../.../20..., publicada no Boletim de Serviço (BS) da RFB n° ....., de .../.../20....

Art. 2° Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação no BS RFB.

*Assinado digitalmente*

*[Nome]*

*[Cargo da autoridade instauradora]*

***[Cabível apenas caso se tenha optado por estabelecer prazo na portaria de instauração]***

**Modelo de portaria de designação de nova comissão de sindicância investigativa para  
ultimar ou refazer o processo, por autoridade fiscal**



**Ministério da  
Fazenda**



**PORTARIA ..... [Sigla da unidade] N° ....., DE ..... DE ..... DE 20.....**

Designa nova comissão de sindicância  
investigativa.

**O ..... [Cargo do titular da unidade],** no uso das atribuições que lhe confere o inciso I do art. 334 [ou “o inciso I do art. 340” ou “o inciso II do art. 342”, dependendo da autoridade instauradora] do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), aprovado pela Portaria MF nº 430, de 9 de outubro de 2017, e tendo em vista o disposto no inciso II do art. 3º da Portaria MF nº 492, de 23 de setembro de 2013, no inciso II do art. 1º e no § 3º do art. 3º, ambos da Portaria RFB nº 6.483, de 29 de dezembro de 2017 [Este último comando apenas nos casos de se investigar a autoria de extravio de processo administrativo ou a autoria de dano ou desaparecimento de bem ou mercadoria com prejuízo de qualquer valor ou de se investigar a existência de culpa ou de dolo em dano ou desaparecimento de bem ou mercadoria com prejuízo superior a R\$ 8.000,00],

**RESOLVE:**

Art. 1º DESIGNAR ....., e ..... [Nome, cargo e matrícula de um ou mais servidores], para, sob a presidência do primeiro, constituírem NOVA COMISSÃO DE SINDICÂNCIA INVESTIGATIVA [ou “para conduzir NOVA SINDICÂNCIA INVESTIGATIVA”, caso se designe apenas um sindicante], sediada na cidade de ..... [Cidade e Unidade da Federação], para ultimar [ou “refazer”], no prazo de 30 (trinta) dias [Caso se opte por estabelecer prazo], as investigações dos atos e fatos que constam do processo administrativo nº ....., bem como os demais atos e fatos conexos que emergirem no decorrer dos trabalhos

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação no Boletim de Serviço da RFB.

*Assinado digitalmente*  
[Nome]  
[Cargo da autoridade instauradora]

**[Cabível apenas caso se tenha optado por estabelecer prazo na portaria de instauração]**

Nos termos do § 4º do art. 3º da Portaria Coger nº 14, de 2014, somente na hipótese de a sindicância investigativa instaurada na própria unidade local obter indícios de suposta autoria (ou concorrência) por parte de servidor, com culpa para o prejuízo superior a R\$ 8.000,00, ou com dolo para prejuízo de qualquer valor, associado a bem; ou com culpa ou dolo para o dano ou desaparecimento de qualquer processo administrativo é que, além das medidas administrativas internas atinentes a controle interno porventura cabíveis, se encaminha para o respectivo Escor, a fim de se instaurar o apuratório disciplinar, sob ampla defesa e contraditório (sem prejuízo de, nas hipóteses em que for cabível, sem prejuízo excedente a R\$ 8.000,00, a autoridade instauradora ainda ofertar o TAC). Se a investigação interna revelar um possível autor ou responsável com culpa para prejuízo limitado a R\$ 8.000,00 associado a bem, pode-se prosseguir com instrumentalidade no âmbito da unidade local, com o TCA.

*Portaria Coger nº 14, de 2014 - Art. 2º*

*§ 4º Se no decorrer da sindicância de que trata o § 3º forem identificados indícios de responsabilidade de servidor pelo extravio de processo administrativo, o sindicante ou a comissão deverá fazer os autos conclusos à autoridade que o(a) designou, mediante relatório circunstanciado, o qual se constituirá na representação para fins de instauração de processo administrativo disciplinar pela Corregedoria ou seus Escritórios de Corregedoria.*

Tendo a sindicância investigativa levantado indícios de que o servidor, intencionalmente, praticou ato causador de prejuízo de qualquer valor, seja por imperícia, imprudência ou negligência, praticou o ato causador de prejuízo superior a R\$ 8.000,00, em decorrência de dano ou desaparecimento de bem ou causador de dano ou extravio de processo administrativo (ou permitiu que terceiro o praticasse), não lhe cabe prosseguir, pois sua portaria de instauração, baseada apenas em competência regimental da autoridade local, não se baseia na Lei nº 8.112, de 1990, e, como tal, não tem o poder de acusar ninguém e muito menos de redundar em pena estatutária. Neste caso, deve o sindicante ou a comissão elaborar relatório dirigido à autoridade local, propondo remessa dos autos ao Escor. Repisa-se mais uma vez que não basta o simples fato de se identificar o servidor que tinha o bem ou o processo danificado ou extraviado sob guarda ou uso ou carga no momento do sinistro para se aduzir que se configurou sua responsabilização administrativa, pois esta requer conduta culposa ou dolosa no evento. Caso seja a proposta aprovada pela autoridade local, este relatório se consubstanciará em uma representação para a autoridade correccional emita seu juízo de admissibilidade para instaurar ou não sindicância disciplinar ou PAD, nos termos do *caput* do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990.

Tanto na hipótese de bem patrimoniado ou apreendido quanto na hipótese de processo administrativo danificados ou extraviados, tendo decidido o respectivo Escor, em sua exclusiva competência, pela instauração do rito disciplinar, a comissão designada para tal, após a instrução coletada sob manto do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pode concluir pela inocência do servidor representado e relatar a favor do arquivamento do feito ou pode concluir por sua responsabilização disciplinar.

Para que se cogite desta segunda possibilidade, se faz necessário que o colegiado tenha comprovado a conduta culposa ou dolosa do servidor, uma vez que, repisa-se, não se contenta, para o grave fim de responsabilização disciplinar, com a simples comprovação fática de que objetivamente ocorreu ato danoso; a responsabilização de índole punitiva tem natureza subjetiva e não objetiva, requerendo ainda que se comprove que não só o fato danoso ocorreu, mas também que sua ocorrência se deu em virtude de conduta imperita, negligente, imprudente ou consciente e intencional por parte do servidor, seja para ele mesmo cometer o ato, seja para propiciar que terceiro o cometesse.

Reitera-se, neste ponto, as ressalvas já feitas acima, acerca das duas simplificações

introduzidas pela CGU e que comportam, em certa medida, uma aplicação consecutiva e suplementar, ambas visando que condutas acarretadoras de dano ou de extravio de bem e/ou de processo administrativo tenha sua apuração encerrada sem processo disciplinar. Relembre-se então que a Instrução Normativa CGU nº 4, de 2009, permite, sob condições, o emprego do TCA (condutas culposas causadoras de prejuízo limitado a R\$ 8.000,00 em bens) e que a Instrução Normativa CGU nº 2, de 2017, permite, sob outras condições, o emprego do TAC (condutas culposas ou dolosas causadoras de prejuízo limitado a R\$ 8.000,00 em bens ou causadoras de dano ou desaparecimento de processos administrativos).

Convém então aqui discorrer sobre alguns elementos de materialidade de atuação dolosa de servidor no extravio de bem patrimoniado ou apreendido (e até, onde cabível, de processo administrativo extraviado), que em nada se confundem com condutas de menor gravidade, tais como falta zelo com a economia de material e conservação do patrimônio ou retirada inautorizada de qualquer documento ou objeto da repartição, enquadráveis no inciso VII do art. 116 e no inciso II do art. 117, ambos da Lei nº 8.112, de 1990, puníveis no máximo com suspensão. Os elementos formadores de convicção que serão abordados adiante autorizam enquadramento como valimento de cargo ou improbidade administrativa ou ainda dilapidação do patrimônio público, conforme o inciso IX do art. 117 ou os incisos IV ou X do art. 132, ambos da Lei nº 8.112, de 1990.

Antes, é preciso introduzir que, diferentemente do cotidiano desgaste e consumo dos materiais de expediente ou até mesmo de dano ou extravio culposos de bens de pequena monta, passíveis de ocorrer cotidianamente em qualquer unidade, as hipóteses que aqui serão abordadas se fazem mais frequentes em unidades aduaneiras, em depósitos de mercadorias (sobretudo apreendidas) ou ainda no curso de operações de repressão aduaneira, antes mesmo de os bens passarem ao formal controle fiscal.

Em tais situações de extravio presumivelmente doloso, convém verificar se há aparato de filmagem de vídeo na repartição ou no recinto ou no ambiente, a fim de solicitar as mídias para averiguação. Deve-se atentar para a possibilidade de, uma vez que o controle de tais equipamentos reside nas mãos de servidores da própria unidade, os ajustes de captação de imagem terem sido alterados ou até desativados ou ainda de as imagens terem sido violadas ou editadas justamente no momento do sinistro ou em momentos de presença de determinado servidor possivelmente envolvido. E a confiabilidade do circuito interno de imagem resta ainda mais minorada se o controle se dá nas dependências de outro órgão ou entidade, a exemplo da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) ou Empresa Brasileira de Correios Telégrafos (ECT).

Seja por meio de diligências, seja por meio da análise dos vídeos, importa também identificar outros servidores que estivessem presentes no local no momento do sinistro ou que conhecem a forma de trabalhar do suposto infrator ou que conhecem bem a rotina de trabalho, as falhas, as lacunas e os descontroles infraestruturais. Tais agentes, uma vez identificados, juntamente com o superior hierárquico, devem ser intimados para depor, a fim de informarem as tarefas a cargo do servidor e se estas incluíam atuar no recinto em que se deu o extravio em tela e sobretudo o manuseio do bem extraviado. Cabe verificar se se deu de forma regular a baixa do bem ou a sua destinação ou destruição, atentando para o histórico daquela repartição, se o caso em tela desponta como único ou como reiterado, contumaz e associado a momentos em que o servidor estava presente, diferenciando o erro escusável da continuidade infracional, bem como atestar as condições de trabalho, os descontroles e fragilidades inerentes à estrutura institucional e o grau de experiência do servidor.

Neste contexto de ilicitudes graves, pertine lembrar a plausibilidade de os processos de destinação serem foco de irregularidades, envolvendo, em concurso de pessoas, desde os servidores até os particulares fraudadores.

Igualmente para todos os casos ora analisados, não obstante, se no TCA ou na sindicância investigativa, são identificados indícios de possível responsabilidade contratual da

empresa de segurança ou de qualquer outra pessoa jurídica decorrente de contrato celebrado com a Administração, deve-se remeter cópia da investigação ao fiscal do contrato administrativo para adotar providências administrativas e/ou judiciais para ressarcimento dos valores dos bens à Administração Pública, nos termos avençados no instrumento contratual.

Prosseguindo neste rumo, tendo se concluído em sindicância disciplinar ou em PAD por conduta irregular por parte de servidor em ato funcional associado a dano ou perda de bens, dois enquadramentos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, se demonstram os mais comuns, a saber, o art. 116, VII e o art. 132, X. Enquanto o primeiro é punido com advertência ou no máximo suspensão de até noventa dias, o segundo é punido com pena expulsiva (demissão ou cassação de aposentadoria ou de disponibilidade ou destituição de cargo em comissão). Como regra, o primeiro elemento essencial para diferenciar a aplicação de um ou de outro enquadramento, de repercussões tão díspares, é o ânimo subjetivo do servidor, ou seja, é a comprovação, por parte da comissão disciplinar, de que a conduta foi culposa ou foi dolosa.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 116. São deveres do servidor:*

*VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;*

*Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:*

*X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;*

No primeiro enquadramento, o descumprimento de dever associado a zelo, a princípio, remete a conduta culposa. Em sua parte inicial, pode-se entender como material a ser economizado os bens de consumo cotidiano (materiais de escritório, por exemplo), na qual se impõe, então, o dever de não gastá-los perdulariamente. Em sua parte final, como patrimônio a ser conservado, entendem-se tanto os bens de consumo acima quanto o ativo permanente (máquinas, equipamentos, imóveis, por exemplo). Com isto, tem-se no enquadramento em tela o dever de proteger e cuidar da vida útil não só de bens de consumo mas também de bens duráveis.

Óbvio que, à luz dos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, não se cogita de se provocar a instância disciplinar, com todos os ônus a ela inerentes, em virtude do desperdício pontual e isolado de um insignificante item de material de consumo ou mesmo de ativo permanente. Ademais, lembre-se de que, conforme já aduzido, de acordo com a Instrução Normativa CGU nº 4, de 17/02/09, o dano ou desaparecimento de bem decorrente de conduta culposa por parte do servidor e causador de prejuízo inferior a R\$ 8.000,00 pode ter sua apuração encerrada em TCA, sem rito disciplinar, se o agente público aquiescer em ressarcir ao erário, poupando-se a instauração de PAD ou sindicância disciplinar que, em seu final, poderia redundar no enquadramento em tela.

Independentemente da natureza do bem, a norma visa a punir o desperdício e o desrespeito do servidor com o bem público, em atitudes de descuido, descaso ou negligência, não se aplicando à destruição, ao desperdício, ao prejuízo ou ao dano, causados com dolo ao bem público.

Estas condutas mais graves, de ânimo subjetivo doloso, se enquadram no segundo dispositivo, que também comporta duas espécies. Destaque-se que a nenhuma das duas se aplica a Instrução Normativa CGU nº 4, de 17/02/09, que prevê o emprego do TCA, como forma de simplificação de investigação, sem rito disciplinar, para condutas culposas e sob determinadas condições, conforme já abordado.

A lesão aos cofres públicos é compreendida como a má administração ou a perda do dinheiro público (expressão que figura como síntese dos valores monetários e mobiliários ou bens e mercadorias em poder da Administração e destinados à venda ou de qualquer forma conversíveis em moeda). Daí, seu cometimento recai, em geral, sobre servidores que têm poder e competência para gerir ou acessar recursos públicos. Também se enquadram neste dispositivo a apropriação indébita, o furto ou o desvio do dinheiro público. A dilapidação, por sua vez, é a má conservação, a destruição, o desperdício dos bens públicos permanentes ou de consumo, não destinados à venda e não conversíveis em dinheiro. Acrescente-se ainda que

ambas as partes deste enquadramento disciplinar também pode configurar simultaneamente ato de improbidade administrativa, à vista de diversos incisos do art. 10 da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

*Parecer Dasp. Dilapidação do patrimônio nacional e lesão aos cofres públicos - Distinção*

*A lesão aos cofres públicos não se confunde com a dilapidação do patrimônio nacional. Aquela se refere a dinheiro ou valores transacionáveis; esta se relaciona com bens ou utilidades permanentes.*

*Formulação Dasp nº 55. Lesão aos cofres públicos*

*A lesão aos cofres públicos pressupõe efetivo dano ao Erário.*

*Formulação Dasp nº 64. Lesão aos cofres públicos*

*A lesão culposa aos cofres públicos não é punível com demissão.*

*Parecer Dasp. Dilapidação do patrimônio nacional - Limite de valor do dano - Descabimento*

*O item VIII do art. 207, combinado com o art. 209 do Estatuto, ao prever demissão a bem do serviço público dos funcionários que dilapidem o patrimônio nacional, não estabeleceu qualquer limite de valor ao dano causado.*

*(Nota: O inciso VIII do art. 207 do antigo Estatuto previa a pena de demissão para caso de lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional.)*

*Formulação Dasp nº 205. Dilapidação do patrimônio nacional*

*O funcionário que empresta bens do Estado a particular dilapida o Patrimônio Nacional.*

*Formulação Dasp nº 28. Demissão*

*O funcionário que dissipa bens públicos, não representados por dinheiro, comete dilapidação do patrimônio nacional.*

A comprovação da conduta culposa ou dolosa do servidor, em ato irregular relacionado a dano ou perda de bem, no exercício de seu cargo, faz nascer a responsabilização administrativa, que se efetiva com a aplicação da respectiva pena (advertência, suspensão ou demissão, de acordo com o enquadramento) - a menos que se enquadre nas condições previstas na Instrução Normativa CGU nº 4, de 17/02/09, para emprego do TCA, como forma de simplificação de investigação, sem rito disciplinar, para condutas culposas, conforme já abordado. Mas a configuração da responsabilização administrativa não tem o condão de suprir possível responsabilidade civil decorrente do mesmo ato irregular. O fato de o servidor ter sido, em instância disciplinar, advertido, suspenso ou até demitido não elide a independente repercussão patrimonial de indenizar o prejuízo causado ao erário.

### **3 - A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DECORRENTE DE ATOS CAUSADORES DE DANO OU DESAPARECIMENTO DE BENS PÚBLICOS**

Da mesma forma como se aduziu para a responsabilidade administrativa, tem-se que a simples comprovação de que, objetivamente, de fato, ocorreu dano (avaria ou quebra) ou desaparecimento (perda, extravio, furto ou roubo) de um bem, mercadoria ou processo não necessariamente implica responsabilidade civil reparatória para o servidor cujo nome consta do respectivo termo de responsabilidade e/ou para o servidor (se diferente) que o tinha em uso ou guarda no momento da ocorrência do fato. A responsabilização civil também é de índole subjetiva, não se tolerando cogitar de imposição meramente objetiva de reparar o dano ou perda, sem a comprovação do ânimo subjetivo do responsável.

Neste rumo, repete-se, com maior aplicabilidade, uma vez que trata justamente de repercussão civil, a seguinte decisão adotada pelo Tribunal de Contas da União:

*TCU, Tomada de Contas nº 450.131/96-3, Relatório: “No caso em exame, os*

*fatos são estes: os agentes públicos receberam alguns objetos integrantes do patrimônio da entidade e deles passaram recibo. Este documento constitui termo de responsabilidade. Os objetos foram subrepticiamente subtraídos das salas da repartição por terceiro desconhecido. A autoria do ilícito não foi descoberta pelo procedimento legal específico. Com fundamento nesses fatos, entende o Ministério Público que os elementos apresentados são insuficientes para precisar, adequadamente, a responsabilidade da autoridade administrativa.*

*Voto: Deverão ressarcir o Erário aqueles que, dolosa ou culposamente, derem causa a prejuízo ao patrimônio público. No caso vertente, conforme bem assinalado pelo representante do 'Parquet', tal hipótese não restou configurada nos autos. O 'Termo de Responsabilidade' somente obrigará o respectivo signatário a responder subsidiariamente pelo desvio do bem sob sua guarda caso se comprove que sua conduta contribuiu para o desaparecimento do mesmo."*

Não obstante, novamente recomenda-se que o servidor signatário do termo de responsabilidade e/ou detentor do bem objeto de furto ou roubo registre a ocorrência policial, no Departamento de Polícia Federal (conforme competência estabelecida no art. 144, § 1º, I e IV da CF), e comunique o fato a seu chefe imediato (esta comunicação à chefia é recomendável também no caso de dano de bem).

Analogamente ao que se expôs para responsabilização administrativa, não se cogita de responsabilizar civilmente um servidor, obrigando-o a indenizar a União por um bem danificado ou extraviado, descontando de sua remuneração, sem antes se ter comprovado, no devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, seja em via administrativa, seja em via judicial, que ele, no exercício de seu cargo, agiu com culpa ou dolo no evento.

Neste ponto, ressalve-se a simplificação introduzida pela Instrução Normativa CGU nº 4, de 17/02/09, conforme já aduzido. Segundo esta norma, o dano ou desaparecimento de bem decorrente de conduta culposa por parte do servidor e causador de prejuízo inferior a R\$ 8.000,00 pode ter sua apuração encerrada em TCA, sem rito disciplinar, se o agente público aquiescer em ressarcir ao erário, poupando-se a instauração de PAD ou sindicância disciplinar. Ou seja, aquela norma atuou inovando apenas a instância disciplinar, em nada alterando a repercussão civil, não sendo relevante para o presente tópico.

Menos ainda se pode cogitar de exigir de um grupo de servidores a indenização de um bem pelo simples fato de todos trabalharem no local onde se deu o sinistro, diluindo a responsabilidade civil sem o devido processo legal, se foi impossível a individualização ou se a Administração não foi capaz de identificar o responsável. Assim, repetem-se as citações de fontes administrativas e doutrinária.

*Parecer AGU nº GM-I, vinculante: "Ementa: A imputação administrativa da responsabilidade civil exige que se constate a participação de todos os envolvidos nas irregularidades, considerados individualmente.*

*Formulação Dasp nº 261. Responsabilidade administrativa*

*A responsabilidade administrativa deve ser individualizada no respectivo processo, vedada, na impossibilidade de indicação do culpado, a sua diluição por todos os funcionários que lidaram com os valores extraviados.*

*"(...) não se permite a extensão da responsabilidade, de modo genérico, quando não for possível a individualização da responsabilidade." Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, "Processo Disciplinar", pg. 184, Editora Consulex, 2ª edição, 1999*

A imputação de que foi determinado servidor que, com intenção, negligência, imperícia ou imprudência, danificou ou extraviou o bem (ou propiciou que terceiro o fizesse) pode decorrer de várias formas juridicamente lícitas de comprovação, sendo aceitos desde o reconhecimento não litigioso por parte do próprio servidor (como o TCA, por exemplo, já

exposto) ou apuratórios administrativos (de que a sindicância investigativa ou disciplinar e o PAD são os principais exemplos, podendo-se ainda citar a tomada de contas especial, detalhada ao final do presente texto), até apurações em processos civis judiciais (ação de reparação de dano - ou ação indenizatória - e ação de improbidade), antes mesmo de apurações administrativas, à vista da consagrada independência das instâncias.

Não se confunde a conclusão obtida em meios administrativos de que o servidor, no exercício culposo ou doloso de seu cargo, acarretou prejuízo com a independente apuração da responsabilidade civil indenizatória, que, em regra, requer rito judicial. Obviamente que a apuração da responsabilidade civil (de repercussão patrimonial), no rito judicial, é independente da apuração da responsabilidade administrativa (de repercussão punitiva, no rol do art. 127 da Lei nº 8.112, de 11/12/90), podendo ocorrer antes, simultaneamente ou depois desta última. Nada impede o ajuizamento da ação civil antes mesmo de sequer se ter instaurada apuração administrativa ou antes de se ter tal apuração concluída. Destaque-se que, mesmo que já exista apuração administrativa acerca de dano causado por servidor com dolo ou culpa no exercício de seu cargo, pode haver a independente ação judicial, com seus requisitos probatórios próprios do CPC e garantindo ao acusado o exercício da ampla defesa e do contraditório, para apurar a responsabilização civil, cujo resultado pode até discrepar daquele obtido na instância administrativa. Não obstante, sem negar a independência das instâncias, o que se recomenda, no caso de já haver a prévia apuração da responsabilidade administrativa, é que a Administração aproveite-a como peça de instrução da ação civil judicial, auxiliando na individualização da responsabilidade civil de indenizar, uma vez que ambas as instâncias guardam índole subjetiva.

No caso específico em que a apuração da culpa subjetiva deu-se no escopo da sindicância disciplinar ou do PAD, a comissão, após ter quantificado ou ao menos indicado o prejuízo, ao final, propõe à autoridade julgadora que proceda à comunicação do fato à unidade do local de ocorrência do fato, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), mais especificamente à Secretaria Federal de Controle Interno da CGU (CGU/SFC). Este comunicado se justifica para que as instituições acima possam tomar suas respectivas providências na busca do ressarcimento do dano, que podem variar desde a simples lavratura de um acordo amigável com o responsável até a promoção de um processo judicial de execução.

*“Lembre-se de que o processo administrativo disciplinar não pode ter por efeito ou penalidade compelir o servidor a ressarcir os prejuízos causados à Administração, visto que as penalidades cabíveis em seu bojo são apenas aquelas previstas em lei (art. 127, I a VI, art. 130, § 2º, todos da Lei federal nº 8.112/1990.” Antonio Carlos Alencar Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, pgs. 122 e 123, Editora Fortium, 2008, 1ª edição*

Conforme se verá adiante, dependendo de a quem o servidor tenha causado prejuízo exercendo seu cargo, a responsabilização de reparar pode encerrar-se totalmente na esfera administrativa, sem necessidade de provocação judicial, ou pode ser necessário o ingresso em juízo. Na verdade, a cobrança administrativa direta do débito é exceção, possível apenas com aquiescência do servidor ou em razão de impossibilidade de execução judicial. Em regra, tem-se a inscrição do débito em dívida ativa não tributária, para execução judicial.

A ação civil por responsabilidade do servidor em razão de danos causados ao erário é imprescritível.

*CF - Art. 5º*

*XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;*

*Art. 37.*

*§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.*

Não sendo a responsabilização civil de índole punitiva, tem-se que a ela não se aplica a garantia constitucional de que a pena não passa da pessoa do acusado, sendo certo que, em caso de morte do responsável, os sucessores arcam com a obrigação de reparar o prejuízo causado pelo agente, até o limite da herança.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 122.*

*§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.*

Acrescente-se que, no caso de ato funcional de natureza ímproba, para que se cogite de enquadramento no art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, tomando por definição algum ato de improbidade administrativa definido no art. 10 da Lei nº 8.429, de 02/06/92 (qual seja, da espécie de ato gerador de dano ao erário), deve de fato a comissão estar diante de prática ensejadora do prejuízo e que tal prejuízo seja quantificável, cabendo-lhe inclusive tal quantificação (ainda que preliminar); em consequência desta linha interpretativa excludente, as condutas dolosas de natureza ímproba suscitadoras de inferência de algum dano ao erário mas em que este reste completamente inquantificável devem ser objeto de enquadramento no art. 9º ou no art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92.

### **3.1 - Dano Causado ao Erário**

Uma vez comprovada, administrativa ou judicialmente, a culpa subjetiva do servidor, quando, no exercício do seu cargo, causa dano apenas ao próprio erário, recomenda-se, com base na irredutibilidade salarial (do art. 7º, VI da CF) e no caráter alimentar da remuneração, que a Administração somente desconte em folha se o agente reconhecer aquela responsabilidade apurada e, não dispondo de outros recursos ou bens para pagar, autorizar desconto (no limite mínimo de 10% da remuneração, de acordo com a atual redação do art. 46 da Lei nº 8.112, de 11/12/90). Ou seja, neste caso, a solução até pode se limitar à esfera administrativa, sem necessidade de a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ajuizar ação civil de cobrança forçada.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*§ 1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão. Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*§ 2º Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela. Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*§ 3º Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*Art. 47. O servidor em débito com o erário, que for demitido, exonerado ou que tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, terá o prazo de sessenta dias para quitar o débito. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*Parágrafo único. A não quitação do débito no prazo previsto implicará sua inscrição em dívida ativa. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*Art. 122. § 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente*

*será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.*

*STF, Mandado de Segurança nº 24.182: “Ementa: 2. Desaparecimento de talonários de tíquetes-alimentação. Condenação do impetrante, em processo administrativo disciplinar, de ressarcimento ao erário do valor do prejuízo apurado. 3. Decisão da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados de desconto mensais, em folha de pagamento, sem a autorização do servidor. 4. Responsabilidade civil de servidor. Hipótese em que não se aplica a auto-executoriedade do procedimento administrativo. 5. A Administração acha-se restrita às sanções de natureza administrativa, não podendo alcançar, compulsoriamente, as consequências civis e penais. 6. À falta de prévia aquiescência do servidor, cabe à Administração propor ação de indenização para a confirmação, ou não, do ressarcimento apurado na esfera administrativa. 7. O Art. 46 da Lei no 8.112, de 1990, dispõe que o desconto em folha de pagamento é a forma como poderá ocorrer o pagamento pelo servidor, após sua concordância com a conclusão administrativa ou a condenação judicial transitada em julgado.”*

*“[o desconto em folha] é válido inclusive na hipótese prevista no § 6º do art. 37 da CF, mas, em qualquer caso, é necessária a concordância do responsável, porque a Administração não pode lançar mão dos bens de seus servidores, nem gravar unilateralmente seus vencimentos, para ressarcir-se de eventuais prejuízos. Faltando-lhe esta aquiescência, deverá recorrer às vias judiciais, quer propondo ação de indenização contra o servidor, quer executando a sentença condenatória do juízo criminal ou a certidão de dívida ativa (no caso de alcances e reposições de recebimentos indevidos).” Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, pg. 465, Malheiros Editores, 26ª edição, 2001*

*“Da mesma forma, o processo disciplinar não é o meio adequado para se quantificar o prejuízo causado pela Administração Pública. No máximo ele vai apontar a existência de prejuízo, contudo sua função precípua não é esta, mas sim apurar o que aconteceu na esfera disciplinar, focando-se na conduta humana. O resultado contábil desta conduta humana, muitas vezes, terá de ser delimitado em outro tipo de processo (tomada de contas especial ou um processo judicial).*

*Além disso, mesmo que se chegue à conclusão de que o servidor condenado em processo disciplinar por um ilícito disciplinar é responsável também por um prejuízo financeiro à administração (ilícito civil) ainda assim não poderá a Administração obrigar o servidor, apenas com base no processo disciplinar, a ressarcir ao erário o prejuízo causado. O Supremo Tribunal Federal (...), no Mandado de Segurança nº 24.182-9 (...), decidiu que ‘...5. A Administração acha-se adstrita às sanções de natureza administrativa, não podendo alcançar, compulsoriamente, as consequências civis e penais. 6. À falta de prévia aquiescência do servidor, cabe à Administração propor ação de indenização para a confirmação, ou não, do ressarcimento apurado na esfera administrativa’.”, Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, pg. 18, Fortium Editora, 1ª edição, 2008*

Uma vez que aqui se interessa em abordar o prejuízo (ou dano) ao erário, convém estabelecer a definição de erário, em contraposição a patrimônio público. O termo “erário”, como sinônimo de cofres públicos, reflete a ideia de dinheiros ou recursos públicos e abarca todos os valores monetários e mobiliários ou bens e mercadorias em poder da Administração e destinados à venda ou de qualquer forma conversíveis em moeda. Daí, erário ou cofres públicos significam, em síntese, delimitadamente, o conjunto de bens e de interesses de natureza econômico-financeira de cada um dos entes federados, quais sejam, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, relevando para o presente o que concerne à União. Diferentemente, de forma mais abrangente, a expressão “patrimônio público” (ou patrimônio

nacional) alcança não só os bens e direitos de valor econômico, mas também aqueles de natureza artística, histórica, turística ou estética pertencentes a cada ente federado, conforme se mantém até os presentes dias a definição estabelecida pelo art. 1º, § 1º da Lei nº 4.717, de 29/06/65 (a chamada Lei da Ação Popular). Daí, patrimônio público ou nacional significa, em síntese, todos os bens públicos permanentes ou de consumo, materiais ou imateriais, ainda que não destinados à venda e não conversíveis em dinheiro.

Mas se o servidor não reconhecer, deve a Administração, por meio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ingressar no Poder Judiciário, a fim de ver inscrito em dívida ativa não tributária o débito apurado pela comissão. Muito superficialmente, apenas mencione-se que com esta inscrição, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional formará unilateralmente um título executivo, que redundará em um processo de execução. Já a execução desta dívida ativa não tributária, independentemente de em qual Ministério tenha se originado, se concentrará na Procuradoria-Geral da União, órgão também da estrutura da Advocacia-Geral da União e ao qual compete representar, judicialmente, os interesses da União no litígio civil, que se estabelecerá contra o servidor, uma vez que, à luz do princípio da indisponibilidade do interesse público, não pode a Administração dispor da indenização em favor do responsável. Conforme o art. 122, § 1º da Lei nº 8.112, de 11/12/90, na falta de bens que assegurem a execução judicial do débito, a indenização pode ser liquidada na forma de desconto na remuneração do servidor (novamente no limite mínimo de 10% da remuneração, de acordo com a atual redação do art. 46 da Lei nº 8.112, de 11/12/90).

*STJ, Recurso Especial nº 1.163.8551. “Ementa: Em se tratando de responsabilidade civil de servidor público por conduta dolosa ou culposa causadora de dano ao erário, somente se houver sua autorização formal será possível a realização de descontos em seus vencimentos de valores devidos a título de ressarcimento, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.112/90, ou de sua cobrança por meio da emissão de GRU, como no caso. Se não houver, contudo, sua expressa anuência, é necessário o ajuizamento de ação judicial pela Administração com a finalidade de, apurada sua responsabilidade civil subjetiva, condená-lo a ressarcir o prejuízo causado ao erário.”*

Mencione-se que há ainda outras possibilidades de se buscar o ressarcimento ao erário, tais como instauração de tomada de contas especial (que será detalhada ao final deste texto) ou ajuizamento de ação judicial civil de improbidade.

### **3.2 - Dano Causado a Particular, Ação Regressiva e Denúnciação à Lide**

Por outro lado, se a ação do servidor acarreta dano a particular, em decorrência do art. 37, § 6º da CF, a análise requer uma separação de efeitos. Primeiramente, a responsabilização civil de ressarcir a vítima recai sobre o Estado, abrangendo o *quantum* o particular perdeu, despendeu e deixou de ganhar em decorrência do sinistro (ou seja, abrange desde o dano emergente até o lucro cessante). Aqui, diferentemente da necessidade de se comprovar culpa subjetiva do agente, de acordo com o que a doutrina chama de teoria do risco administrativo (que assume a existência de um risco inerente da atividade pública sobre o particular), basta à vítima comprovar objetivamente a ocorrência do dano e o nexo de causalidade entre este dano e a ação ou omissão da Administração para que já se justifique o dever estatal de indenizar, não lhe sendo necessário comprovar a culpa da Administração ou de seu agente. A responsabilização do Estado diante do terceiro é de natureza meramente objetiva. É como se aqui se operasse uma inversão do ônus da prova, incumbindo à Administração comprovar a culpa de terceiro, ou a culpa concorrente ou exclusiva da vítima, ou força maior e caso fortuito, para excluir ou atenuar sua responsabilidade civil de reparar.

*CF - Art. 37.*

*§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa*

*qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

Complementando a análise, retornando o foco para a repercussão sobre o servidor, relembre-se que, conceitualmente, a responsabilização civil de reparar o dano causado no exercício do seu cargo requer a comprovação, administrativa ou judicial, de que a conduta eivou-se de dolo ou culpa. Não havendo estes elementos da conduta, resta apenas a responsabilização objetiva do Estado em indenizar o particular.

Ou seja, para o caso em que a atitude dolosa ou culposa do servidor, no exercício do seu cargo, causa dano a terceiro, têm-se duas relações jurídicas de naturezas totalmente distintas: além da já mencionada responsabilidade civil objetiva, na modalidade risco administrativo (que liga o particular à Administração, para a qual basta a comprovação do dano e da relação causal entre a atividade pública e o prejuízo), surge ainda, entre a Administração e o seu servidor, a responsabilidade subjetiva contra este último, que requer a comprovação da sua atitude culposa ou dolosa.

Neste caso, de dano doloso ou culposamente causado pelo servidor a particular, no exercício de seu cargo, ao contrário de quando o dano é causado apenas ao próprio erário, sempre haverá processo judicial, com participação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Procuradoria-Geral da União. A União somente indeniza o particular após decisão judicial definitiva de ação indenizatória (não lhe é dado o direito de dispor do interesse público, ressarcindo amigavelmente o particular). A vítima não tem relação direta com o servidor, que somente responde por seus atos (dolosos ou culposos) perante a Administração.

O art. 37, § 6º da CF assegura à Administração, uma vez indenizada a vítima, o direito de propor ação regressiva contra seu servidor cuja culpa subjetiva já foi previamente comprovada. Assim, não há ação regressiva contra o servidor sem as anteriores condenação definitiva da Administração e comprovação da culpa subjetiva do agente.

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 122.*

*§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.*

A jurisprudência tem aceitado a denúncia à lide, instituto previsto no art. 125, II do CPC, com o qual o autor ou o réu do processo judicial chama a juízo terceira pessoa tida como garantia do seu direito, a fim de vê-lo desde já resguardado, caso venha a ser vencido na lide. Tendo a vítima arguido na inicial da ação indenizatória não só a responsabilidade objetiva do Estado mas também a culpa subjetiva do agente, é cabível o emprego daquele instituto jurídico (não é cabível a denúncia à lide quando não se argúi a culpa subjetiva do agente, pois se estaria incluindo fato novo não alegado na inicial). Assim, a União contesta a ação indenizatória movida pelo particular e denuncia, como litisconsórcio, o servidor já previamente responsabilizado.

#### **4 - TOMADA DE CONTAS ESPECIAL**

Complementando o tema de possíveis responsabilizações administrativa e civil do servidor em decorrência de atos funcionais culposos ou dolosos causadores de algum tipo de dano material, revela-se necessário descrever o rito do processo administrativo de tomada de contas especial (TCE). Embora este instituto não se insira na matéria administrativa disciplinar e também não seja a forma mais comum de a Administração buscar a reparação de prejuízo ao erário, por um lado, justifica-se aproveitar tal abordagem para fazê-la de forma bem detalhada e dedicando-lhe amplo espaço, pois, talvez justamente por não ser comum sua instauração, nas oportunidades em que isto se exige, se verificam grandes insegurança e desconhecimento do tema; por outro lado, justamente por ser a TCE um procedimento de natureza residual e excepcional na Administração e por fugir ao interesse prioritário deste

texto, optou-se em inserir o tema em um Anexo, apartado da matéria disciplinar, apenas como uma fonte a mais de informação acessória.

No escopo do presente texto, sobretudo neste Anexo, as expressões “unidade de origem” e “autoridade ordenadora de despesas” (que, no caso da Secretaria da Receita Federal do Brasil, significa os titulares das unidades, tais como Superintendentes, Delegados, Inspectores-Chefes e Agentes e a quem o ordenamento impôs determinadas providências) se reportam à unidade onde se deu o fato danoso e a seu titular. Assim, destacando que um dos objetivos desta abordagem de TCE é alertar às autoridades locais determinadas imposições de lei acerca do tema e que são pouco conhecidas, chama-se a atenção para as passagens em que se relata dever da autoridade ordenadora de despesas.

#### 4.1 - Aspectos Preliminares à Sua Instauração

Iniciando a abordagem do tema por seu sentido mais amplo, é certo que as autoridades administrativas que figuram em seus órgãos ou unidades como ordenadores de despesas são obrigadas, no encerramento de cada ano civil, a demonstrar ao Tribunal de Contas da União a regularidade da guarda e da aplicação destes recursos. Nos termos do § 1º do art. 80 do Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67, que dispõe sobre a organização da Administração federal, ordenadores de despesas são agentes públicos que emitem empenho, autorizam pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou que por eles respondem. Em geral, a competência de ordenador de despesas, que engloba toda a administração e gerência de dinheiros, bens e valores públicos, recai especificamente sobre o próprio titular do órgão ou unidade, não havendo vedação de delegação para a autoridade subordinada que figura como seu gestor financeiro.

*Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67 - Art. 80.*

*§ 1º Ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.*

Assim, de imediato, vem à tona o conceito de processo de tomada (ou prestação) de contas, como o procedimento ordinário por meio do qual, anualmente e de forma obrigatória, a autoridade ordenadora de despesas do órgão ou unidade submete suas contas à devida apreciação do órgão constitucionalmente competente para a função de controle externo na Administração Pública federal. Conceitualmente, se difere a tomada de contas como o instrumento de controle a que se submetem os órgãos da Administração Pública direta, enquanto os órgãos da Administração Pública indireta e demais pessoas jurídicas de cujo capital a União tenha controle ou participe apresentam prestação de contas.

*CF - Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.*

*Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98)*

*Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:*

*II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;*

*VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;  
§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.*

A par desta demonstração ordinária anual da guarda e da aplicação de dinheiros, bens e valores públicos, na dinâmica do dia a dia da Administração, podem ocorrer irregularidades associadas ao dever de a autoridade prestar contas ou irregularidades acarretadoras de dano ao erário que, por força de lei, obrigam uma imediata e excepcional prestação de contas. Surge, então, o conceito que aqui mais interessa, que é o do processo de TCE, pelo qual, em circunstância especial, tomam-se ou analisam-se de imediato as contas da autoridade ordenadora de despesas ou do responsável pelo dano, conforme previsto na parte final do inciso II do art. 71 da CF.

Diferentemente da tomada (ou prestação) de contas ordinária, por meio da qual a autoridade previamente já se encontra obrigada a demonstrar a movimentação de dinheiros, bens e valores públicos geridos pelo órgão ou unidade a cada período de um ano, a TCE, diante de determinadas ocorrências definidas em lei, associadas à gestão orçamentária, contábil, financeira e patrimonial, surge como o possível instrumento para apurar eventuais fatos ilícitos causadores de dano ao erário, identificar os respectivos responsáveis e quantificar os decorrentes prejuízos ao erário, com vista ao seu ressarcimento.

*Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67 - Art. 84. Quando se verificar que determinada conta não foi prestada, ou que ocorreu desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública, as autoridades administrativas, sob pena de co-responsabilidade e sem embargo dos procedimentos disciplinares, deverão tomar imediatas providências para assegurar o respectivo ressarcimento e instaurar a tomada de contas, fazendo-se as comunicações a respeito ao Tribunal de Contas.*

Atentando para o vigente contexto constitucional, a base legal da TCE encontra-se atualmente na Lei nº 8.443, de 16/07/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), mais especificamente em seu art. 8º. Este dispositivo, de imediato, determina que a autoridade competente (sem especificar quem seja) tome as necessárias providências para instauração de TCE exclusivamente nas seguintes situações:

- omissão no dever de prestar contas anuais;
- não comprovação da aplicação de recursos repassados pela União;
- ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos (desfalque ou alcance é qualquer diferença decorrente de culpa ou dolo nas contas do responsável por recursos públicos; desvio ocorre quando o agente emprega o recurso público em finalidade diversa daquela inicialmente determinada, sem se apropriar);
- ou prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário.

*Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 8º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.*

Depreende-se da lista exaustiva de fatos ensejadores elencados no *caput* do art. 8º da

Lei nº 8.443, de 16/07/92, que a intenção do legislador, *a priori*, foi de restringir a necessidade de instauração da TCE, em síntese, a três fatispécies: omissão do ordenador de despesas no dever de prestar contas, apresentação de contas de forma irregular pelo ordenador de despesas e, genericamente, atos ilegais, ilegítimos ou antieconômicos causadores de dano ao erário.

E desta lista também se extraem os requisitos elementares para sua instauração de TCE. Embora possa não parecer *a priori*, todos os fatos ensejadores têm em comum serem causadores de dano ao erário. Primeiramente, de forma mais cristalina, pode se ter o dano concretamente caracterizado, como em casos de perda, extravio ou desvio de bens ou recursos. Mas também se justifica a instauração em casos de omissão ou de não comprovação da regular aplicação de recursos públicos pois nestes casos há o dano presumido (correspondente ao montante de recursos sem aplicação correta comprovada). Daí, em consequência, de uma forma ou de outra, surge o primeiro pressuposto para a instauração da TCE, que é a existência de débito. O débito se configura quando o dano (ou prejuízo) concreto ou presumido é quantificável (seja por verificação exata, seja estimativa confiável e conservadora) e possuidor de significado econômico que justifique a instauração da TCE com vista à sua cobrança. Não se cogita de instauração de TCE sem dano ao erário concreto ou presumível ou com dano que se compreenda não quantificável.

Ato contínuo, aliado ao débito, surge o segundo requisito elementar para instauração de TCE, que é a identificação do agente causador do dano associada à comprovação da sua conduta de índole subjetiva. Sendo certo que tanto a linha de responsabilização administrativa quanto a civil são de natureza subjetiva, se, por um lado, a instauração de TCE requer a prévia constatação de ocorrência de dano ao erário (e em valor de certa relevância econômica), por outro lado, não basta a ocorrência objetiva do fato danoso, pois o processo em tela requer ainda a comprovação de conduta culposa ou dolosa do agente em ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico.

Em outras palavras, como requisitos elementares da instauração de TCE, têm-se a quantificação em débito do dano ao erário concreto ou presumido (seja por verificação exata, seja por estimativa), a identificação do(s) agente(s) responsável(is) e a relação de causalidade entre sua(s) conduta(s) culposa(s) ou dolosa(s) e o dano.

Ainda nesta linha de traçar as condições racionais e econômicas para que se tenha de suportar o excepcional ônus de instaurar uma TCE, tem-se que a regulamentação do tema a cargo do Tribunal de Contas da União, por meio da Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12, positiva as inferências acima descritas, tendo lhes atribuído o *nomen juris* de pressupostos para instauração de TCE, e aborda a questão da quantificação.

*Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12 - Art. 5º É pressuposto para instauração de tomada de contas especial a existência de elementos fáticos e jurídicos suficientes para:*

*I - comprovação da ocorrência de dano; e*

*II - identificação das pessoas físicas ou jurídicas que deram causa ou concorreram para a ocorrência de dano.*

*§ 1º A demonstração de que tratam os incisos I e II deste artigo abrange, obrigatoriamente:*

*I - descrição detalhada da situação que deu origem ao dano, lastreada em documentos, narrativas e outros elementos probatórios que deem suporte à comprovação de sua ocorrência;*

*II - exame da suficiência e da adequação das informações, contidas em pareceres de agentes públicos, quanto à identificação e quantificação do dano;*

*III - evidenciação da relação entre a situação que deu origem ao dano e a conduta ilegal, ilegítima ou antieconômica da pessoa física ou jurídica a quem se imputa a obrigação de ressarcir os cofres públicos, por ter causado ou concorrido para a ocorrência de dano.*

*Art. 8º A quantificação do débito far-se-á mediante:*

*I - verificação, quando for possível quantificar com exatidão o real valor devido; ou*

*II - estimativa, quando, por meios confiáveis, apurar-se quantia que seguramente não excederia o real valor devido.*

*Art. 9º A atualização monetária e os juros moratórios incidentes sobre o valor do débito devem ser calculados segundo o prescrito na legislação vigente e com incidência a partir da data de ocorrência do dano.*

Daquelas três possibilidades de fatos ensejadores, por terem um foco subjetivo mais restrito, aqui não se dedicará atenção às hipóteses de instauração de TCE em razão de omissão da autoridade em prestar suas contas anuais ou por fazê-lo irregularmente ou por qualquer outro motivo afeto exclusivamente à área de controle interno e em razão de participação no ato causador de dano cometido por terceiros (pessoas físicas ou jurídicas) estranhos aos quadros da Administração não sujeitos à responsabilização disciplinar mas ainda assim sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas da União.

Portanto, à vista da terceira e última fatispécie suscitadora da instauração de TCE (atos ilegais, ilegítimos ou antieconômicos causadores de dano), tem-se que podem se submeter a este procedimento extraordinário não só autoridades ordenadoras de despesas obrigadas a prestar contas mas também servidores e empregados públicos, contratados, conveniados e até particulares (inclusive pessoas jurídicas), por condutas que acarretem dano ao erário, sobretudo na guarda, uso ou destinação de bens públicos.

Em decorrência, sob o enfoque específico dos atos funcionais que podem ser cometidos por um servidor qualquer - não necessariamente autoridade ordenadora de despesa e com o que se excluem da análise os atos de omissão ou irregular prestação de contas -, restam residualmente como objeto do presente os atos funcionais ilegais de desfalque ou desvio de bens bem como os atos funcionais ilegítimos ou antieconômicos que causem dano ao erário. E sob a ótica do regime disciplinar, tal abordagem se justifica porque estes atos guardam, com certa frequência, alguma correlação com a matéria disciplinar.

Não obstante estes atos poderem ser cometidos por um servidor qualquer, obrigam providências a serem tomadas pela autoridade ordenadora de despesas, providências estas que, em geral, sequer fazem parte do rol cotidiano de atividades desenvolvidas pela autoridade. De imediato, como exemplos de atos funcionais danosos, pode-se citar perda, desaparecimento, roubo, furto, quebra ou dano de bens públicos (permanentes ou de consumo). Uma outra situação que também pode ocorrer é de o agente público (do Fisco, por exemplo, investido na atribuição legal de arrecadar para os cofres públicos), em conduta culposa ou dolosa, suspender em favor do contribuinte um crédito tributário já lançado. Advirta-se que a simples exemplificação com estes atos não significa que a sua ocorrência, de imediato, deve implicar na instauração de TCE. Tal hipótese somente se justifica em caso de total omissão da autoridade e em que não resta nenhuma outra possibilidade de ressarcimento ao erário. Daí porque, na contrapartida, outras condutas funcionais cotidianas omissivas ou comissivas, em princípio, não geram obrigação de instaurar TCE (ocorrência de decadência ou de prescrição, lançamento a menor, etc), bem como também não se cogita de TCE enquanto a Administração dispuser de outros meios para buscar o ressarcimento.

Embora possa soar estranho que, ao final de um processo de TCE, um simples servidor sem posição de autoridade ordenadora de despesas e que não se obriga à prestação de contas possa ser objeto de um julgamento de “contas irregulares”, tal expressão é cabível porque, à luz do ordenamento de regência, qualquer agente público ou mesmo particular (pessoa física ou jurídica) se equipara a um gestor no que se refere a bens, valores e recursos públicos aos quais, de qualquer forma, tem acesso.

É de se perceber que as situações acima exemplificadas, dentro do foco estabelecido de atenção e para as quais o ordenamento em tela imporia a instauração de TCE, também se amoldam às competências da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, fazendo com que esta

diligencie com vista a igualmente obter o ressarcimento ao erário, porém sob outro rito (inscrição do débito em dívida ativa não tributária, formando unilateralmente um título executivo, que redundará em um processo de execução, a cargo da Procuradoria-Geral da União, órgão também da estrutura da Advocacia-Geral da União e ao qual compete representar, judicialmente, os interesses da União no litígio civil, que se estabelecerá contra o servidor), conforme descrito no **tópico 3**. Embora aqui se esteja abordando a TCE, é de se reconhecer que, na verdade, a hipótese mais usual de a Administração ser ressarcida de algum prejuízo é por meio do rito acima, envolvendo a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e a Procuradoria-Geral da União, por ser mais célere. O fato é que, para aqueles exemplos de atos funcionais de razoável frequência para os quais aqui se desperta interesse (abstraindo-se da análise atos restritivamente de gestão e de controle interno), há, no ordenamento pátrio, uma superposição de competências, podendo, então, se ter em curso, simultaneamente, até duas formas de se buscar o ressarcimento ao erário.

Prosseguindo na linha de excepcionalidade de instauração da TCE, tem-se que a já mencionada Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12, desde seu preâmbulo, vai além na busca do atendimento ao princípio da economia processual, ao permitir que a autoridade administrativa, ao verificar algum dos fatos ensejadores previstos no *caput* do art. 8º da Lei nº 8.443, de 16/07/92, antes de imediatamente instaurar o processo (conforme primeira leitura do texto legal), ainda tome todas as providências administrativas internamente cabíveis com vista a caracterizar (comprovar e quantificar) ou a elidir (suprimir) o dano.

*Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12 - Considerando que é dever do administrador público federal adotar medidas imediatas, com vistas ao ressarcimento de dano ao Erário, independentemente da atuação do Tribunal de Contas da União;*

*Considerando que o Tribunal de Contas da União, na condição de órgão julgador dos processos em que se apura a ocorrência de dano ao Erário, somente deve ser acionado após a autoridade administrativa competente ter adotado, sem sucesso, as medidas administrativas necessárias à caracterização ou à elisão do dano;*

*Considerando que os processos de ressarcimento de dano ao Erário devem pautar-se pelos princípios da racionalidade administrativa, do devido processo legal, da economia processual, da celeridade, da ampla defesa e do contraditório;*

*Art. 3º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação de recursos repassados pela União mediante convênio, contrato de repasse, ou instrumento congênere, da ocorrência de desfalque, alcance, desvio ou desaparecimento de dinheiro, bens ou valores públicos, ou da prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade competente deve imediatamente, antes da instauração da tomada de contas especial, adotar medidas administrativas para caracterização ou elisão do dano, observados os princípios norteadores dos processos administrativos.*

Dentro do escopo que aqui se destacará, ou seja, ocorrência de fatos envolvendo dinheiros, bens ou valores que ensejam simultaneamente responsabilização disciplinar e civil, passíveis de serem cometidos por qualquer servidor ou chefias de menor hierarquia, esta obrigação imposta pelo art. 3º da Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12, de tomar todas as providências internamente cabíveis antes de instaurar a TCE, bem como aquele dever estatuído no art. 8º da Lei nº 8.443, de 16/07/92, de, se for o caso, proceder à instauração deste procedimento específico, recaem precipuamente sobre titulares de órgãos ou unidades ou ordenadores de despesas.

Cabe aqui abrir um parêntese na descrição instrumental dos antecedentes da TCE para destacar que, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, caso ocorram ilícitos disciplinares nas unidades responsáveis pelas matérias fiscal ou previdenciária que acarretem dano ao erário, as obrigações de tomar aquelas iniciativas prévias e, se for o caso, mais

excepcionalmente, de se ter de instaurar a decorrente TCE, não recaem sobre os Escor ou sobre a Coger. A única competência associada à ordenação de despesas regimentalmente prevista no sistema correcional recai sobre o Corregedor, mas tão somente no que diz respeito a pagamentos de diárias e passagens para servidores e colaboradores eventuais convocados para trabalhos na área disciplinar.

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 285. Ao Corregedor incumbe, sem prejuízo das atribuições do Secretário da Receita Federal do Brasil: (Redação dada pela Portaria MF nº 512, de 2 de outubro de 2013)*

*VIII - autorizar viagens a serviço, relacionadas às atividades de interesse da Corregedoria; e (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 11 de dezembro de 2014)*

*IX - praticar os atos de gestão dos recursos orçamentários e financeiros destinados ao pagamento de diárias e passagens, nos deslocamentos de servidores e colaboradores eventuais no interesse da Coger. (Redação dada pela Portaria MF nº 499, de 2014)*

No caso de ilícitos cometidos por servidores da Secretaria da Receita Federal do Brasil nas matérias fiscal ou previdenciária que acarretem dano ao erário, a responsabilidade de promover as diligências em favor de caracterizar ou de elidir o dano - que adiante serão expostas - recai sobre a autoridade local que detenha competência de ordenador de despesas na unidade de lotação do responsável ou de ocorrência do fato. Ou seja, originariamente, tal competência recai sobre os titulares de unidades (Superintendente, Delegado, Inspetor-Chefe ou Agente), sem vedação de delegação para a chefia da projeção local do macroprocesso de trabalho de materiais e logística (Copol e suas projeções regionais), isto porque, ainda no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, a atividade de controle interno é regimentalmente atribuída a este macroprocesso de trabalho.

*Portaria MF nº 203, de 2012 - Regimento Interno da RFB - Art. 156. À Coordenação-Geral de Programação e Logística - Copol compete gerenciar as atividades relacionadas com orçamento, programação e execução financeira, contabilidade, recursos materiais e patrimoniais, convênios, licitações, contratos, obras e serviços de engenharia, gestão de documentos, serviços gerais e mercadorias apreendidas, em articulação com as demais unidades da RFB, observadas as políticas, diretrizes, normas e recomendações dos órgãos central e setorial dos Sistemas Federais de Planejamento e de Orçamento, de Administração Financeira, de Contabilidade, de Serviços Gerais e de Documentação e Arquivos.*

*Art. 171. À Divisão de Contabilidade - Ditab competem as atividades relacionadas à orientação e supervisão dos registros contábeis dos atos e fatos da gestão orçamentária, financeira e patrimonial das Unidades Centrais, Delegacias de Julgamento e das Superintendências Regionais, bem assim elaborar a Tomada de Contas Anual da RFB, em articulação com a Audit, e as Tomadas de Contas Extraordinárias e Especiais no âmbito das Unidades Centrais.*

*Art. 217. Às Divisões de Programação e Logística - Dipol das SRRF competem as atividades relacionadas à programação e execução orçamentária e financeira, contabilidade, logística, comunicação administrativa, licitações, gestão de contratos, supervisão e execução de projetos, obras e serviços de engenharia, gestão de documentos, apoio administrativo, gestão de recursos materiais e patrimoniais, serviços gerais e administração de mercadorias apreendidas, bem assim administrar e supervisionar as atividades pertinentes aos Serviços de Gestão de Mercadorias Apreendidas - Semap, as Seções de Gestão de Mercadorias Apreendida - Samap e as Seções de Obras e Serviços de Engenharia - Saeng*

*Art. 238. Aos Serviços de Logística e Gestão - Selog compete coordenar, executar, controlar e avaliar as atividades relacionadas com programação*

*orçamentária e financeira, organização, gestão de pessoas, capacitação e desenvolvimento, recursos materiais e patrimoniais, licitações, comunicações administrativas, transportes, gestão de documentos, acervo bibliográfico e serviços gerais e auxiliares.*

*Art. 250. À Divisão de Programação e Logística - Dipol, aos Serviços de Programação e Logística - Sepol e às Seções de Programação e Logística - Sapol competem as atividades relacionadas à programação e execução orçamentária e financeira, logística, comunicação administrativa, gestão de pessoas, capacitação e desenvolvimento, licitações, gestão de contratos, supervisão e execução de projetos, obras e serviços de engenharia, gestão de documentos, apoio administrativo, gestão de recursos materiais e patrimoniais, serviços gerais e administração de mercadorias apreendidas.*

*Art. 314. Aos Superintendentes da Receita Federal do Brasil, Delegados da Receita Federal do Brasil, Delegados da Receita Federal do Brasil de Julgamento e Inspetores-Chefes da Receita Federal do Brasil das ALF e IRF de Classe Especial A, Especial B e Especial C incumbe ainda, no âmbito da respectiva jurisdição:*

*I - coordenar, executar, controlar e avaliar a programação e execução orçamentária e financeira, patrimonial, bem como administrar mercadorias apreendidas;*

No âmbito do Poder Executivo, esta competência recai sobre o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Secretaria Federal de Controle Interno da CGU (CGU/SFC), que detém a competência para avaliar a execução dos orçamentos da União, fiscalizar a implementação dos programas de governo e fazer auditorias sobre a gestão dos recursos públicos federais sob a responsabilidade de órgãos e entidades públicos e privados, entre outras funções. Convém esclarecer que, nas passagens em que a normatização de regência do tema menciona, de forma genérica, “órgão do controle interno”, é à CGU/SFC que está se reportando.

*Lei nº 13.502, de 01/11/17 - Art. 66. Constituem área de competência do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União:*

*I - providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal;*

Retomando à descrição da instrumentalização precedente à TCE, aquelas providências iniciais mencionadas no art. 3º da Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12, visando à caracterização ou à elisão do dano, podem ser, por exemplo - e costumam mesmo ser assim - diligenciar no sentido de promover a apuração da responsabilidade administrativa, por meio de TCA, sindicância investigativa ou disciplinar ou de PAD, seja pessoalmente instaurando, seja representando à outra autoridade competente (dependendo do ordenamento interno do órgão). Neste ponto, convém ressaltar que, embora a atenção na presente análise se concentre justamente nos fatos que simultaneamente provocam repercussão administrativa e civil, a procedimentalização em apreço não se confunde com sindicância (investigativa ou disciplinar) ou com PAD. O que pode ocorrer é se ter alguma inter-relação entre a posterior TCE e a instância disciplinar, sendo comum e até recomendável aquela decorrer de apuração previamente realizada nesta (em que se configurou a responsabilização subjetiva do servidor), tendo-a posteriormente como peça de instrução.

*TCU, Enunciado da Súmula nº 86*

*No exame e julgamento das tomadas e prestações de contas de responsáveis por bens e dinheiros públicos, quando se verificar qualquer omissão, desfalque, desvio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública, levar-se-á em linha de conta, como elemento subsidiário, o inquérito administrativo instaurado pela autoridade competente.*

Naquelas hipóteses excepcionais e residuais para as quais se cogita de instauração de

TCE, a providência acautelatória de se buscar comprovar a responsabilização disciplinar, de índole subjetiva, por meio de sindicância disciplinar ou de PAD, antes da instauração do rito excepcional da TCE se justifica, visto que, em geral, de início, o que se tem é apenas uma representação ou denúncia de suposto ato irregular, ainda sem nenhuma comprovação nem da materialidade, nem da autoria e sequer do dano.

Nesta linha, dentre as possibilidades acima, no caso específico de desaparecimento ou dano de bem público no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme já aduzido no **tópico 2**, o ordenamento infralegal determina que, antes de se cogitar de instauração de TCE, incumbe à autoridade local a instauração de TCA, de acordo com o estabelecido na Instrução Normativa CGU nº 4, de 17/02/09, ou a instauração de sindicância investigativa, nos termos do art. 2º da Portaria Coger nº 14, de 30/01/14. Somente caso se extrapolem as alçadas de aplicação daqueles ritos inquisitoriais e se depare com indícios de irregularidade funcional cometida com culpa ou dolo por servidor é que representará à Coger ou Escor para que seja instaurada instância disciplinar (sindicância disciplinar ou PAD).

Atendendo ao dispositivo do art. 3º da Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12, tem-se que, quando ainda internamente no órgão ou unidade local, já se consegue apurar os elementos materiais não só do ato infracional, de natureza culposa ou dolosa, por parte do servidor mas também do correspondente dano, antes de se instaurar a TCE, deve o titular do órgão ou unidade ou a autoridade ordenadora de despesas intimá-lo a comparecer e a se manifestar acerca da imputação. Caso o responsável não atenda à intimação e não compareça na data e hora aprazadas, deve a autoridade autuar o devido termo de não comparecimento e se ainda vislumbrar possibilidades de prosseguir nas apurações e diligências internas com o objetivo de obter o ressarcimento amigável, deve fazê-lo. Caso o responsável compareça, deve a autoridade notificá-lo do valor do débito imputado, atualizado monetariamente e com os encargos legais (juros de mora), bem como da disposição da Administração em celebrar um acordo, para que o ressarcimento (por reposição ou por indenização) se dê de forma amigável, com o recolhimento espontâneo do valor ou com autorização para que se proceda ao desconto em folha de pagamento, nos termos previstos no art. 46 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Destaque-se que a busca da composição amigável atende simultaneamente aos princípios da indisponibilidade do interesse público e da economia processual. Ainda na hipótese de o responsável ter comparecido, deve a autoridade reduzir a termo o teor da notificação e a manifestação volitiva do agente, concordando ou não com a proposta de acordo. Se o responsável acatar o acordo, devem os autos ser remetidos para as áreas de gestão de pessoas e de controle interno, para que, caso atestem a proposta, tomem as providências necessárias para sua efetivação, dispensando-se instauração de TCE.

*Instrução Normativa DTN/MEPF nº 8, de 21/12/90 - 10.2. No caso de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade que resulte prejuízo para a Fazenda Nacional, apurada na forma legal, o dirigente máximo da entidade ou o ordenador de despesa, de ofício ou por solicitação do órgão setorial de controle interno ou do órgão de contabilidade analítica da administração federal direta ou indireta, notificará o responsável para que recolha o valor do débito imputado, acrescido de correção monetária e juros de mora, contados a partir da data do fato gerador, na forma do subitem 10.10, até a data do recolhimento.*

*Lei nº 8.112, de 1990 - Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*§ 1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

*§ 2º Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do*

*processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*  
 § 3º *Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04/09/01)*

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União é no sentido de que, abstraindo-se da hipótese de conivência entre a autoridade ordenadora de despesas e o agente causador do dano, a responsabilidade daquela, em regra, esgota-se com a adoção de providências visando à caracterização do dano e à consequente reparação do prejuízo, ou, por outro lado, se cabível, à elisão do dano..

*TCU, Tomada de Contas nº 001.634/93-3, Decisão nº 255/1993, Voto: “De alta relevância é a questão de se definir a responsabilidade do Administrador perante esta Corte de Contas. Prescreve o art. 84 do Decreto-Lei nº 200, de 25.02.67: (...). No mesmo sentido, preconiza a Lei Orgânica deste Tribunal (Lei nº 8.443, de 16.07.92), no seu art. 8º: (...). Esses mandamentos legais se referem à responsabilidade de duas pessoas: 1º da autoridade administrativa que, por dever de ofício, constata a irregularidade; 2º do autor do ato lesivo ao patrimônio público. Salvo conivência, a responsabilidade do primeiro se esgota com a adoção de imediatas providências para reparação do prejuízo, fazendo o processo tramitar em consonância com as normas vigentes.”*

Além de tudo acima exposto, tamanho é o caráter excepcional da TCE e tão forte é a base principiológica ora calcada na economia processual que, ainda que configurado o dano e tendo se esgotado infrutíferas as providências preliminares a cargo da autoridade administrativa, tem-se que a Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12, estabelece duas hipóteses de dispensa da instauração da TCE na unidade de origem - e, como consequência, permite que, caso tenha sido precipitadamente instaurada, seja arquivada, na própria unidade ou no órgão de controle interno (a CGU), não a remetendo ao TCU, ou já nesta Corte de Contas.

Segundo o art. 6º da Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12, em vista do princípio da eficiência, dispensa-se a instauração de TCE quando o valor atualizado monetariamente (sem juros de mora), independentemente do ânimo subjetivo (culpa ou dolo), for inferior a R\$ 75.000,00 (este valor é atualizado periodicamente, por meio de Decisão Normativa do Tribunal).

Como parênteses, informe-se que, a rigor, mesmo neste caso, a autoridade administrativa deve adotar todas as medidas internas com vista ao ressarcimento e providenciar a inclusão do nome do responsável no Cadastro Informativo dos Débitos não Quitados de Órgãos e Entidades Federais (Cadin), regulado pela Lei nº 10.522, de 19/07/02). Não obstante, havendo diversos débitos de baixo valor de um mesmo responsável, perante o mesmo órgão, que, ao serem somados, extrapolam aquele limite, devem ser consolidados em TCE (sem prejuízo da inclusão do nome do responsável no Cadin e das tentativas internas para obter o ressarcimento).

A segunda hipótese de dispensa de instauração da TCE na unidade de origem se dá quando já transcorreu prazo de dez anos do fato ensejador sem que tenha havido qualquer notificação ao responsável.

*Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12 - Art. 6º Salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial, nas seguintes hipóteses:*  
 I - *valor do débito atualizado monetariamente for inferior a R\$ 75.000,00;*  
 II - *houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente;*

*Art. 15. A autoridade competente deve:*

*I - registrar nos cadastros de devedores e nos sistemas de informações contábeis, especialmente no previsto na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, as informações relativas ao valor do débito e à identificação dos responsáveis*

*II dar ciência da providência indicada no inciso anterior ao responsável;*

*III - registrar e manter adequadamente organizadas as informações sobre as medidas administrativas adotadas com vistas à caracterização ou elisão do dano;*

*IV - consolidar os diversos débitos do mesmo responsável cujo valor seja inferior ao mencionado no art. 6º, inciso I, desta Instrução Normativa e constituir tomada de contas especial se o seu somatório, perante o mesmo órgão ou entidade repassadora, atingir o referido valor.*

E, reforçando ainda este caráter residual da TCE no foco de interesse deste texto, à vista do princípio da economia processual, o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União também prevê uma hipótese de dispensa da instauração do processo na unidade de origem, quando não se cogita de má-fé do responsável e o dano tiver sido prontamente ressarcido. Neste caso, permite-se que tão somente o ordenador de despesas comunique o fato na sua próxima tomada de contas anual, ao final do exercício.

*Resolução TCU nº 246, de 30/11/11 - Regimento Interno do TCU - Art. 197.*

*§ 3º Na ocorrência de perda, extravio ou outra irregularidade sem que se caracterize a má-fé de quem lhe deu causa, se o dano for imediatamente ressarcido, a autoridade administrativa competente deverá, em sua tomada ou prestação de contas ordinária, comunicar o fato ao Tribunal, ficando dispensada desde logo a instauração de tomada de contas especial.*

Por fim, atingindo o último patamar da postura econômica prevista no ordenamento infralegal, mesmo tendo restado infrutíferas as medidas administrativas e não se enquadrando o caso nas hipóteses de dispensa de instauração, permite-se o arquivamento da TCE porventura instaurada, em qualquer momento em que se detecta a absoluta ausência de um de seus pressupostos, seja pela comprovação da não ocorrência do dano, seja pelo fato de o débito ter sido recolhido. Esta segunda hipótese, de a responsabilização civil já ter sido devidamente suprida pelo responsável, pode se dar por pagamento espontâneo ou por meio do rito conduzido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e pela Procuradoria-Geral da União - e reconhece-se que estas duas formas de ressarcimento são mais comuns que a instauração de TCE. O rito que aqui se apresentará para a instauração e processamento da TCE tem como pressuposto que o débito não só existe comprovadamente como também encontra-se ainda em aberto. Ademais, agregando o parâmetro de relevância, a norma reitera a possibilidade de se ratificar a quantificação do débito inferior a R\$ 75.000,00, agora como hipótese também de arquivamento. Neste caso de quantificação abaixo do valor limite já ocorrer após a instauração da TCE, esta deve ser anexada ao processo da respectiva tomada ou prestação de contas ordinária do administrador ou do ordenador de despesa.

*Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12 - Art. 7º Serão arquivadas as tomadas de contas especiais, antes do encaminhamento ao Tribunal de Contas da União, nas hipóteses de:*

*I - recolhimento do débito;*

*II - comprovação da não ocorrência do dano imputado aos responsáveis;*

*III - subsistência de débito inferior ao limite de R\$ 75.000,00, de que trata o inciso I do art. 6º desta Instrução Normativa.*

*Resolução TCU nº 246 Regimento Interno do TCU - At. 199.*

*§ 4º Se o dano for de valor inferior à quantia a que alude o caput, a tomada de contas especial será anexada ao processo da respectiva tomada ou prestação de contas ordinária do administrador ou ordenador de despesas, para julgamento em conjunto.*

À vista de todo exposto, percebe-se o quão inequívoca é a inteligência de que a TCE é tida como medida totalmente excepcional e residual, somente sendo cabível sua instauração

após o esgotamento de todas as outras ferramentas administrativas a cargo da Administração com vista ao ressarcimento ou à elisão do dano e também que não seja hipótese normatizada de dispensa de instauração ou de arquivamento a qualquer tempo.

Fora isto, na exceção residual, se o titular do órgão ou unidade ou a autoridade ordenadora de despesas intimar o responsável a comparecer e a se manifestar acerca da imputação e se este não atender à intimação de comparecer ou se comparecer e não acatar a proposta de acordo, tendo restado esgotadas todas as medidas administrativas internas e não logrando obter o ressarcimento amigável - e nem se enquadrando o caso nas hipóteses normatizadas para dispensa ou para arquivamento -, resta à autoridade competente instaurar o procedimento específico da TCE.

*Resolução TCU nº 246, de 30/11/11 - Regimento Interno do TCU - Art. 197.*

*§ 2º Esgotadas todas as medidas ao alcance da autoridade administrativa e do órgão do controle interno, visando à apuração dos fatos irregulares, à perfeita identificação dos responsáveis e ao ressarcimento do erário, a tomada de contas especial será encaminhada ao Tribunal para julgamento, observado, quando couber, o art. 206.*

Similar resultado decorre da hipótese em que, infrutíferas as providências preliminares e ainda assim ordenador de despesas se mantém omissivo. Esta total omissão configura irregularidade e sujeita a autoridade administrativa às responsabilizações e sanções cabíveis, inclusive solidariamente com o causador do dano. Neste caso, a TCE igualmente será instaurada, mas, desta vez, por determinação do Tribunal de Contas da União, com base no art. 8º, § 1º da Lei nº 8.443, de 16/07/92.

*Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 8º*

*§ 1º Não atendido o disposto no caput deste artigo, o Tribunal determinará a instauração da tomada de contas especial, fixando prazo para cumprimento dessa decisão*

## **4.2 - A Fase Interna da TCE**

Com base no ordenamento infralegal, a instauração da TCE pelo titular do órgão ou unidade, que, como regra, é quem figura como ordenador de despesas (no caso da Secretaria da Receita Federal do Brasil, tal competência é dada aos titulares das unidades - Superintendente, Delegado, Inspetor-Chefe e Agente -, não recaindo sobre a Coger e os Escor), exige a configuração do dano ao erário (que tanto pode ser dano comprovado, quando decorre de fato concreto, como perda, extravio ou desvio de recursos, quanto pode decorrer de presunção legal de dano, como omissão de prestar contas, que leva à presunção de prejuízo correspondente ao montante de recursos sem aplicação correta), guardando relação causal com a conduta culposa ou dolosa do servidor responsável, e que possa ser quantificado (por verificação exata ou por estimativa confiável e conservadora), como um débito com significado econômico a justificar a excepcional instauração. Além destes pressupostos e não sendo caso de dispensa, a TCE somente deve ser instaurada depois de restarem esgotadas e infrutíferas todas as prévias providências internas de serem tomadas pela autoridade, com vista ao ressarcimento do débito ou à elisão do dano.

Não tendo logrado a elisão do dano ou o ressarcimento ao erário por parte do agente causador do prejuízo, o ordenador de despesas se torna obrigado - até mesmo para se resguardar - a instaurar internamente a TCE, designando para isto um tomador de contas especial. O processo deve ser protocolizado em autos específicos, recebendo sua própria numeração, não devendo ser formalizado a partir de um outro qualquer.

*Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12 - Art. 2º Tomada de contas especial é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação*

*dos responsáveis e obter o respectivo ressarcimento.*

*Art. 4º Esgotadas as medidas administrativas de que trata o art. 3º desta Instrução Normativa sem a elisão do dano, a autoridade competente deve providenciar a imediata instauração de tomada de contas especial, mediante a atuação de processo específico, observado o disposto nesta norma.*

A instauração, cuja base legal repousa no art. 8º da Lei nº 8.443, de 16/07/92, e nos dispositivos infralegais e regimentais internos, se dá por meio de portaria, a ser publicada apenas internamente (a publicação em DOU somente se justifica se o processo também arrolar agentes estranhos à Administração Pública federal) e que qualifique o tomador de contas especial, faça apenas uma remissão genérica aos fatos constantes dos autos (sem descrever os supostos ilícitos e sem apontar responsável) e estabeleça prazo referencial para conclusão dos trabalhos. Destaque-se que a mencionada base legal da instauração não define a quantidade de agentes a conduzirem o procedimento (daí ser possível também se designar uma comissão de TCE) e o prazo para conclusão.

Não obstante estar devidamente formalizada em lei específica e também em normatização infralegal, em linhas gerais, a TCE é um processo administrativo, sendo nela aplicáveis, de forma subsidiária e no que forem cabíveis, os ditames da Lei nº 9.784, de 29/01/99. Neste rumo, para o tomador de conta especial, indubitavelmente, são válidos os requisitos de impedimento ou suspeição dos arts. 18 e 20 da Lei nº 9.784, de 29/01/99, além de grau de parentesco até o 3º com o responsável, e podendo-se ainda priorizar a designação de servidor estável..

No caso específico da Secretaria da Receita Federal do Brasil, para se respeitar o mandamento da já mencionada Súmula TCU nº 86, interpreta-se que a instauração de TCE, pela autoridade ordenadora de despesas da unidade local (Superintendente, Delegado, Inspetor-Chefe ou Agente), para casos de dano ou desaparecimento de bens, somente se justifica após se ter seguido o rito estabelecido na Instrução Normativa CGU nº 4, de 17/02/09, ou seja, após se ter levantado indícios de responsabilidade contra determinado servidor e ter-se instaurado o rito disciplinar (seja sindicância disciplinar, seja PAD), no qual se tenha comprovada a responsabilização subjetiva do servidor no ato causador do dano, nos termos já expostos no **tópico 2**.

Com a instauração de TCE originariamente no próprio órgão ou unidade onde tenha ocorrido o dano, após a autoridade local ter esgotado todas as providências internas e não sendo caso de dispensa, tem-se que, neste momento inaugural, o processo já deve estar instruído com a descrição dos fatos antecedentes, com a qualificação do responsável e com o demonstrativo financeiro do débito (seu valor original, a data de ocorrências e parcelas porventura já recolhidas). Na sequência, em função dos objetivos que se buscam com o processo, o tomador de contas especial deve instruí-lo com elementos probatórios formadores de convicção e esclarecedores dos fatos irregulares ensejadores do dano, das condutas dos agentes e responsáveis solidários envolvidos e do nexos de causalidade entre estas condutas - dolosas ou no mínimo culposas - e o prejuízo.

*Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12 - Art. 10. O processo de tomada de contas especial será composto pelos seguintes documentos:*

*I - relatório do tomador das contas, que deve conter:*

- a) identificação do processo administrativo que originou a tomada de contas especial;*
- b) número do processo de tomada de contas especial na origem;*
- c) identificação dos responsáveis;*
- d) quantificação do débito relativamente a cada um dos responsáveis;*
- e) relato das situações e dos fatos, com indicação dos atos ilegais, ilegítimos ou antieconômicos de cada um dos responsáveis que deram origem ao dano;*
- f) relato das medidas administrativas adotadas com vistas à elisão do dano;*
- g) informação sobre eventuais ações judiciais pertinentes aos fatos que deram ensejo à instauração da tomada de contas especial;*

*h) parecer conclusivo do tomador de contas especial quanto à comprovação da ocorrência do dano, à sua quantificação e à correta imputação da obrigação de ressarcir a cada um dos responsáveis;*

*i) outras informações consideradas necessárias.*

*§ 1º O relatório a que se refere o inciso I deste artigo deve estar acompanhado de cópias:*

*a) dos documentos utilizados para demonstração da ocorrência de dano;*

*b) das notificações remetidas aos responsáveis, acompanhadas dos respectivos avisos de recebimento ou de qualquer outro documento que demonstre a ciência dos responsáveis;*

*c) dos pareceres emitidos pelas áreas técnicas do órgão ou entidade, incluída a análise das justificativas apresentadas pelos responsáveis; e*

*d) de outros documentos considerados necessários ao melhor julgamento da tomada de contas especial pelo Tribunal de Contas da União.*

*§ 2º A identificação dos responsáveis a que se refere a alínea “c” do inciso I deste artigo será acompanhada de ficha de qualificação do responsável, pessoa física ou jurídica, que conterá:*

*a) nome;*

*b) CPF ou CNPJ;*

*c) endereço residencial e número de telefone, atualizados;*

*d) endereços profissional e eletrônico, se conhecidos;*

*e) cargo, função e matrícula funcional, ou matrícula no Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos (SIAPE), se for o caso;*

*f) período de gestão; e*

*g) identificação do inventariante ou do administrador provisório do espólio e/ou dos herdeiros/sucedores, no caso de responsável falecido.*

*§ 3º A quantificação do débito a que se refere a alínea “d” do inciso I deste artigo será acompanhada de demonstrativo financeiro que indique:*

*a) os responsáveis;*

*b) a síntese da situação caracterizada como dano ao erário;*

*c) o valor histórico e a data de ocorrência;*

*d) as parcelas ressarcidas e as respectivas datas de recolhimento.*

Em suma, tendo a TCE o objetivo de apurar eventual responsabilidade por dano ao erário, que tem natureza subjetiva, deve estar amparada - se não o seu rito completo, pelo menos a decisão nela emanada - em toda a base principiológica da processualística administrativa, dentre a qual se destacam os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da presunção da inocência, do ônus probante de quem acusa ou de quem alega (exceto quando, por força de lei, esteja o responsável obrigado a prestar contas, como em caso de aplicação de recursos ou guarda de bens), da economia processual, da celeridade e da independência em relação à ação judicial de ressarcimento.

Neste aspecto, é de se reconhecer que, a rigor, a TCE, nesta sua primeira fase, doutrinariamente chamada de fase interna, que transcorre dentro do próprio órgão ou unidade de ocorrência do fato, tem índole inquisitorial, podendo se considerar satisfatória e regularmente instruída apenas com o levantamento dos já listados indícios de materialidade e autoria dos motivos que determinaram sua instauração, sem a estrita necessidade de se ofertar contraditório ao responsável nesta instrução preliminar. Todavia, à vista de que, ao final, se cogitará de responsabilidade civil, não há prejuízo em se estenderem, desde já, as garantias da ampla defesa e do contraditório (e seus corolários) nesta fase. Por exemplo, concedendo ao responsável vista e cópia integral dos autos com a instrução preliminar, além de dar-lhe ciência do valor apurado do dano e intimá-lo a se manifestar por escrito.

Se, mesmo após esta primeira manifestação do responsável nos autos, por meio de sua prova oral, restarem confirmados na TCE os elementos formadores de convicção contrária a ele (acerca da materialidade do fato irregular cometido, de sua responsabilidade subjetiva e do valor do dano), deve o tomador de contas especial desde já notificá-lo a recolher o valor ou a autorizar o desconto em folha nos moldes do art. 46 da Lei nº 8.112, de 11/12/90. Convém

que também seja informado ao responsável que a fase interna da TCE contempla a possibilidade de ressarcimento amigável e que sua eventual decisão de não recolher o valor acarretará a remessa dos autos para o Tribunal de Contas da União, fazendo com que o processo tenha prosseguimento, em sua segunda fase, chamada de fase externa. Naquela segunda fase, se, por um lado, o responsável terá assegurado o exercício dos direitos à ampla defesa e ao contraditório, por outro lado, será submetido a formal julgamento da regularidade ou não de suas contas, com riscos de sanções pecuniárias e de outras naturezas cíveis em caso de decisão que lhe for contrária.

Caso o responsável acate a imputação e recolha o valor ou autorize seu débito, os autos devem ser encaminhados para as áreas de gestão de pessoas da própria unidade, para efetivação do pagamento. Nesta hipótese, ao fim da tramitação, a TCE será arquivada na própria unidade de origem, sem remessa ao Tribunal de Contas da União, conforme o inciso I do art. 7º da Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12 (cabendo à autoridade ordenadora de despesas apenas informar o ocorrido na prestação ordinária e anual de contas).

Não obstante, qualquer que seja a manifestação volitiva do responsável, o ordenamento prevê a complementação dos elementos de instrução do processo. Assim, o tomador de contas especial deve elaborar relatório dirigido à autoridade ordenadora de despesas, conforme o inciso I e o § 1º do art. 4º da Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12, com a identificação do processo administrativo, dos atos ilegais, ilegítimos ou antieconômicos que deram origem à TCE e do responsável; com a quantificação do débito; com a descrição das medidas preliminares em prol da elisão; com a informação de existência de procedimentos de outras instâncias (disciplinar ou judicial) e seu resultado; e com o seu próprio parecer conclusivo acerca da obrigação de ressarcir. Este relatório deve ainda se fazer acompanhar dos documentos de comprovação do fato, das notificações enviadas ao responsável e das suas manifestações e dos pareceres de análise técnica porventura emitidos.

Tendo se configurado débito, após o relatório do tomador de contas, a unidade de origem da TCE deve inscrever o responsável e o valor atualizado do débito no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi).

Ainda na fase interna, após análise meramente formal a cargo da autoridade ordenadora de despesas, não tendo havido ressarcimento do débito, devem os autos ser remetidos ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), mais especificamente à Secretaria Federal de Controle Interno da CGU (CGU/SFC), conforme o inciso II do art. 4º da Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12, para verificar o esgotamento das diligências a fim de caracterizar ou de elidir o dano ao erário e os aspectos formais da TCE, tais como sua adequação à normatização e sua correta instrução, podendo então acatar o trabalho ou determinar seu refazimento ou sua complementação. Este órgão do controle interno manifesta-se por meio do relatório, do respectivo certificado de auditoria e do parecer conclusivo do seu dirigente.

Após a manifestação do órgão do controle interno, o processo deve ser remetido, com minuta de pronunciamento ministerial, para o pronunciamento do Ministro de Estado da área onde ocorreu o fato, como forma de garantir ciência desta autoridade acerca das irregularidades apuradas na TCE, atestadas pelo tomador de contas especial e pela CGU/SFC.

*Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12 - Art. 10. O processo de tomada de contas especial será composto pelos seguintes documentos:*

*II - certificado de auditoria, acompanhado do respectivo relatório, em que o órgão de controle interno competente deve manifestar-se expressamente sobre:*

*a) a adequação das medidas administrativas adotadas pela autoridade competente para a caracterização ou elisão do dano; e*

*b) o cumprimento das normas pertinentes à instauração e ao desenvolvimento da tomada de contas especial;*

*III - parecer conclusivo do dirigente do órgão de controle interno;*

*IV - pronunciamento do Ministro de Estado supervisor da área ou da*

*autoridade de nível hierárquico equivalente, atestando ter tomado conhecimento do relatório do tomador de contas especial e do parecer do órgão de controle interno.*

*Lei nº 13.502, de 01/11/17 - Art. 66.*

*§ 6º Os titulares dos órgãos do sistema de controle interno do Poder Executivo federal devem cientificar o Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União acerca de irregularidades que, registradas em seus relatórios, tratem de atos ou fatos atribuíveis a agentes da administração pública federal e das quais haja resultado ou possa resultar prejuízo ao erário de valor superior ao limite fixado pelo Tribunal de Contas da União para efeito da tomada de contas especial elaborada de forma simplificada.*

### **4.3 - A Fase Externa da TCE**

Caso o responsável não recolha o valor e nem autorize seu desconto, estando os autos devidamente instruídos e sem vício formal, após as manifestações do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Secretaria Federal de Controle Interno da CGU (CGU/SFC) e do Ministro de Estado, deve o processo ser remetido, em meio eletrônico, pelo respectivo Ministério ao Tribunal de Contas da União, onde se dará a segunda fase da TCE, com o seu julgamento.

*Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12 - Art. 11. A tomada de contas especial deve ser encaminhada ao Tribunal de Contas da União em até cento e oitenta dias a contar do término do exercício financeiro em que foi instaurada.*

*Art. 14. O processo de tomada de contas especial deve ser constituído e encaminhado ao Tribunal de Contas da União em meio eletrônico, salvo impossibilidade devidamente justificada.*

*Resolução TCU nº 246, de 30/11/11 - Regimento Interno do TCU - Art. 197.*

*§ 2º Esgotadas todas as medidas ao alcance da autoridade administrativa e do órgão de controle interno, visando à apuração dos fatos irregulares, à perfeita identificação dos responsáveis e ao ressarcimento do erário, a tomada de contas especial será encaminhada ao Tribunal para julgamento, observado, quando couber, o art. 206.*

Na contrapartida sequenciada da primeira fase (que se resume em um procedimento sem rito previamente definido em lei e de índole inquisitorial e que visa tão somente ao ressarcimento amigável ao erário), esta fase externa da TCE, a cargo do Tribunal de Contas da União, decorre de que se, por acordo, não foi possível lograr o ressarcimento, o Estado, através daquela Corte, objetivará impô-lo por meio de formal julgamento, mediante rito legal e atendimento de garantias constitucionais. Conforme expressa a Lei nº 8.433, de 16/07/92, reportando-se exclusivamente a esta segunda fase, obrigatoriamente devem ser seguidos os princípios da ampla defesa e contraditório, visto que é na segunda fase que se firmará ou não a responsabilização e nela se dará o julgamento em caráter definitivo acerca da regularidade ou não das contas e da conduta do agente e com todos os ônus que esta decisão pode acarretar ao responsável (de natureza pecuniária, como multa, e outras formas de repercussão cível).

*Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 31. Em todas as etapas do processo de julgamento de contas será assegurado ao responsável ou interessado ampla defesa.*

O rito que ora se descreve para processo de TCE, com fases interna e externa, não é o único possível. Pode a Corte de Contas, após conhecimento de ato irregular causador de dano ao erário, formalizar de ofício processo de fiscalização de sua alçada e pode este processo ser convertido em TCE, sem necessidade de fase interna no órgão em que ocorreu o fato e de instrução nos termos estabelecidos no art. 10 da Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12.

É de se destacar que não há competência para a unidade de origem (no caso, a Secretaria da Receita Federal do Brasil) julgar a TCE, ou seja, para declarar se as contas do

responsável são regulares ou irregulares; tal competência é exclusiva do Tribunal de Contas da União. Diferentemente da instância disciplinar, não há a hipótese de a TCE ser julgada pela mesma autoridade que a instaurou. Uma vez instaurada a TCE e não tendo havido ressarcimento ou elisão do dano na fase interna, obrigatoriamente a autoridade administrativa remeterá o processo ao Tribunal de Contas da União, não cabendo àquela autoridade proferir julgamento. Mas advirta-se que a ausência de previsão legal para o órgão administrativo proceder a julgamento da TCE não interfere em seu dever de apurar a ocorrência do fato danoso, identificar o responsável, quantificar o dano e de esgotar todas as providências administrativas internas com vista ao ressarcimento ao erário ou, de outro lado, à elisão do dano. Somente na frustração destas tentativas deve a TCE ser remetida ao Tribunal de Contas da União que, na sua competência exclusiva, não só julgará se as contas são regulares ou irregulares mas também usará de maior poder coercitivo na busca do ressarcimento ao erário. O órgão onde ocorreu o fato danoso, por meio da autoridade ordenadora de despesas ou de sua projeção de controle interno, deve buscar ao máximo esgotar a questão em seu âmbito, atendendo ao entendimento emanado pelo próprio Tribunal de Contas da União de que esta Corte somente deve ser acionada residualmente, como se devesse ser vista como uma instância superior das contas dos administradores e demais responsáveis.

*Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 8º*

*§ 2º A tomada de contas especial prevista no caput deste artigo e em seu § 1º será, desde logo, encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento, se o dano causado ao erário for de valor igual ou superior à quantia para esse efeito fixada pelo Tribunal em cada ano civil, na forma estabelecida no seu regimento interno.*

A legislação de regência não determina prazo para conclusão da TCE (nem em sua fase interna e nem em sua fase externa, havendo prazo apenas para envio ao Tribunal de Contas da União) e é de se acrescentar que, por força do art. 37, § 5º e do art. 5º, XLV, ambos da CF, a responsabilização civil de reparar o dano é imprescritível e, não sendo punitiva, em caso de morte do responsável, pode ser estendida aos sucessores do agente responsabilizado, no limite do valor do patrimônio transferido. Se, por um lado, a jurisdição do Tribunal de Contas da União abrange os sucessores (conforme o art. 5º, IX da Lei nº 8.443, de 16/07/92), por outro lado, não havendo transferência de patrimônio, não se pode estender-lhes a responsabilidade pela reparação do dano.

À vista da possibilidade de longa demora até o julgamento da TCE, nada impede que o Tribunal de Contas da União provoque a Advocacia-Geral da União, a fim de que, por meio da Procuradoria-Geral da União, sejam tomadas medidas cautelares que evitem a diluição do patrimônio do responsável, para se resguardar o interesse público e o ressarcimento ao erário.

Na fase externa da TCE, de plano, pode o Tribunal de Contas da União arquivá-la, liminarmente, sem julgamento do mérito, quando verifica ausência de pressupostos para sua continuidade (dano ao erário causado por conduta culposa ou dolosa de responsável identificado) ou quando o valor do débito for inferior ao já mencionado limite de R\$ 75.000,00, como o mínimo para se prosseguir com cobrança do débito, mas sem cancelar o débito.

*Resolução TCU nº 246, de 30/11/11 - Regimento Interno do TCU - Art. 212. O Tribunal determinará o arquivamento do processo de prestação ou de tomada de contas, mesmo especial, sem julgamento do mérito, quando verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.*

*Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 93. A título de racionalização administrativa e economia processual, e com o objetivo de evitar que o custo da cobrança seja superior ao valor do ressarcimento, o Tribunal poderá determinar, desde logo, o arquivamento do processo, sem cancelamento do débito, a cujo pagamento continuará obrigado o devedor, para que lhe possa ser dada quitação.*

Prosseguindo, não sendo o caso do liminar arquivamento, ainda antes do julgamento, o Tribunal de Contas da União de imediato realiza exame preliminar de admissibilidade, com o objetivo meramente formal de verificar a integral instrução do processo, podendo determinar seu retorno à unidade de origem na hipótese de falta de elemento previsto no art. 10 da Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12, uma vez que a TCE deve chegar ao Tribunal devidamente instruída, ou seja, com os fatos precisamente apurados e os responsáveis identificados (conforme já aduzido, tais conclusões podem - e até costumam - advir de sindicância investigativa ou disciplinar ou de PAD antecedentes à TCE, cujo relatório vale como peça de instrução), bem como o débito quantificado, sob pena de o processo ser restituído à origem, para complementação.

*Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12 - Art. 13. Os processos de tomada de contas especial devem ser encaminhados ao Tribunal de Contas da União compostos das peças relacionadas no art. 10 desta Instrução Normativa.*

*§ 1º O processo de tomada de contas especial será devolvido pelo Tribunal de Contas da União à unidade de origem se não atendidas as condições previstas no caput.*

*§ 2º Em caso de restituição, a unidade jurisdicionada terá o prazo de trinta dias para sanear o processo e devolvê-lo ao Tribunal de Contas da União.*

Superada esta primeira avaliação, procede-se ao exame inicial, em que se analisam materialmente o fato gerador, a identificação do responsável e o nexos causal de sua conduta e o dano, e a correta apuração do débito.

Neste momento, o Tribunal de Contas da União pode valer-se de diligências (para solicitar esclarecimentos por escrito) ou de inspeções (para realizar exames *in loco*), com o fim de suprir omissões ou lacunas ou esclarecer dúvidas na instrução.

Estando o processo devidamente instruído e, por um lado, não havendo excepcionalmente nenhuma conduta infracional e sequer erros formais, desde já o Tribunal de Contas da União julgará as contas regulares, em decisão formalizada por acórdão.

*Instrução Normativa TCU nº 71, de 18/11/12 - Art. 16. A autoridade competente providenciará baixa da responsabilidade pelo débito se o Tribunal de Contas da União:*

*I - considerar elidida a responsabilidade pelo dano inicialmente imputada ao responsável;*

*II - considerar não comprovada a ocorrência de dano;*

*III - arquivar o processo por falta de pressupostos de instauração ou desenvolvimento regular;*

*IV - considerar ilíquidas as contas;*

*V - der quitação ao responsável pelo recolhimento do débito; ou*

*VI - arquivar a tomada de contas especial com fundamento no art. 7º, inciso II, desta Instrução Normativa.*

Mas, por outro lado, estando configurada nos autos a irregularidade nas contas, o Tribunal de Contas da União definirá a responsabilidade individual ou solidária e, se houver dano ao erário, como forma de garantir exercício dos direitos da ampla defesa e do contraditório, procederá à citação do responsável (que, conforme art. 22 da Lei nº 8.443, de 16/07/92, deve ser preferencialmente pessoal, ou secundariamente por via postal com aviso de recebimento; ou, em caso de responsável não localizado após duas tentativas, por meio de edital em DOU), para que, em quinze dias, apresente, por escrito, suas alegações de defesa ou recorra ao débito (que é o valor quantificado do dano ao erário, por exata verificação ou por estimativa), com atualização monetária e juros de mora. No caso de dano ou desaparecimento de bem, a base de cálculo pode ser o valor de mercado ou de aquisição no estado em que se encontrava, com os encargos legais.

Nos casos específicos em que há irregularidade nas contas mas não há dano ou o dano não é quantificável, também como forma de garantir o exercício da ampla defesa e do

contraditório, o Tribunal de Contas da União determinará audiência do responsável para que ele apresente, por escrito, também em quinze dias, suas razões de justificativa para a irregularidade. O não atendimento da citação ou da audiência no prazo importará na declaração de revelia e, como regra, no julgamento condenatório do responsável, com todos os demais ônus e gravames que daí possam decorrer.

*Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 12. Verificada irregularidade nas contas, o Relator ou o Tribunal:*

*I - definirá a responsabilidade individual ou solidária pelo ato de gestão inquinado;*

*II - se houver débito, ordenará a citação do responsável para, no prazo estabelecido no regimento interno, apresentar defesa ou recolher a quantia devida,*

*III - se não houver débito, determinará a audiência do responsável para, no prazo estabelecido no regimento interno, apresentar razões de justificativa; não resulte dano ao erário;*

*IV - adotará outras medidas cabíveis.*

*§ 3º O responsável que não atender à citação ou à audiência será considerado revel pelo Tribunal, para todos os efeitos, dando-se prosseguimento ao processo.*

*Art. 19.*

*Parágrafo único. Instaurada a tomada de contas especial e citados os responsáveis, não se lhe admitirá o arquivamento, ainda na hipótese de o valor apurado como débito ser inferior ao limite estabelecido no art. 6º desta Instrução Normativa.*

Apresentada a defesa, dá-se o exame complementar do processo. Se este exame detalhado de mérito indicar a existência de irregularidade nas contas e débito a ressarcir mas concluir pela boa-fé do responsável, inexistindo outras irregularidades, a defesa será rejeitada e o responsável será cientificado para, em quinze dias, recolher a importância devida. A liquidação tempestiva deste débito sanará o processo e o Tribunal de Contas da União julgará as contas regulares com ressalva e dará quitação ao responsável.

*Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 12.*

*§ 1º O responsável cuja defesa for rejeitada pelo Tribunal será cientificado para, em novo e improrrogável prazo estabelecido no regimento interno, recolher a importância devida.*

*§ 2º Reconhecida pelo Tribunal a boa-fé, a liquidação tempestiva do débito atualizado monetariamente sanará o processo, se não houver sido observada outra irregularidade nas contas.*

Por outro lado, não vislumbrando boa-fé do responsável ou havendo outras irregularidades, de imediato, o Tribunal de Contas da União julgará em definitivo o mérito pela irregularidade das contas, conforme determina o art. 202 do Regimento Interno da Corte, e cientificará o responsável para recolher, em quinze dias, o débito devido.

*Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 12.*

*§ 2º Reconhecida pelo Tribunal a boa-fé, a liquidação tempestiva do débito atualizado monetariamente sanará o processo, se não houver sido observada outra irregularidade nas contas.*

A *contrario sensu*, do ordenamento, extrai-se ainda a interpretação de que o recolhimento integral do débito, a não ser que reconhecida a boa-fé do responsável, não tem o condão de necessariamente modificar o julgamento de mérito pela irregularidade das contas.

Assim, em resumo, após o exame complementar e até o término do exercício seguinte àquele em que foram apresentadas, enfim, o Tribunal de Contas da União, em decisão formalizada por acórdão, julgará em primeira instância as contas:

- Regulares, quando a defesa ou as justificativas apresentadas convencerem da

inexistência de conduta infracional e de falhas formais, dando quitação plena ao responsável.

- Regulares com ressalvas, quando a defesa ou as justificativas apresentadas convencerem da inexistência de conduta infracional mas houver falha formal, de que não resulte dano ao erário ou quando a defesa é rejeitada mas se configura boa-fé do responsável, dando quitação ao responsável e determinando as correções formais;
- Irregulares, quando restar configurada alguma das seguintes condutas infracionais: omissão no dever de prestar contas; prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico; ou desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos. Nas duas últimas hipóteses, o Tribunal de Contas da União encaminhará cópia da documentação ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civil e penal;
- Iliquídáveis, quando caso fortuito ou força maior alheio à vontade do responsável torna impossível o julgamento em alguns dos três estágios acima, devendo serem trancadas as contas e arquivado o processo.

*Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 16. As contas serão julgadas:*

*I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;*

*II - regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao erário;*

*III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:*

*a) omissão no dever de prestar contas;*

*b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;*

*c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;*

*d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.*

*§ 3º Verificada a ocorrência prevista no parágrafo anterior deste artigo, o Tribunal providenciará a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.*

*Art. 20. As contas serão consideradas ilíquidáveis quando caso fortuito ou de força maior, comprovadamente alheio à vontade do responsável, tornar materialmente impossível o julgamento de mérito a que se refere o art. 16 desta lei.*

*Art. 21. O Tribunal ordenará o trancamento das contas que forem consideradas ilíquidáveis e o conseqüente arquivamento do processo.*

No caso de julgamento pela irregularidade das contas, o responsável será condenado em débito e mais uma vez notificado a, em quinze dias, pagar o valor devido. Havendo débito, este valor devido será a quantia monetariamente atualizada acrescida dos encargos legais, podendo ainda receber multa de até 100% deste valor, se comprovada a má-fé (conforme o art. 57 da Lei nº 8.433, de 16/07/92); não havendo débito, deverá pagar uma multa (conforme o art. 58, I da Lei nº 8.433, de 16/07/92). A decisão (acórdão) publicada em DOU tem eficácia de título executivo para fundamentar a ação de cobrança judicial, tornando líquida e certa a dívida decorrente do débito e/ou da multa. Este título tem natureza extrajudicial, idêntico à certidão de dívida ativa da Fazenda Pública (conforme art. 784, IX do CPC). Assim, expirado o prazo legal de quinze dias após a notificação sem recolhimento por parte do responsável, o Tribunal de Contas da União poderá determinar o desconto integral ou parcelado da dívida na remuneração do responsável; ou poderá formalizar processo de cobrança executiva, encaminhado ao Ministério Público Federal junto ao próprio Tribunal para, por meio da

Procuradoria-Geral da União (órgão da estrutura da Advocacia-Geral da União, competente para representar judicialmente a União neste processo no qual se encerra litígio de natureza civil), promover a cobrança judicial da dívida; e comunicará à autoridade ordenadora de despesas o julgamento pela irregularidade das contas, a fim de que aquela providencie a inclusão do nome do responsável no Cadin, caso já não estivesse incluído.

*Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 19. Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 desta lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução.*

*Parágrafo único. Não havendo débito, mas comprovada qualquer das ocorrências previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do inciso III, do art. 16, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso I do art. 58, desta lei.*

*Art. 23. A decisão definitiva será formalizada nos termos estabelecidos no regimento interno, por acórdão, cuja publicação no Diário Oficial da União constituirá:*

*I - no caso de contas regulares, certificado de quitação plena do responsável para com o erário;*

*II - no caso de contas regulares com ressalva, certificado de quitação com determinação, nos termos do art. 18 desta lei;*

*III - no caso de contas irregulares:*

*a) obrigação de o responsável, no prazo estabelecido no regimento interno, comprovar perante o Tribunal que recolheu aos cofres públicos a quantia correspondente ao débito que lhe tiver sido imputado ou da multa cominada, na forma prevista nos arts. 19 e 57 desta lei;*

*b) título executivo bastante para cobrança judicial da dívida decorrente do débito ou da multa, se não recolhida no prazo pelo responsável;*

*c) fundamento para que a autoridade competente proceda à efetivação das sanções previstas nos arts. 60 e 61 desta lei.*

*Art. 24. A decisão do Tribunal, de que resulte imputação de débito ou cominação de multa, torna a dívida líquida e certa e tem eficácia de título executivo, nos termos da alínea “b” do inciso III do art. 23 desta lei.*

*Art. 25. O responsável será notificado para, no prazo estabelecido no regimento interno, efetuar e comprovar o recolhimento da dívida a que se refere o art. 19 e seu parágrafo único desta lei.*

*Art. 28. Expirado o prazo a que se refere o caput do art. 25 desta lei, sem manifestação do responsável, o Tribunal poderá:*

*I - determinar o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos do responsável, observados os limites previstos na legislação pertinente; ou*

*II - autorizar a cobrança judicial da dívida por intermédio do Ministério Público junto ao Tribunal, na forma prevista no inciso III do art. 81 desta lei.*

Além destas consequências, outras sanções podem ser aplicadas em decorrência do julgamento das contas como irregulares, tais como a declaração de inidoneidade para o particular infrator licitar ou contratar com a Administração, a declaração de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, a solicitação de arresto de bens para garantir o ressarcimento ao erário e o encaminhamento de notícia ao Ministério Público Eleitoral a fim da declaração da inelegibilidade do responsável.

*Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.*

*Art. 60. Sem prejuízo das sanções previstas na seção anterior e das penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades*

*constatadas pelo Tribunal de Contas da União, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.*

*Art. 61. O Tribunal poderá, por intermédio do Ministério Público, solicitar à Advocacia-Geral da União ou, conforme o caso, aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, devendo ser ouvido quanto à liberação dos bens arrestados e sua restituição.*

*Art. 91. Para a finalidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea “g” e no art. 3º, ambos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, o Tribunal enviará ao Ministério Público Eleitoral, em tempo hábil, o nome dos responsáveis cujas contas houverem sido julgadas irregulares nos cinco anos imediatamente anteriores à realização de cada eleição.*

A partir da decisão condenatória em primeira instância, cabem ainda: recurso de reconsideração, apresentado em até quinze dias; embargos de declaração, em até dez dias; e recurso de revisão, em até cinco anos.

*Lei nº 8.443, de 16/07/92 - Art. 32. De decisão proferida em processo de tomada ou prestação de contas cabem recursos de:*

*I - reconsideração;*

*II - embargos de declaração;*

*III - revisão.*

Por fim, informa-se que, no sítio eletrônico do Tribunal de Contas da União (no *link* “Tomada de Contas Especial”) e no sítio eletrônico da CGU (no *link* “Auditoria e fiscalização/Auditoria das Tomadas de Contas Especial/Manual de TCE”), encontram-se disponibilizados, respectivamente, o Manual de Instrução de Processos de Tomada de Contas Especial e o Manual de Análise e Instrução de Tomada de Contas Especial, cujas leituras se recomendam caso se necessite de maior aprofundamento no tema.

## ANEXO IV - ASSÉDIO MORAL E ASSÉDIO SEXUAL

De acordo com os mais conceituados lexicologistas, os termos “assediar” e “assédio” referem-se a condutas que visam a importunar ou constranger alguém, seja psicologicamente, seja fisicamente, mas, decerto, com insistência.

*“Assediar: Perseguir com insistência (...) Importunar, molestar, com perguntas ou pretensões insistentes.”, Aurélio Buarque de Hollanda, “Novo Dicionário Eletrônico Aurélio”, Editora Positivo, versão 5.0.40, 2004*

*“Assédio: Insistência impertinente, perseguição, sugestão ou pretensão constantes em relação a alguém.”, Antônio Houaiss, “Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa”, Editora Objetiva, versão 1.0, 2001*

Como reflexo do contexto atual das relações sociais e sobretudo das relações de trabalho, mais especificamente, duas espécies de assédio se destacam: o assédio moral e o assédio sexual. Introdutoriamente, se diferencia que, enquanto no primeiro, o agente visa a agredir a dignidade psíquica da vítima, no segundo, é a liberdade sexual que é ofendida.

Ambas espécies de assédio podem se materializar em qualquer esfera de relação humana - no ambiente familiar, escolar, acadêmico, profissional, religioso, etc -, mas é nas relações de trabalho que os temas assumem maior relevância e, conseqüentemente, com maior frequência, provocam o Direito. E, embora se reconheçam inúmeras e significativas peculiaridades entre o vínculo estatutário do servidor com a Administração e a relação trabalhista privada entre empregado e empregador (para a qual são mais aprofundadas e precipuamente se voltam as fontes doutrinária e jurisprudencial, que, a seguir, foram empregadas como referências), também se faz necessário inserir os temas daquelas duas espécies de assédio laboral na esfera pública e, conseqüentemente, no regime disciplinar.

### 1 - ASSÉDIO MORAL

#### 1.1 - Conceituação de Assédio Moral

Pela natureza extremamente competitiva e globalizada da economia mundial, dos setores produtivos e das relações de trabalho, o assédio moral é um fenômeno que se manifesta mundo afora e tem sido objeto de atenção de estudiosos de diversas áreas do conhecimento humano (jurídica, médica, psicológica, sociológica, etc), sendo também registrado na literatura especializada como terror psicológico, *mobbing*, *emotional abuse or mistreatment*, *moral harassment*, *bullying*, *harcèlement moral*, *acoso moral*, dentre outras variações.

No Brasil, na ausência de lei de âmbito federal que defina assédio moral, assumem destaque os esforços doutrinários e jurisprudenciais com este fim. A leitura da literatura especializada e dos julgados existentes sobre o tema permite compreender que o assédio moral é hoje considerado pelos autores, estudiosos e magistrados como uma conduta prolongada no tempo, de forma reiterada ou sistematizada, de atitudes humilhantes, difamatórias ou constrangedoras contra subordinado, contra superior hierárquico ou contra colega de trabalho, desqualificando a vítima como pessoa e como trabalhadora e isolando-a do convívio, com o objetivo definido de atingir sua autoestima e a sua confiança, a ponto de fazê-la duvidar de sua própria integridade psicológica e de forçar sua saída do local de trabalho.

*TRT da 3ª Região, Recurso Ordinário nº 01361.2007.134.03.00.7: “Ementa: O assédio moral pode ser definido no local de trabalho como conduta abusiva, de natureza psicológica, exercida por uma ou mais pessoas sobre um colega, subordinado ou não, que atenta contra a dignidade psíquica deste, de forma reiterada, com o objetivo de comprometer seu equilíbrio emocional. O ilícito*

*praticado pode estar afeto, como no caso dos autos, à intimidação na execução do trabalho, o qual ocorre quando se verifica atitudes inadequadas à real condição laborativa do empregado que precisa se reabilitar para o trabalho, cujo efeito é prejudicar a atuação da vítima, por criar uma situação que lhe é hostil. Comprovada tal conduta imprópria e abusiva, o dever de indenizar a vítima é medida que se impõe”.*

*“(…) assédio moral é a deliberada degradação das condições de trabalho através do estabelecimento de comunicações não éticas (abusivas) que se caracterizam pela repetição por longo tempo de duração de um comportamento hostil que um superior ou colega(s) desenvolve(m) contra um indivíduo que apresenta, como reação, um quadro de miséria física, psicológica e social duradoura.”, Heinz Leimann, “The Mobbing Enciclopaedia; file 12100e”, citado por Rosana Santos Pessoa, “Assédio Moral nas Relações de Trabalho e o Sistema Jurídico Brasileiro”, disponível em <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=14520> &p=1, acesso em 17/09/10*

*“O assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.”, Marie-France Hirigoyen, “Mal-Estar no Trabalho: Redefinindo o Assédio Moral”, pg. 17, Editora Bertrand Brasil, 2ª edição, 2005*

*“É a exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aéicas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego.”, Margarida Maria Silveira Barreto, “Uma Jornada de Humilhações”, Dissertação de Mestrado em Psicologia Social na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2000, citado por Rodrigo Cristiano Molon, “Assédio Moral no Ambiente de Trabalho e a Responsabilidade Civil”, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6173> &p=1, acesso em 17/09/10*

*“(…) daquelas atitudes humilhantes, repetidas, aparentemente despropositadas, insignificantes, sem sentido, mas que ocorrem com uma frequência predeterminada, que vão desde o olhar carregado de ódio, o desprezo e a indiferença, passa pelo desprestígio profissional, por descomposturas desarrazoadas e injustas, tratamento vexatório, gestos obscenos, palavras indecorosas, culminando com o isolamento e daí descambando para a fase do terror total, com a destruição psíquica, emocional e existencial da vítima.*

*(…) todos aqueles atos comissivos ou omissivos, atitudes, gestos e comportamentos do patrão, da direção da empresa, de gerente, chefe, superior hierárquico ou dos colegas, que traduzem uma atitude de contínua e ostensiva perseguição que possa acarretar danos relevantes às condições físicas, psíquicas, morais e existenciais da vítima.”, Márcia Novaes Guedes, “Terror Psicológico no Trabalho”, pgs. 23 e 32, Editora LTr, 2ª edição, 2005*

*“Com efeito, identifica-se por qualquer ato que viole a dignidade do trabalhador, atitudes humilhantes que vão desde o isolamento, passa pela desqualificação profissional e acaba no terrorismo visando a destruição psicológica da vítima. As razões de natureza pessoal podem ser a inveja que um colega desperta em outro, ou o modo como um chefe esconde sua limitação intelectual ou profissional, ou aquela em que a empresa desencadeia e acredita nesse tipo de perversão como modo de aumentar a produtividade, ou mesmo para se livrar de empregados incômodos.”, Rodrigo Cristiano Molon, “Assédio Moral no Ambiente de Trabalho e a Responsabilidade Civil”, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6173> &p=1, acesso em 17/09/10*

*“Já o assédio moral (mobbing, bullying, harcèlement moral ou, ainda, manipulação perversa, terrorismo psicológico) caracteriza-se por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções.*

*(...) o próprio conceito de assédio moral dispõe que a finalidade maior de tais condutas é a exclusão da pessoa do ambiente de trabalho, de modo que se expõe a vítima a situações de desigualdade propositalmente e, o que é mais importante, sem motivo legítimo. (...)*

*Um dos elementos essenciais para a caracterização do assédio moral no ambiente de trabalho é a reiteração da conduta ofensiva ou humilhante, uma vez que, sendo este fenômeno de natureza psicológica, não há de ser um ato esporádico capaz de trazer lesões psíquicas à vítima.”, Sônia Mascaro Nascimento, “O Assédio Moral no Trabalho”, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5433&p=1>, acesso em 17/09/10*

Os trabalhos publicados sobre o tema reiteram como ferramentas da conduta de assédio moral o tratamento pessoal hostil, a recusa de comunicação direta, a disseminação de mentiras, boatos e calúnias tanto sobre a performance profissional quanto sobre a vida privada, as críticas injustificadas à qualidade do trabalho, as ofensas à vida privada, a indução ao erro atribuindo tarefas além da capacidade ou sem prover as necessárias condições de realização, a atribuição de tarefas irrelevantes ou abaixo da capacidade intelectual, a exposição a situações humilhantes, ridicularizantes, vexaminosas e constrangedoras, o incentivo a rivalidades, a atribuição de culpa por problemas no trabalho, a apropriação de créditos ou de ideias de trabalho, as transferências frequentes de local de trabalho, o isolamento do grupo e a ociosidade decorrente de não atribuição de tarefas, dentre outras.

*“Abaixo está uma lista de atitudes hostis empregada pelos assediadores: 1. Deterioração proposital das condições de trabalho: Retirar da vítima autonomia; Não lhe transmitir mais as informações úteis para a realização de tarefas; Contestar sistematicamente todas as suas decisões; Criticar seu trabalho de forma injusta ou exagerada; Privá-la do acesso aos instrumentos de trabalho: telefone, fax, computador; Retirar o trabalho que normalmente lhe compete; Dar-lhe permanentemente novas tarefas; Atribuir-lhe proposital e sistematicamente tarefas inferiores às suas competências; Atribuir-lhe proposital e sistematicamente tarefas superiores às suas competências; Pressioná-la para que não faça valer seus direitos (férias, horários, prêmios); Agir de modo a impedir que obtenha promoção; Atribuir à vítima, contra a vontade dela, trabalhos perigosos; Atribuir à vítima tarefas incompatíveis com sua saúde; Causar danos em seu local de trabalho; Dar-lhe deliberadamente instruções impossíveis de executar; Não levar em conta recomendações de ordem médica indicada pelo médico do trabalho; Induzir a vítima ao erro; 2. Isolamento e recusa de comunicação: A vítima é interrompida constantemente; Superiores hierárquicos ou colegas não dialogam com a vítima; A comunicação com ela é unicamente por escrito; Recusam todo o contato com ela, mesmo o visual; É posta separada dos outros; Ignoram sua presença, dirigindo-se apenas aos outros; Proíbem os colegas de lhe falar; Já não a deixam falar com ninguém; A direção recusa qualquer pedido de entrevista; 3. Atentado contra a dignidade: Utilizam insinuações desdenhosas para qualificá-la; Fazem gestos de desprezo diante dela (suspiros, olhares desdenhosos, levantar de ombros...); É desacreditada diante dos colegas, superiores ou subordinados; Espalham rumores a seu respeito; Atribuem-lhe problemas psicológicos (dizem que é doente mental); Zombam de suas deficiências físicas ou de seu aspecto físico; É imitada ou caricaturada; Criticam sua vida privada; Zombam de suas origens ou nacionalidade; Implicam com suas crenças*

*religiosas ou convicções políticas; Atribuem-lhe tarefas humilhantes; É injuriada com termos obscenos ou degradantes; 4. Violência verbal, física ou sexual: Ameaças de violência física; Agridem-na fisicamente, mesmo que de leve, é empurrada, fecham-lhe a porta na cara; Falam com ela aos gritos; Invadem sua vida privada com ligações telefônicas ou cartas; Seguem-na na rua, é espionada diante do domicílio; Fazem estragos em seu automóvel; É assediada ou agredida sexualmente (gestos ou propostas); Não levam em conta seus problemas de saúde.”, Marie-France Hirigoyen, “Mal-Estar no Trabalho: Redefinindo o Assédio Moral”, pg. 108, Editora Bertrand Brasil, 2ª edição, 2005, citado por Rodrigo Cristiano Molon, “Assédio Moral no Ambiente de Trabalho e a Responsabilidade Civil”, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6173&p=1>, acesso em 17/09/10*

Em síntese, o assédio moral é uma conduta dolosa de agressão psicológica, executada de forma reiterada e sistemática e com a finalidade de excluir a vítima do ambiente de trabalho.

*TRT da 3ª Região, Recurso Ordinário nº 01281.2007.103.03.00.3: “Ementa: O assédio moral se configura quando uma pessoa ou grupo de pessoas exerce violência psicológica sobre um determinado empregado. Essa violência psicológica se dá de forma premeditada, sistemática, prolongada no tempo, e tem como objetivo desestruturar a vítima, para fazer com que ela procure meios de se afastar do emprego voluntariamente, seja através de pedido de demissão, transferência, remoção, ou aposentadoria precoce, dentre outros.”*

*“O mobbing visa dominar e destruir psicologicamente a vítima, afastando-a do mundo do trabalho. Nesse sentido é um projeto individual de destruição microscópica, (...) tudo para ver a vítima imobilizada, corrompida moralmente no seu próprio ambiente do trabalho.”, Márcia Novaes Guedes, “Assédio Moral e Responsabilidade das Organizações com os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores”, Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região (Amatra II), pg. 38, 2003, disponível em [http://www.assediomoral.org/IMG/pdf/GUEDES\\_M.N.\\_Assedio\\_moral\\_e\\_responsabilidade.pdf](http://www.assediomoral.org/IMG/pdf/GUEDES_M.N._Assedio_moral_e_responsabilidade.pdf), acesso em 17/09/10*

Acrescente-se que os especialistas no tema assentam que a conduta de assédio moral, nos termos acima definidos, tem o condão de atuar tão fortemente no ambiente de trabalho e na dignidade e na integridade física e emocional da vítima que, comumente, esta apresenta sérios distúrbios físicos e emocionais.

*TRT da 17ª Região, Acórdão nº 9.029/2002: “Ementa: A humilhação repetitiva e de longa duração interfere na vida do assediado de modo direto, comprometendo sua identidade, dignidade e relações afetivas e sociais, ocasionando graves danos à saúde física e mental, que podem evoluir para a incapacidade laborativa, desemprego ou mesmo a morte, constituindo um risco invisível, porém concreto, nas relações e condições de trabalho.”*

*“Se o assédio moral é capaz de transformar o ambiente de trabalho em um meio hostil, humilhante, intimidatório, e, portanto, desequilibrado, não se discute a sua capacidade de influir negativamente na higidez física e mental do trabalhador. As consequências são de tal forma lesivas que já existe, até mesmo, um quadro sintomatológico apresentado pelas vítimas, intensificados a medida em que aumenta a durabilidade e a crueldade das condutas.*

*Tratando do tema sintomatologia, expõe Marie-France Hirigoyen:*

*‘Esta sintomatologia é tão específica, que é possível para um clínico dotado de uma boa experiência nesse tipo de situação perceber o assédio moral unicamente a partir de suas consequências sobre a saúde das pessoas e assim distinguir as queixas abusivas’.*

*Estresse, ansiedade, depressão, distúrbios psicossomáticos são alguns dos problemas enfrentados pelas vítimas de assédio moral. A forma como cada um os manifesta varia de pessoa para pessoa. Discorrendo, ainda, sobre os*

*distúrbios psicossomáticos, Marie-France Hirigoyen expõe que: 'O desenvolvimento dos distúrbios psicossomáticos é impressionante e grave, e de crescimento rápido. Acontece sob a forma de emagrecimentos intensos ou então rápidos aumentos de peso (quinze a vinte quilos em alguns meses), distúrbios endocrinológicos (problemas de tireóides, estômagos [...] crises de hipertensão arterial incontroláveis, mesmo sob tratamento, indisposições, vertigens, doenças de pele etc'.”, Rosana Santos Pessoa, “Assédio Moral nas Relações de Trabalho e o Sistema Jurídico Brasileiro”, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14520&p=2>, acesso em 17/09/10*

## 1.2 - Classificação de Assédio Moral

Em função do(s) assediado(s) e do(s) assediador(es), o assédio moral pode ser classificado como vertical descendente, vertical ascendente, horizontal ou misto. Grosso modo, nas modalidades verticais, há vinculação hierárquica ou subordinação entre autor(es) e vítima(s); na modalidade horizontal, o assédio moral é exercido por próprios colegas de trabalho da vítima; e, na modalidade mista, somam-se as características das modalidades vertical e horizontal.

O assédio moral vertical descendente é a espécie mais frequente do fenômeno e se caracteriza pela conduta praticada pelo superior hierárquico (empregador ou chefe ou preposto, em sentido amplo) sobre o empregado subordinado. Em geral, além de fatores anímicos do agente (como, por exemplo, aspectos perversos de personalidade ou intenção de ocultar suas lacunas e incapacidades técnico-gerenciais por opressão), a conduta decorre de ambiente de trabalho extremamente competitivo em que, por submissão apenas às lógicas de mercado, se buscam incessantemente metas de produção e lucro, com administração autoritária e impositiva do medo e da insegurança ao corpo funcional em relação a desemprego. Também é usado como estratégia empresarial para forçar o empregado a se afastar de seu posto de trabalho sem ter de arcar com despesas indenizatórias, seja por meio de sucessivas e longas licenças por motivo de saúde, seja antecipando pedido de aposentadoria e, ainda, em casos mais agudos, forçando o empregado a pedir a própria dispensa ou levando-o a ato de insubordinação grave contra os detratores que lhe acarrete dispensa por justa causa. Estes casos podem ainda ser agravados com a cumplicidade dos demais empregados em relação às práticas opressoras do superior contra o assediado, como forma de autodefesa e sobrevivência do grupo, aumentando ainda mais a insegurança da vítima.

O assédio moral vertical ascendente é a espécie menos frequente do fenômeno, mas não rara, conforme sustenta a doutrina especializada. Caracteriza-se pela conduta praticada pelo empregado subordinado, ou por um grupo deles, contra o empregador ou chefe ou preposto. Pode ocorrer em ambientes de reestruturação organizacional, em que o novo chefe encontra ambiente hostil, ou em situações em que o(s) subordinado(s) não credita(m) confiabilidade ou competência ao superior hierárquico para desempenhar a função de chefia ou não acata(m) seus métodos de trabalhos e este não consegue se impor diante do(s) subordinado(s).

*TRT da 4ª Região, Recurso Ordinário nº 0000571-38.2010.5.04.0404: “Acórdão: (...) Diversamente do que reputou o Juízo de origem, tem-se que para a configuração do assédio moral a circunstância de a pessoa agredida ser subordinada hierarquicamente à agressora não se constitui em condição sine qua non. Com efeito, embora no mais das vezes o assédio moral, em termos de número de casos concretos, geralmente se apresente com a característica de verticalidade hierárquica - assim entendida a hipótese em que o agressor se vale de sua condição mais privilegiada dentro do organograma da empresa, para pressionar, humilhar, constranger ou aproveitar-se de alguma forma do subordinado -, isto não implica em que não possa se afigurar em situações tais*

*como a presente, em que a agressão parte de uma subordinada, mas a empresa não toma atitude no sentido de preservar a funcionária agredida, ocupante de cargo de chefia, determinando que a funcionária agressora cesse com seu comportamento insidioso. Realmente, a prova carreada aos autos permite concluir que a autora se constituiu em vítima desamparada da agressão e das falácias da colega, a qual não ficou satisfeita com a promoção obtida por ela, passando a agredi-la e caluniá-la. (...)*”

O assédio moral horizontal se caracteriza pela conduta agressiva exercida por colega da própria vítima, também podendo ser cometido individualmente por apenas um agressor ou por um grupo. Este comportamento pode advir tanto de questões pessoais (intolerâncias ou preconceitos em função de sexo, raça, origem, orientação sexual, idade, religião, convicção política, estado civil, aparência física, estado de saúde, introspecção, etc) quanto da estrutura organizacional do trabalho (ambiente fortemente competitivo, que leva à inveja, ciúme e rivalidade contra aquele com quem se disputa determinada projeção ou promoção no trabalho ou contra aquele que mais produz ou que melhor se adequa às funções ou simplesmente que melhor se relaciona com a chefia). Este comportamento horizontal pode ser agravado se contar com a complacência do empregador ou chefia, seja por mera omissão, seja como forma de manipular, indiretamente por segregação, a maior produtividade.

A hipótese mais grave do assédio moral é a modalidade mista, em que a vítima sofre opressões tanto do empregador ou da chefia como também de colegas de trabalho. A superposição dos respectivos efeitos maléficis, segundo a doutrina especializada, leva mais rapidamente a vítima ao quadro de total incapacitação.

*“A vítima escolhida é isolada do grupo sem explicações, passando a ser hostilizada, ridicularizada, inferiorizada, culpabilizada e desacreditada diante dos pares. Estes, por medo do desemprego e a vergonha de serem também humilhados associado ao estímulo constante à competitividade, rompem os laços afetivos com a vítima e, frequentemente, reproduzem e reatualizam ações e atos do agressor no ambiente de trabalho, instaurando o ‘pacto da tolerância e do silêncio’ no coletivo, enquanto a vítima vai gradativamente se desestabilizando e fragilizando, ‘perdendo’ sua auto-estima.”, Margarida Maria Silveira Barreto, “Uma Jornada de Humilhações”, Dissertação de Mestrado em Psicologia Social na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2000, citado por Rodrigo Cristiano Molon, “Assédio Moral no Ambiente de Trabalho e a Responsabilidade Civil”, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6173&p=1>, acesso em 17/09/10*

### **1.3 - Exclusões do Conceito de Assédio Moral**

Pelas definições doutrinárias e jurisprudenciais acima, depreende-se que a configuração do assédio moral requer a regularidade, a sistematização e a premeditação da conduta dolosa segregacionista que visa à aniquilação psicológica da vítima, de forma que condutas isoladas ou pontuais, ainda que maléficis e até potenciais causadoras de algum dano moral, não caracterizam a figura jurídica em apreço. Também não condizem com a restrita definição de assédio moral, dentre outras, más condições de trabalho ou situações de risco inerentes à atividade, exigências de cumprimento de metas, emprego gerencial de avaliações, conflitos no trabalho, excesso de carga de trabalho e ferramentas de gestão e gerência de pessoal em geral. Ademais, diante de reclames de supostas condutas de assédio moral, faz-se necessário ao aplicador do Direito atentar para a possibilidade de tais denúncias, na verdade, tentarem encobrir inconformismos com a devida exigência de dedicação ao trabalho e para a existência de pessoas com mania de perseguição ou ainda, no extremo oposto, que agem de forma mal-intencionada para prejudicar um suposto e inexistente agressor.

A imputação a alguém de cometimento de assédio moral requer a comprovação nos autos, por meios de prova juridicamente válidos, da existência dos elementos configuradores

daquele ilícito. Em outras palavras, faz-se necessário provar nos autos a efetiva ocorrência de assédio moral.

*TRT da 3ª Região, Recurso Ordinário nº 01292.2003.057.03.00.3: “Ementa: (...) Esse comportamento [assédio moral] ocorre não só entre chefes e subordinados, mas também na via contrária, e entre colegas de trabalho com vários objetivos, entre eles o de forçar a demissão da vítima, o seu pedido de aposentadoria precoce, uma licença para tratamento de saúde, uma remoção ou transferência. Não se confunde com outros conflitos que são esporádicos ou mesmo com más condições de trabalho, pois o assédio moral pressupõe o comportamento (ação ou omissão) por um período prolongado, premeditado, que desestabiliza psicologicamente a vítima. Se a hipótese dos autos revela violência psicológica intensa sobre o empregado, prolongada no tempo, que acabou por ocasionar, intencionalmente, dano psíquico (depressão e síndrome do pânico), marginalizando-o no ambiente de trabalho, procede a indenização por dano moral advindo do assédio em questão.”*

*TRT da 3ª Região, Recurso Ordinário nº 01602.2007.108.03.00.1: “Ementa: O assédio moral no trabalho tem sido caracterizado como ‘uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integralidade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho (...)’ (Nascimento, Sônia A. C. Mascaro). Para caracterização da figura é necessário, portanto, que as humilhações sejam sistemáticas e frequentes, perdurando por um tempo prolongado, não se confundindo com conflitos meramente esporádicos, aborrecimentos passageiros ou lídima atuação de natureza exclusivamente profissional por parte de superior hierárquico no cumprimento das normas da empresa, como in casu.”*

*TRF da 4ª Região, Apelação Cível nº 0021786-21.2005.404.7100: “Ementa: 1. Convencionou-se chamar de assédio moral o conjunto de práticas humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas, às quais são submetidos os trabalhadores no exercício de suas funções, usualmente quando há relação hierárquica, em que predominam condutas que ferem a dignidade humana, a fim de desestabilizar a vítima em seu ambiente de trabalho. 2. A prova colhida é muito contundente no sentido de que o autor é um servidor problemático, que dorme em serviço, que se ausenta do setor sem comunicação ao superior, que não aceita receber ordens e que tumultua o setor no qual está lotado, razão pela qual a não atribuição de atividades não configura o assédio moral. 3. O direito de indenização por assédio moral cometido contra servidor somente pode ser reconhecido quando houver prova efetiva da ocorrência do dano e da ofensa, que não estão comprovados no processo em tela.”*

*TRF da 2ª Região: Apelação Cível nº 382783: “Ementa: I. O assédio moral decorre do abuso cometido contra o subordinado pelo superior hierárquico que, excedendo os poderes que lhe foram atribuídos, dispensa ao servidor tratamento incompatível com a dignidade do último, impondo-lhe rigor excessivo ou constrangimentos alheios aos interesses da Administração. Trata-se, com efeito, de ato ilícito, a justificar a compensação pecuniária, quando, da sua prática, advier abalo psíquico - é dizer, dano moral - para a vítima. II. A solução da lide, inevitavelmente, vincula-se ao exame da situação fática, devendo-se determinar de modo preciso o tratamento dispensado à servidora. III. O assédio moral traduz-se na reiteração do tratamento ofensivo à dignidade do subordinado. Interferência no exercício das atribuições funcionais do servidor não tem o condão de caracterizar abuso de poder do superior hierárquico.”*

*“O assédio moral não se confunde com estresse, conflito profissional, excesso de trabalho, exigências no cumprimento de metas, falta de segurança, trabalho*

*em situação de risco ou ergonomicamente desfavorável. Tudo isso não é assédio moral. (...)*

*É preciso levar em conta o fato de algumas pessoas poderem se acomodar no papel de vítimas. Neste caso, não procuram encontrar uma saída para sua situação crítica, pois ela lhes confere uma identidade e pretexto de se queixar. Esta posição de vítima permanente deu um sentido a sua crise existencial, e, para manter esta forma de vida, terão que perseguir continuamente seu agressor, a fim de obter uma reparação, que se revelará insuficiente.”, Marie-France Hirigoyen, “Mal-Estar no Trabalho: Redefinindo o Assédio Moral”, pgs. 19 e 62, Editora Bertrand Brasil, 2ª edição, 2005*

*“Não é, porém, toda agressão à intimidade do trabalhador que pode ser definida como mobbing. É preciso, portanto, distinguir o que é e o que não é mobbing. A violação ocasional da intimidade, particularmente verificada na revista pessoal, ainda não é mobbing.”, Márcia Novaes Guedes, “Terror Psicológico no Trabalho”, pg. 33, Editora LTr, 2ª edição, 2005*

*“Portanto, para que a conduta seja qualificada como assédio moral é necessário o preenchimento de requisitos, i.e., a conduta abusiva deve atentar, reiteradamente, contra a dignidade psíquica do indivíduo, visando a exclusão do trabalhador do ambiente laboral. Os atos isolados que configurem ofensa à dignidade da vítima não são atos caracterizados como assédio moral.”, Rosana Santos Pessoa, “Assédio Moral nas Relações de Trabalho e o Sistema Jurídico Brasileiro”, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14520&p=2>, acesso em 17/09/10*

*“Por vezes, fala-se em assédio quando o trabalhador é pressionado pelo tempo a realizar alguma tarefa ou meta, associando-se tal termo conjunto com o estresse. Neste caso não se configura assédio por não haver uma característica fundamental: a frequência do ato. (...)*

*Em tal fenômeno, constata-se que a violência isolada não é verdadeiramente grave, o efeito destrutivo está nos microtraumatismos frequentes, repetidos e incessantes sob a vítima em um certo lapso de tempo.”, Rodrigo Cristiano Molon, “Assédio Moral no Ambiente de Trabalho e a Responsabilidade Civil”, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6173&p=1>, acesso em 17/09/10*

*“Primeiramente, devemos ter em foco que o assédio moral não se caracteriza por eventuais ofensas ou atitudes levianas isoladas por parte do superior. Muito mais do que isto, o assédio moral somente estará presente quando a conduta ofensiva estiver revestida de continuidade e por tempo prolongado, de forma que desponte como um verdadeiro modus vivendi do assediador em relação à vítima, caracterizando um processo específico de agressões psicológicas. Deve estar caracterizada a habitualidade da conduta ofensiva dirigida à vítima, caracterizando um processo específico de agressões psicológicas. Caso contrário, teremos meras ofensas esparsas, mas que não possuem o potencial evidenciador do assédio moral.(...)*

*Contudo, quando falamos de assédio moral, estamos nos referindo a uma situação muito mais complexa, caracterizada por um conjunto de ações habituais que possuem o intento de minar a vítima, descompensando-a, fragilizando-a desestabilizando-a e desqualificando-a perante seu ambiente de trabalho e sua vida pessoal, até que ela não tenha mais forças para lutar e se veja obrigada a pedir demissão ou motive uma demissão por parte da empresa.”, Jorge Luiz de Oliveira da Silva, “Assédio Moral no Ambiente de Trabalho”, pg. 15, Editora e Livraria Jurídica, 1ª edição, 2005*

#### **1.4 - Relação entre Assédio Moral e Dano Moral**

Apresentada a abordagem inicial sobre a conceituação formal da conduta ilícita e de exclusões a este conceito, é de se afirmar que o assédio moral não deve ser confundido com o

dano moral, não obstante haver forte correlação entre estes dois conceitos. Em contrapartida à definição acima apresentada de assédio moral, tem-se que o dano moral, em gênero, é o resultado causado na vítima em decorrência de qualquer tipo de lesão (não necessariamente por assédio moral) a bens jurídicos tutelados de natureza não patrimonial, como os direitos de cunho personalíssimo e os valores mais íntimos da pessoa, em que se incluem sua dignidade, privacidade, honra e imagem, - tal lesão, em síntese, pode ser chamada de lesão do direito de personalidade. O ordenamento pátrio protege aquele conjunto reservadíssimo de valores não materiais da pessoa, desde as garantias fundamentais do art. 5º, V e X da CF até o art. 186 do CC, assegurando à vítima o direito à indenização ao dano moral.

Até o presente ponto, propositalmente, caminhou-se com cautela na difícil tentativa de conceituar assédio moral. A leitura atenta das diversas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais até então apresentadas não deixa dúvida do caráter restritivo deste ilícito, que não se configura com qualquer animosidade corriqueira, impondo os especialistas, de forma consentânea, a existência, em síntese, de três elementos formadores do assédio moral: a natureza psicológica das agressões, o caráter reiterado e sistemático da conduta e o fim específico de minar a vítima, até levar à sua exclusão do posto de trabalho. Se, somente até este ponto, já se tem uma definição formal de assédio moral bastante rígida, acrescenta-se ainda que existe entre autores e magistrados uma divergência acerca da necessidade ou não de um quarto pré-requisito para a configuração do ilícito: a ocorrência de um elevado e específico dano moral, qual seja, de natureza psíquica, na vítima. Ao mesmo tempo em que se verificam passagens doutrinárias e julgados acima que mencionam apenas aqueles três elementos, também se verificam manifestações daquelas fontes que mencionam a ocorrência de dano psíquico como pré-requisito.

A propósito, além de manifestações expressamente favoráveis a uma ou a outra modelação teórica do assédio moral, verificam-se diversas passagens doutrinárias e jurisprudências acima reproduzidas que, embora não mencionem expressamente o dano psíquico como elemento configurador, ratificam que a conduta ilícita acarreta “atentado contra a dignidade psíquica”, “destruição psíquica”, “quadro de miséria psicológica” e “dano às condições psíquicas”.

Por um lado, os autores e magistrados que defendem a configuração do assédio moral independentemente da existência de dano psíquico entendem - ao que parece ser bem acertado e razoável - que não seria equânime incluir esta consequência na vítima na definição da conduta do autor, uma vez que, em função do grau de resistência do assediado, um mesmo comportamento poderia ou não configurar a ilicitude, reservando-se o dano moral psíquico como elemento constituinte da responsabilidade civil reparatória.

*“Quanto ao último elemento (dano psíquico), nós o consideramos dispensável, data venia de inúmeras posições contrárias. O conceito de assédio moral deverá ser definido pelo comportamento do assediador, e não pelo resultado danoso. Ademais, a Constituição vigente protege não apenas a integridade psíquica, mas também a moral. A se exigir o elemento alusivo ao dano psíquico como indispensável ao conceito de assédio, teríamos um mesmo comportamento caracterizando ou não a figura ilícita, conforme o grau de resistência da vítima, ficando sem punição as agressões que não tenham conseguido dobrar psicologicamente a pessoa. E mais, a se admitir como elemento do assédio moral o dano psíquico, o terror psicológico se converteria em um ilícito sujeito à mente e à subjetividade do ofendido.”, Alice Monteiro de Barros, “Curso de Direito do Trabalho”, pg. 890, Editora LTr, 1ª edição, 2006*

*“Sendo o assédio moral a conduta lesiva, o dano psíquico-emocional deve ser entendido como a consequência natural da violação aos direitos da personalidade da vítima.*

*Note-se, portanto, que a necessidade do dano não é um elemento da caracterização do assédio moral, mas, sim, da responsabilidade civil decorrente de tal conduta. (...)*

*De fato, a doença psíquico-emocional, como patologia, pode advir do assédio, mas não necessariamente ocorrerá, nem é elemento indispensável, pois o que é relevante, na caracterização do mobbing, é a violação do direito da personalidade, cuja materialização ou prova dependerá do caso concreto.”, Rodolfo Pamplona Filho, “Noções Conceituais sobre o Assédio Moral na Relação de Emprego”, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8838>, acesso em 17/09/10*

Sem se ter aqui a pretensão de exaurir este tipo de discussão teórica, mas tão somente com o objetivo de demonstrar o quanto ainda mais se pode restringir o já restritivo conceito formal de assédio moral (a fim de afastá-lo da banalização mediante alegações impertinentes por questões corriqueiras de trabalho), menciona-se o outro entendimento também doutrinário e jurisprudencial, que inclui ainda o dano moral psíquico como elemento configurador da conduta ilícita.

Pois, por outro lado, segundo esta linha, para se configurar formalmente o assédio moral, além dos requisitos anteriores incontroversos, é necessário que a conduta do agente não só provoque dano moral mas que este efeito seja de tamanha envergadura e relevância que acarrete além de grave violação da personalidade também dano à saúde psicológica e à higidez mental da vítima. Em outras palavras, esta espécie qualificada de dano moral figura, ao mesmo tempo, como requisito necessário para a caracterização do ilícito de assédio moral e como sua consequência.

De se destacar que o caráter ainda mais restrito para se aceitar configurado o assédio moral não se confunde com impunidade do agente ou desproteção do Direito a pessoas com maior grau de resistência emocional. O ordenamento se harmoniza, prevendo graus crescentes de sancionamento ao infrator, de forma que as lesões (em gênero) ao direito de personalidade acarretadoras de determinado grau inferior de dano moral suscitam um determinado patamar de indenização a favor da vítima, enquanto o assédio moral, como um *plus* em relação àquelas lesões, causadoras em espécie do dano moral psíquico, eleva aquele patamar indenizatório.

Na esteira desta linha de entendimento doutrinário e jurisprudencial (de que o assédio moral requer, como requisito, a consequência de dano moral da envergadura de doença psicológica na vítima), resta plausível que a comprovação de que determinada pessoa é vítima de assédio moral não seja apenas fática, mas também dependente de perícia médica.

*TRT da 3ª Região, Recurso Ordinário nº 00622.2005.084.03.00.8: “Ementa: Na caracterização do assédio moral, conduta de natureza mais grave, há quatro elementos a serem considerados: a natureza psicológica, o caráter reiterado e prolongado da conduta ofensiva ou humilhante, a finalidade de exclusão e a presença de grave dano psíquico-emocional, que comprometa a higidez mental da pessoa, sendo passível de constatação pericial. Por outras palavras, o assédio moral, também conhecido como mobbing, ou ‘hostilização no trabalho’, decorre de conduta lesiva do empregador que, abusando do poder diretivo, regulamentar, disciplinar ou fiscalizatório, cria um ambiente de trabalho hostil, expondo o empregado a situações reiteradas de constrangimento e humilhação, que ofendem a sua saúde física e mental. Não restando provado os autos os requisitos mencionados, indevido o pagamento da indenização por dano moral pleiteada.”*

*Idem: TRT da 3ª Região, Recurso Ordinário nº 00715.2005.080.03.00.7*

*“Dessa forma, teríamos o assédio moral como uma situação de violação mais grave que a ‘mera’ lesão do direito de personalidade, eis que acarreta um dano à saúde psicológica da pessoa, à sua higidez mental, o que deve ser mais severamente repreendido pelo ordenamento. Tal repreensão se revela, principalmente, no tocante à valoração da indenização advinda do assédio moral, que deve ser analisada de modo diverso daqueles critérios comumente utilizados para as demais formas de pleito do dano moral. (...)*

*Estudos feitos por médicos e psicólogos do trabalho mostram que o processo*

*que desencadeia o assédio moral pode levar à total alienação do indivíduo do mundo social que o cerca, julgando-se inútil e sem forças e levando, muitas vezes, ao suicídio.*

*Levando isso em conta, a não configuração do assédio moral pela ausência do dano psíquico não exime o agressor da devida punição, pois a conduta será considerada como lesão à personalidade do indivíduo, ensejando o dever de indenizar o dano moral daí advindo.*

*Destarte, a pessoa que resiste à doença psicológica, seja por ter boa estrutura emocional, seja por ter tido o cuidado de procurar ajuda profissional de psicólogos ou psiquiatras, não será prejudicada, pois sempre restará a reparação pelo dano moral sofrido, ainda que o mesmo não resulte do assédio moral.*

*Assim, reiteramos nosso entendimento no sentido de que nem todo dano à personalidade configura o assédio moral, como se percebe na maioria dos estudos jurídicos atuais e, principalmente, nas decisões da Justiça do Trabalho. O que se observa é a banalização do instituto, que é quase confundido com o dano moral (...). Nessa esteira, entendo que a configuração do assédio moral depende de prévia constatação da existência do dano, no caso, a doença psíquico-emocional. Para tanto, necessária a perícia feita por psiquiatra ou outro especialista da área para que, por meio de um laudo técnico, informe o magistrado, que não poderia chegar a tal conclusão sem uma opinião profissional, sobre a existência desse dano, inclusive fazendo a aferição do nexo causal. (...)*

*Para concluir esse ponto, reitero que: a) a existência do dano psíquico, emocional ou psicológico é requisito para configuração do assédio moral; b) é necessária a prova técnica do dano, que se daria por meio de laudo médico afirmando existir a doença advinda do trabalho; c) a vítima da conduta assediadora que não sofrer esse tipo específico de dano não ficará desprotegida, pois ainda poderá pleitear danos morais pela ofensa aos seus direitos de personalidade.”, Sônia Mascaro Nascimento, “O Assédio Moral no Trabalho”, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5433&p=1>, acesso em 17/09/10*

Obviamente, pode também decorrer do assédio moral alguma espécie de dano material, tais como despesas com tratamentos e medicamentos devido a doenças físicas ou psicológicas contraídas em função da conduta opressora, conforme acima já exposto. Mas o dano material, quando ocorre, é apenas um *plus*, não configurando requisito necessário à caracterização de assédio moral, independente de qual seja a linha conceitual adotada.

Por todo o exposto, verifica-se que a exata compreensão do que seja assédio moral (cientificamente - em sentido lato de qualquer área do conhecimento humano - e, de forma mais específica, juridicamente falando) traz em si a dificuldade de que uma conduta assim rotulada pode englobar um extenso rol de ações que, se por um lado, a rigor, não satisfaz as condicionantes que os especialistas estabelecem para a formal configuração do ilícito, por outro lado, induz o leigo (e sobretudo o trabalhador inconformado com corretas, legais e vinculadas exigências de trabalho e de comprometimento) a equivocadamente cogitar de cometimento de assédio moral.

Some-se a isto o fato de que, mesmo quando se está diante de um agente que, com intenção, atua da forma como juridicamente se considera assédio moral e que busca o exato resultado que se entende como o objetivo desta conduta ilícita (qual seja, a eliminação da vítima do ambiente de trabalho, mediante conduta danosa, reiterada e sistemática), o aplicador do Direito ainda se depara com uma grande dificuldade antes de ter a segurança de afirmar que se está diante de um caso concreto de assédio moral. Como o objetivo da conduta ilícita é extremamente imaterial - a aniquilação psicológica de uma pessoa -, pode aquele infrator agir de forma bastante dissimulada a ponto de tornar imperceptível a todos os demais (e inclusive à própria vítima) o seu intuito abstrato de atingir os direitos personalíssimos do outro. Diante da capacidade do agente de dissimular os objetivos reais de sua conduta opressiva, haverá

uma dificuldade em se afirmar que, em determinado caso concreto, se tem configurada, nos termos jurídicos, a ilicitude do assédio moral.

Em sentido oposto à banalização e ao descrédito do fenômeno do assédio moral diante de sua leiga alegação em qualquer caso, tem-se que as intrincadas inter-relações entre a conduta do agente e o resultado na vítima obrigaram os especialistas de diversos ramos do conhecimento humano a se dedicarem a estudos a fim de modelarem as definições e condicionantes necessárias à formal configuração do ilícito. Assim, conforme apresentado acima, deve o aplicador do Direito lançar mão destes trabalhos com o fim de adquirir segurança e embasamento antes de imputar a alguém a acusação de cometimento do ilícito de assédio moral.

### 1.5 - Projetos de Lei sobre Assédio Moral

Não obstante a CF prever como fundamentos republicanos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV); proteger, com *status* de garantia fundamental da pessoa, bens imateriais como honra, privacidade e imagem porventura atingidos por dano moral (art. 5º V e X), os direitos sociais à saúde e ao trabalho e as condições laborais salutaras (art. 6º e art. 7º, XXII e XXVIII); e harmonizar a livre iniciativa com a função social da propriedade (art. 170), até a presente data, o legislador ordinário não cuidou de trazer ao ordenamento pátrio lei federal que defina, proíba e sancione a prática do assédio moral.

Tanto é verdade que, há anos, tramitam no Congresso Nacional diversos projetos de lei versando sobre a matéria (lembrando que, por determinação constitucional, compete à União legislar sobre Direito do Trabalho e, uma vez que o tema do assédio moral tangencia fortemente as relações laborais, restou aos Estados e municípios apenas legislarem acerca da inclusão deste enquadramento em seus respectivos regimes disciplinares, conforme já ocorreu com diversos entes federados, mas que, de fato, não supre a lacuna legislativa federal). Alguns destes projetos de lei visam a alterar os arts. 483 e 484 da CLT, para definir o assédio moral na lei trabalhista; outros visam a incluir o art. 146-A ao CP, para tipificar como crime o assédio moral; e outros ainda visam a incluir no art. 117 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a definição do assédio moral como ilícito disciplinar.

Destes diversos projetos de lei, três podem ser aqui destacados: o de nº 4.742/2001, que objetiva a inserção do art. 164-A no CP, tipificando o crime de assédio moral (“*Art. 146-A. Depreciar, de qualquer forma e reiteradamente a imagem ou o desempenho de servidor público ou empregado, em razão de subordinação hierárquica funcional ou laboral, sem justa causa, ou tratá-lo com rigor excessivo, colocando em risco ou afetando sua saúde física ou psíquica.*”), e os de nº 4.591/2001 e 5.972/2001, que visam, respectivamente, a inserir, na Lei nº 8.112, de 11/12/190, o art. 117-A (“*Para fins do disposto neste artigo considera-se assédio moral todo tipo de ação, gesto ou palavra que atinja, pela repetição, a auto-estima e a segurança de um indivíduo, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução profissional ou à estabilidade física, emocional e funcional do servidor incluindo, dentre outras: marcar tarefas com prazos impossíveis; passar alguém de uma área de responsabilidade para funções triviais; tomar crédito de idéias de outros; ignorar ou excluir um servidor só se dirigindo a ele através de terceiros; sonegar informações necessárias à elaboração de trabalhos de forma insistente; espalhar rumores maliciosos; criticar com persistência; segregar fisicamente o servidor, confinando-o em local inadequado, isolado ou insalubre; subestimar esforços.*”) e o inciso XX do art. 117 (“*XX - coagir moralmente subordinado, através de atos ou expressões reiteradas que tenham por objetivo atingir a sua dignidade ou criar condições de trabalho humilhantes ou degradantes, abusando da autoridade conferida pela posição hierárquica.*”), definindo o ilícito disciplinar de assédio moral.

## 1.6 - Proteções Judiciais à Vítima de Assédio Moral

Não obstante, a ausência de definição, vedação e sanção em lei para o assédio moral (seja em lei penal, trabalhista, civil ou administrativa) não impede que, uma vez devidamente configurados, na prática, atos que atendam a todas já expostas condicionantes das definições adotadas pela doutrina e pela jurisprudência, se considere configurado, como ilícito, o assédio moral, de forma que o trabalhador assediado não resta desprotegido da tutela jurisdicional.

Havendo provocação da vítima (seja individualmente, seja coletivamente), cabe ao Poder Judiciário (e, mais especificamente, à Justiça do Trabalho, conforme o art. 114, VI da CF) integrar o ordenamento, por meio dos já mencionados fundamentos e princípios constitucionais, e julgar a ação interposta (em geral, uma reclamação trabalhista).

Neste caso, o provimento jurisdicional se manifesta em duas esferas. Primeiramente, sob ótica *stricto sensu* trabalhista, julga-se a ocorrência ou não do assédio moral, o que, em caso positivo, sendo obrigação do empregador zelar pela higidez do ambiente de trabalho e pela saúde do trabalhador, enseja à vítima, conforme o art. 483 da CLT, os direitos de considerar indiretamente rescindido o contrato de trabalho e de pleitear todas as parcelas rescisórias a que faria jus se tivesse sido dispensado sem justa causa.

Ato contínuo - lembrando que, qualquer que seja a corrente conceitual adotada, a definição doutrinária e jurisprudencial de assédio moral requer, obrigatoriamente, a concreta ocorrência de dano moral à vítima -, surge, conseqüentemente, a responsabilidade civil indenizatória do agente, conforme o art. 186 do CC. Assim, como imediata consequência do julgamento a favor da caracterização do assédio moral, sobrevém a condenação do empregador em reparar os danos morais (ou também patrimoniais, se for o caso) sofridos pela vítima, decorrentes da relação de trabalho, responsabilidade esta, de natureza subjetiva, que reside sobre o próprio empregador se ele mesmo é o assediador. Caso a vítima tenha sido dispensada em decorrência dos efeitos da agressão sofrida, a decretação de nulidade deste ato de dispensa gera ainda, além da indenização, o direito à reintegração. A propósito, reproduz-se abaixo o julgado tido como *leading case* no País acerca da indenização por dano moral decorrente de assédio moral.

*TRT da 17ª Região, Acórdão nº 2.276/2001: “Ementa: A tortura psicológica, destinada a golpear a auto-estima do empregado, visando forçar sua demissão ou apressar sua dispensa através de métodos que resultem em sobrecarregar o empregado de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações e fingir que não o vê, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassa o âmbito profissional, eis que minam a saúde física e mental da vítima e corrói a sua auto-estima. No caso dos autos, o assédio foi além, porque a empresa transformou o contrato de atividade em contrato de inação, quebrando o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, e por consequência, descumprindo a sua principal obrigação que é a de fornecer trabalho, fonte de dignidade do empregado.”*

Mesmo na hipótese de o assediador ser outro empregado ou preposto do empregador, configura-se a responsabilidade objetiva do empregador (ou seja, ainda que este não tenha atuado com dolo ou culpa na conduta do agente, basta a comprovação da ocorrência do dano e do nexo de causalidade entre a atividade laboral e o dano), sendo-lhe possibilitada, em compensação, ação regressiva contra o empregado ou preposto, conforme os art. 932, III, 933 e 934 do CC. Ainda nesta hipótese, cabe a extinção do contrato de trabalho do empregado ou preposto assediador, por justa causa, conforme o art. 482 da CLT.

## 1.7 - Aplicação da Conceituação de Assédio Moral na Administração Pública

É de se destacar que quase toda a base conceitual acima exposta sobre assédio moral

adveio de manifestações doutrinárias e jurisprudenciais voltadas precipuamente para relações trabalhistas privadas (seja na elaboração de teses e estudos, seja nas análises de casos concretos). Além de o aplicador do Direito Administrativo Disciplinar aqui também se deparar com uma lacuna normativa na Lei nº 8.112, de 11/12/90 (não há um enquadramento direto e específico para assédio moral), é certo dizer que, em razão das profundas diferenças nas relações de trabalho de cada setor, as fontes doutrinária e jurisprudencial ainda não foram provocadas e, portanto, ainda não se dedicaram a analisar a configuração do assédio moral em seara pública com a mesma profundidade com que já o fizeram em seara privada.

A afirmação acima em nada se confunde com se arvorar a defender tese equivocada de que a configuração de assédio moral seria inaplicável na instância administrativa e, conseqüentemente, não haveria nenhuma previsão para repercussão disciplinar para tal conduta. Ao contrário, não se tem dúvida de que as definições, condicionantes e classificações estabelecidas pelos autores e pelos magistrados para assédio moral no setor privado também encontram, com alguma adequação, aplicação no setor público.

Não obstante, em razão das relevantes diferenças existentes entre estas duas relações laborais, é certo que, para se compreender e, conseqüentemente, para corretamente se aplicar a conceituação de assédio moral em seara pública, necessário se faz acrescentar as peculiaridades ainda mais garantistas do vínculo estatutário às restritas definições e às condicionantes da configuração da conduta ilícita estabelecidas por aquelas duas fontes. Em outras palavras, ao resultado dos esforços e estudos desenvolvidos pelos especialistas no tema voltados para a relação trabalhista privada, necessário se faz agregar a percepção das particularidades da relação laboral em seara pública e, para isto, nada melhor que o autoconhecimento e a salutar autocrítica que somente a própria Administração possui de si mesma.

Assim, é certo que as contemporâneas relações capitalistas de produção e de trabalho se demonstraram o campo fértil para o desenvolvimento das nefastas práticas opressivas configuradoras de assédio moral no setor privado. A natural busca do lucro pôde ser agravada e adverbializada para busca inescrupulosa do lucro, em que a selvagem competitividade empresarial levou ao acirramento da competição interna entre trabalhadores, sempre tendo como pano de fundo o receio do desemprego. Conforme ensinam os autores especialistas no tema, ao identificarem, em essência, qual o objetivo final do assediador, o macro contexto econômico somado às mazelas da natureza humana levaram ao cenário propício para práticas opressoras tanto entre superiores e subordinados quanto entre subordinados, visando à eliminação daquele que não é visto como um colega mas sim como um potencial competidor.

Já na relação laboral pública, não obstante todas as iniciativas de adoção de posturas gerenciais e de práticas modernas de gestão, não se afastam - por serem imediato reflexo de interesse público - garantias funcionais de que exclusivamente dispõe o servidor estatutário. Como de outra forma não poderia mesmo ser, o servidor atua cotidianamente com bens jurídicos tutelados que fazem com que seja de interesse de toda sociedade que este agente goze de prerrogativas específicas, sobretudo associadas à sua independência, autonomia e imparcialidade no exercício de seu múnus, que, de forma precípua, deságuam no instituto da estabilidade.

Isto, inegavelmente, traz fortes e exclusivas peculiaridades na relação estatutária que liga o servidor à Administração, de forma muito diferente daquela que liga o empregado à empresa privada. Não possuindo a vinculação estatutária aquela fragilidade e aquele inerente risco de abrupta ruptura a qualquer momento que caracterizam a relação trabalhista privada, ao se buscar a adequada aplicação da modelação conceitual do assédio moral em seara pública, inegavelmente em muito se mitigam o aspecto vorazmente competitivo e, em consequência, a intenção de total eliminação da vítima por parte do agressor e o efeito intimidador sobre o assediado de perda de seu cargo.

Com isto, indubitavelmente, a configuração do assédio moral em seara pública é ainda

mais restritiva que no setor privado. Ora, se a doutrina e a jurisprudência já estabeleceram severas definições e condicionantes que demarcam que não é qualquer conduta de animosidade entre pessoas no mesmo trabalho em ambiente privado que configura o ato ilícito de assédio moral (requer-se prática continuada, sistemática e frequente, com o fim de eliminar a vítima e ainda cogita-se de configuração de dano psíquico), ainda mais raro e excepcional será a configuração daquelas mesmas definições e daquelas mesmas condicionantes em seara pública, tanto na conduta do agente quanto no resultado na vítima.

Acerca do exposto no início deste tópico quando se conceituou o assédio moral em seara privada, agora, para adequar aquela modelação para a seara pública, primeiramente pode-se aproveitar em parte a definição e as condicionantes da configuração (*modus operandi*, natureza psicológica e reiteração sistemática da conduta), ajustando-as às peculiaridades do regime estatutário (maior grau de segurança funcional do servidor em comparação ao empregado). Prosseguindo na comparação, pode-se considerar igualmente aplicáveis na seara pública a classificação do assédio moral em função dos agentes; as hipóteses de exclusão; a discussão acerca de dano moral e da difícil configuração do ilícito, o que, em seara pública punitiva, requer do aplicador do Direito Administrativo Disciplinar uma postura ainda mais cautelosa; e o direito da vítima de requerer, em esfera judicial civil, contra a Administração, indenização pelos danos moral e patrimonial (se for o caso) sofridos.

Ademais, a interpretação literal do texto atual da Lei nº 8.112, de 11/12/90, associada à existência dos já mencionados projetos de lei visando à inserção da definição do ilícito disciplinar de assédio moral fortalecem o entendimento de que não existe no Estatuto, de forma direta e imediata, enquadramento que defina assédio moral.

Não obstante, a ausência de dispositivo na Lei nº 8.112, de 11/12/90, que defina, vede e sancione o assédio moral em instância administrativa não impede que, uma vez devidamente configurados, na prática, atos que atendam a todas já expostas condicionantes das definições adotadas pela doutrina e pela jurisprudência e ajustáveis para as peculiaridades da Administração, haja repercussão disciplinar para o servidor (administrador ou não) que cometa tal conduta. Diante dos já mencionados fundamentos e princípios constitucionais e atentando também para a elasticidade dos enquadramentos estatutários (conforme se abordou em 4.7.1), a despeito da lacuna em lei, é possível que a conduta prática de um servidor contra outro (sejam autoridades ou não) que se amolda às definições doutrinárias e jurisprudenciais, desde que devidamente comprovada nos autos por meios de prova válidos, encontre algum enquadramento na Lei nº 8.112, de 11/12/90 - podendo-se citar, a título de exemplo imediato e sem esforço exaustivo, o art. 116, IX da mencionada Lei (inobservância do dever funcional de manter conduta compatível com a moralidade administrativa).

Com isto, de um lado, na instância administrativa, dentro dos limites de alcance do regime disciplinar (que em nada se confunde, se superpõe ou interfere com os atos de gestão e de gerência), vislumbra-se o aspecto punitivo contra o agente do assédio moral. Na esteira do que se aduziu acima, quando se mencionou que cabe ao empregado provocar o provimento jurisdicional com o fim de obter a indenização decorrente do dano moral, o mesmo se aplica no caso da seara pública. Assim, de outro lado, para obter eventual reparação por dano moral que entenda ter sofrido em decorrência das agressões psicológicas ocorridas no ambiente de trabalho, caberá ao servidor assediado valer-se de sua livre ida ao Poder Judiciário, em instância civil.

Mas não menos importante que assegurar que há sim possibilidade - embora não corriqueira - de enquadramento disciplinar na Lei nº 8.112, de 11/12/90, para conduta tida como assédio moral é ressaltar que nem toda prática de suposta animosidade entre agentes públicos configura o ilícito em comento.

De imediato, não se deve confundir como assédio moral as necessárias e até vinculadas atuações e gestões da chefia e da Administração em exigir dos servidores subordinados comprometimento com a missão institucional do órgão, dedicação e zelo no

cumprimento de suas atribuições do cargo, cumprimento de jornada de trabalho e demais aspectos comportamentais. O emprego - desde que lícito, ou seja, desde que motivado por interesse público e não por pessoalidade - das ferramentas gerenciais de que dispõe o gestor (tais como manifestações de cobranças e de exigências de trabalho e produtividade, avaliações para fins pecuniários e de promoção ou progressão, corte de ponto, distribuição de tarefas, realocação da mão de obra, dentre outras), ainda que contrariando o interesse pessoal de determinado servidor, não configura assédio moral, conforme manifestações doutrinárias e jurisprudenciais já reproduzidas.

Menos ainda se confundem com assédio moral meras animosidades, discordâncias ou diferenças de temperamento entre servidores de mesma hierarquia que, submetidos ao contato diário compulsório do trabalho, podem causar algum tipo de mal-estar.

Assim, de acordo com o que já se expôs em 2.3.2 e em 3.2.3.1, é de se ter cautela no cumprimento do dever legal de representar por supostas irregularidades na Administração. Por um lado, diante de atitudes da chefia, com o certo grau de discricionariedade que lhe conferem as competências de gerenciar tarefas e procedimentos e de administrar pessoal, como regra geral, não cabem representações por parte de subordinados irredimidos com atos de gestão que lhe contrariam vontades, preferências ou interesses pessoais, como se fossem atos de perseguição pessoal configuradores de assédio moral. Da mesma forma, não cabe a servidores de mesma hierarquia e à chefia representarem contra o servidor por pequenas condutas, ainda que habituais, de aspecto meramente comportamental, cujo ajuste circunscreve-se ou no bom senso de as próprias pessoas ajustarem seus comportamentos ou, se necessário, no rol de competências de gestão e de gerência. Mais uma vez ratifica-se a necessidade de se compreender a matéria do regime disciplinar e do consequente processo disciplinar como residuais no âmbito da Administração, não merecendo, nem de servidores e tampouco de autoridades, a visão de algo corriqueiro e banalizado.

Repisa-se que não se afirma aqui a inexistência de enquadramento na atual redação da Lei nº 8.112, de 11/12/90, que abarque as definições e condicionantes do que seja assédio moral. O que se afirma, sim, é que, primeiramente, não há um enquadramento específico para assédio moral (conforme iniciativas já relatadas de projetos de lei em tramitação); e, em segundo lugar, se o emprego do regime e do processo disciplinares é restritivo, ainda mais residual é o seu emprego por suposto ato de assédio moral, visto que os estudos e análises teóricos e concretos dos especialistas no tema adotam severas condições para configuração deste ilícito mesmo em seara privada e tais condições se mostram ainda mais incomuns de atendimento em seara pública, em virtude das profundas diferenças na relação laboral.

Este entendimento encontra amparo em manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ao assessorar julgamento de caso concreto em que o servidor alegou assédio moral vertical descendente como justificativa para incursão em abandono de cargo. Do reproduzido Parecer, extrai-se a necessidade de comprovação da existência dos elementos configuradores do assédio moral e subtende-se, ainda, a concordância do órgão máximo de assessoramento jurídico no Ministério da Fazenda com a relevância da perícia médica para atestar o dano psíquico que, *in casu*, fora alegado pela suposta vítima de assédio moral.

*Parecer PGFN/CDI nº 520/2005: “32. Finalmente, cumpre considerar que é totalmente insubsistente a tese da defesa de que o indiciado era vítima de assédio moral perpetrado por seus superiores hierárquicos, o que gerou a sua perda da vontade de ir trabalhar. Primeiramente, porque não foi provada a perseguição narrada, já que não se pode imputar a sua mudança de setor na repartição que trabalhava à perseguição. Segundo, porque, repise-se, o exame médico no indiciado atestou a sua perfeita sanidade física e mental.”*

Ademais, conforme visto detidamente em 4.7, condutas pontuais de animosidade (que já foram objeto de análise doutrinária e jurisprudencial no sentido de que não configuram assédio moral), dependendo de seu grau de gravidade e de afronta ao Direito, caso extrapolem

o círculo de meros atos comportamentais ajustados pela gerência de pessoal, até podem não restar impunes na Lei nº 8.112, de 11/12/90, mas, ainda assim, não devem ser confundidas com a definição doutrinária de assédio moral (que tem como característica ser uma conduta repetitiva e prolongada no tempo). Tais atos contam com enquadramentos específicos naquela Lei, podendo-se citar o seu art. 116, XI (inobservância do dever de tratar as pessoas com urbanidade), o seu art. 117, V (descumprimento da proibição de promover manifestação de despreço na repartição) ou o seu art. 117, XVII (descumprimento da proibição de cometer a servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa).

## **2 - ASSÉDIO SEXUAL**

### **2.1 - Conceituação de Assédio Sexual**

Da mesma forma como se fez linhas acima para o assédio moral, sendo também uma conduta que pode ocorrer no ambiente de trabalho e que pode assumir contornos de ilicitude, demonstra-se necessário o enfrentamento da questão do assédio sexual na relação laboral.

A exemplo do assédio moral, o assédio sexual é uma chaga social sem fronteiras (também conhecido como *sexual harassment*, *harcèlement sexual*, *acoso sexual*, dentre outros) e objeto de estudos interdisciplinares. É também uma conduta reiterada e sistemática, na busca de um fim determinado, em que o agente se utiliza de meios intimidatórios, opressivos e humilhantes, tais como gestos, palavras ou comportamentos, que agridem a integridade, a honra, a intimidade e a liberdade sexual alheias, maculam o ambiente de trabalho e acarretam danos morais e até patrimoniais à vítima (em caso de surgimento de doenças físicas ou psicológicas).

Não obstante tais similaridades, o assédio sexual não se confunde com o assédio moral, guardando peculiaridades e definição próprias. E a principal e imediata diferenciação reside no objetivo da conduta: o assédio sexual busca a satisfação libidinoso do autor, enquanto o assédio moral busca a humilhação da vítima e, em última essência, a sua eliminação do ambiente de trabalho.

O que pode ocorrer, por vezes, é uma relação de consecução entre estes dois ilícitos: inicialmente, o agente se aproxima da vítima com intenções libidinosas e, diante da recusa desta, o agressor, em represália, passa a assediá-la moralmente.

As mencionadas dificuldades conceituais, as possibilidades de dissimulação da conduta e do objetivo nela perseguido e, conseqüentemente, a necessidade de aprofundados estudos científicos de que deve lançar mão o aplicador do Direito antes de se sentir seguro para imputar a alguém o cometimento de assédio moral ocorrem, em princípio, em menor escala com o assédio sexual, visto que, ainda que a prática ilícita do agente se dissimule por diversos meios e formas de agir, o seu claro objetivo é por demais concreto e perceptível a qualquer leigo, sobretudo à própria vítima e, possivelmente, dependendo do grau de exposição da conduta, até a terceiros alheios aos fatos. Em outras palavras, em razão da percepção concreta que o tema causa em qualquer pessoa, é possível elaborar um senso comum e mediano acerca de uma definição empírica e pragmática do que seja assédio sexual, com menor grau de dependência - pelo menos nesta abordagem introdutória - de manifestações doutrinárias e jurisprudenciais, que se demonstram tão imprescindíveis, desde o primeiro momento, para uma precisa compreensão do que seja assédio moral.

Sob esta ótica, assédio sexual é qualquer conduta com que, independentemente dos sexos do assediador e do assediado, de suas posições hierárquicas no trabalho e de suas opções sexuais e mesmo após a não aceitação pela vítima, reiteradamente se busca alguma forma de satisfação sexual. Esta conduta pode se manifestar de diversas maneiras e pode empregar e mesclar quaisquer meios executórios, podendo, em síntese, ser verbal (tanto de

forma clara e direta quanto de forma dissimulada) ou não verbal (por meio de gestos, mensagens eletrônicas, exibição de material pornográfico, etc).

Conforme a definição lexicológica do gênero “assédio”, o caráter ilícito da conduta, como regra, está fortemente associado à forma reiterada e insistente de agir do assediador, apesar de repelida pela vítima. E, em particular, na espécie de assédio sexual, a reiteração e a insistência do autor, forçando a vítima a rejeitar uma abordagem sexual não desejada, em clara violação ao princípio da livre disposição do próprio corpo, tornam a conduta constrangedora, sobretudo no ambiente laboral. Mas é de se destacar que a expressão “ambiente laboral” aqui contempla interpretação extensiva, podendo se agregar ao rol de atos reiterados que concretizam a conduta de assédio sexual eventuais abordagens também ocorridas fora do local de trabalho ou fora do horário de jornada, desde que tais contatos possuam alguma relação com o vínculo laboral, tais como em almoços, jantares, caronas ao fim do expediente, viagens a trabalho, etc.

*“Conceituamos, por isto, o assédio sexual como toda conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, cerceando-lhe a liberdade sexual.”, Rodolfo Pamplona Filho, “Assédio Sexual: Questões Conceituais”, disponível em <http://jus.uol.com.br/doutrina/texto?id=6826>, acesso em 30/09/10*

*“(...) assédio sexual é o comportamento consistente na explicitação de intenção sexual que não encontra receptividade concreta da outra parte, comportamento esse reiterado após a negativa. (...)*

*(...) decisivo para o conceito de assédio sexual é o comportamento subsequente à não aceitação da proposta de índole sexual. (...) se a outra parte não se mostra inclinada a aceitar essa proposta e mesmo assim continua sendo abordada na mesma direção, nesse momento surge a figura do assédio sexual.*

*(...) E isto é assim porque nesse momento haverá uma agressão à esfera de liberdade do assediado que, naturalmente, não é obrigado a copular com quem não deseja.”, José Wilson Ferreira Sobrinho, “Assédio Sexual e Justa Causa”, *Repertório IOB de Jurisprudência*, nº 4, pg. 61, 1996*

De se destacar que as definições para assédio sexual elencam, em síntese, três elementos constitutivos do ilícito (além, obviamente, das figuras do assediador e da vítima): a conduta de conotação sexual; a manifesta rejeição por parte do assediado; e o caráter reiterado da conduta, a despeito da rejeição por parte da vítima.

Quanto à conduta de conotação sexual, de antemão, necessário se faz reconhecer que tal conceito pode sofrer variações no tempo e no espaço, refletindo fortemente valores culturais dos respectivos grupos sociais a cada época e em cada lugar. Mas, decerto, o caráter infracional da conduta se reveste em que ela, de alguma forma, sempre se eiva de algum grau de violência moral ou até mesmo física (intimidação, ameaça, chantagem, etc), o que a afasta das naturais e salutaras relações amorosas e afetivas recíprocas e consentidas.

O segundo e o terceiro elementos formadores do assédio sexual (rejeição por parte da vítima e reiteração por parte do autor) se entrelaçam. Como o assédio sexual sempre se escora em uma conduta sexual não desejada, que incomoda e que soa constrangedora e desagradável para a vítima, necessário para a configuração do ilícito que esta manifeste ao autor a sua inequívoca rejeição. Uma vez que uma pessoa que queira uma aproximação íntima sadia e natural normalmente se afasta com a recusa do destinatário, assegura-se, diante da insistência constrangedora, que o assediador tem plena consciência da impertinência e do caráter ofensivo e violador de sua conduta.

Como o próprio termo “assédio” já traz em si a noção de reiteração e insistência desagradáveis, a regra geral da configuração do assédio sexual é a reiterada e insistente busca de favores sexuais não desejados pela vítima, de forma que atos isolados não caracterizam este conceito jurídico. Mas, de forma muito residual e excepcional, dependendo da gravidade e da intensidade do ataque, pode se consumir o assédio sexual com uma única conduta (em

mais uma diferença em relação ao assédio moral, em que esta hipótese, sequer excepcionalmente, é aceita).

*“Para que o assédio sexual se configure plenamente, não basta a conduta de natureza sexual.*

*De fato, é essencial que esta conduta seja repelida pelo seu destinatário, expressamente ou - para efeito de prova - pela observação do que ordinariamente acontece (as máximas da experiência).*

*Como é cediço internacionalmente, é importante enfatizar que o assédio sexual se vincula a condutas não desejadas e desagradáveis para o receptor, ou seja, impostas, apesar de não correspondidas. Este é o fator chave que as distingue de outras condutas, praticadas em relações perfeitamente amistosas.*

*O assédio supõe sempre uma conduta sexual não desejada, não se considerando como tal o simples flerte ou paquera. Por isso, muitas vezes só é possível considerar indesejada a conduta de conotação sexual quando o assediado inequivocamente manifesta oposição às propostas e insinuações do assediante. (...)*

*Como regra geral, o assédio sexual depende, para a sua configuração, de que a conduta do assediante seja reiterada.*

*Um ato isolado geralmente não tem o condão de caracterizar, doutrinariamente, tal doença social.”, Rodolfo Pamplona Filho, “Assédio Sexual: Questões Conceituais”, disponível em <http://jus.uol.com.br/doutrina/texto?id=6826>, acesso em 30/09/10*

Destaque-se também que a reprovabilidade social da conduta se demonstra com a mera insistência, impertinência, inconveniência e constrangimento impostos à vítima, a despeito da sua repulsa às investidas, dispensando-se, para a configuração do ilícito de assédio sexual, que o agente logre o objetivo desejado. Trata-se, portanto, de um ilícito de mera conduta. Aliás, a prática de ato libidinoso ou da conjunção carnal, ou seja, a efetiva concretização do objetivo do assédio sexual, acarreta outra definição jurídica, agravando a conduta para abuso sexual (sob ótica penal, mencionam-se atentado violento ao pudor e estupro).

## 2.2 - Classificação de Assédio Sexual

Como se depreende não só da abordagem concreta e empírica com que se iniciou este tema mas também das definições doutrinárias reproduzidas, o assédio sexual, como gênero, não requer a existência de subordinação hierárquica entre assediador e vítima. A conduta constrangedora pode ser cometida tanto por empregador ou por chefe ou preposto contra empregado e vice-versa quanto pode envolver empregados de mesmo grau de hierarquia.

Por óbvio, podem ocorrer casos em que o agente utiliza-se de sua posição hierárquica superior à vítima para exercer forte coação moral ou física com o fim de satisfazer seu desejo sexual. A submissão hierárquica, nestes casos, passa a ser um componente a mais na conduta, apenas incidental, mas não se trata de um requisito essencial à configuração do ilícito de assédio sexual. O assédio sexual não é, em essência, uma manifestação de abuso de poder mas sim de violência à liberdade sexual.

Este entendimento mais abrangente do que seja assédio sexual (qualquer conduta reiterada que busque a satisfação sexual do agente apesar da rejeição da vítima, com ou sem abuso de poder) também encontra amparo na doutrina. Os autores especialistas no tema apresentam uma classificação de assédio sexual em duas espécies: o assédio sexual por chantagem e o assédio sexual por intimidação.

O primeiro tipo (também chamado de assédio sexual *quid pro quo* - “isto por aquilo”) atende ao senso mais comum do assédio sexual: contempla os casos em que o empregador ou qualquer chefia com ascendência hierárquica, com reiteração e insistência, exige da vítima a satisfação sexual, sob pena de severa perda na relação de trabalho, ou condiciona algum

ganho ou vantagem a favor da vítima mediante a conduta sexual. Importante frisar que, em ambas hipóteses, a satisfação sexual do agente é indesejada pela vítima (aqui não se contempla a hipótese de comum acordo entre eles, em que a suposta vítima também deseja o ganho prometido pelo autor) e o agente possui poder decisório (ou pelo menos poder de influenciar na decisão) que repercute, negativa ou positivamente, na situação laboral da vítima. Como se verá adiante, além de merecer provimentos judiciais de instâncias trabalhista ou administrativa e civil, é a única forma de assédio sexual contemplada no ordenamento pátrio, como crime tipificado em lei penal.

O segundo tipo (também chamado de assédio sexual ambiental) não decorre necessariamente de relação de poder hierárquico, podendo ser cometido por qualquer agente, seja superior hierárquico, ou, como é mais comum, por mero colega de trabalho de mesma hierarquia que a vítima (sem poder decisório sobre a relação laboral da vítima), caracterizando-se por difusas e variadas formas de insinuações, solicitações e abordagens inoportunas no dia a dia do trabalho (desde abusos verbais, comentários e piadas de conotação sexual, perguntas indiscretas, convites constrangedores, exibição de material pornográfico até tentativas de toques físicos) que, por serem insistentes e rejeitadas, perturbam a tranquilidade do ambiente laboral. Conforme se verá adiante, este tipo de assédio sexual não possui tipificação como crime em lei penal no ordenamento pátrio, não obstante merecer provimentos judiciais apenas de instâncias trabalhista ou administrativa e civil

*TRT da 3ª Região, Acórdão nº 7.126/2001: “Ementa: O assédio sexual tem apresentado novos problemas para o Direito do Trabalho, principalmente em face das atitudes culturais que se devem sopesar na elaboração desse conceito. O Código Penal Brasileiro, recentemente, no art. 216-A, tipificou como crime o assédio sexual por chantagem, assim considerado o comportamento que visa ‘constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função’. Ocorre que, além do assédio sexual por chantagem enquadrado como crime, não se pode esquecer que existe também o assédio sexual por intimidação, conhecido, ainda, como assédio ambiental. Este último caracteriza-se, segundo a doutrina, ‘por incitações sexuais importunas, por uma solicitação sexual ou por outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação laboral de uma pessoa ou criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no trabalho’. (...) A consequência do comportamento do empregador autoriza a rescisão indireta e a compensação por dano moral.”*

*“A doutrina especializada tem classificado o assédio sexual em duas espécies, com características diferenciais bem marcantes, que são o ‘assédio sexual por chantagem’ e o ‘assédio sexual por intimidação’.*

*A primeira forma tem como pressuposto necessário o abuso de autoridade, referindo-se à exigência feita por superior hierárquico (ou qualquer outra pessoa que exerça poder sobre a vítima), da prestação de ‘favores sexuais’, sob a ameaça de perda de benefícios ou, no caso da relação de emprego, do próprio posto de trabalho.*

*Já a segunda espécie, também chamada de ‘assédio sexual ambiental’, é aquela que se caracteriza por incitações sexuais inoportunas, solicitações sexuais ou outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no ambiente em que é intentado.”, Rodolfo Pamplona Filho, “Assédio Sexual: Questões Conceituais”, disponível em <http://jus.uol.com.br/doutrina/texto?id=6826>, acesso em 30/09/10*

*“Alice Monteiro de Barros ensina que pode haver assédio por intimidação e por chantagem. O assédio por intimidação é aquele que surge com a importunação do sexo oposto, proveniente de ‘incitações sexuais importunas, de uma solicitação sexual ou de outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, que têm como finalidade prejudicar a atuação laboral de uma pessoa*

*ou de criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no trabalho'. Já o assédio por chantagem, é definido pela autora como a 'exigência formulada por superior hierárquico a um subordinado, para que se preste à atividade sexual, sob pena de perder o emprego ou benefícios advindos da relação de emprego'.", Alice Monteiro de Barros, "Proteção à Intimidade do Empregado", pgs. 177 e 178, Editora LTr, 1ª edição, 1997, citado por Maria Goretti Dal Bosco, "Assédio Sexual nas Relações de Trabalho", disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2430&p=2>, acesso em 30/09/10*

*"Assédio sexual é toda tentativa, por parte do superior hierárquico (chefe), ou de quem detenha poder hierárquico sobre o subordinado, de obter dele favores sexuais por meio de condutas reprováveis, indesejáveis e rejeitáveis, com o uso do poder que detém, como forma de ameaça e condição de continuidade no emprego.*

*Pode ser definido, também, como quaisquer outras manifestações agressivas de índole sexual com o intuito de prejudicar a atividade laboral da vítima, por parte de qualquer pessoa que faça parte do quadro funcional, independentemente do uso do poder hierárquico.", Ministério da Saúde, Secretaria Executiva - Subsecretaria de Assuntos Administrativos, "Assédio - Violência e Sofrimento no Ambiente de Trabalho", pg. 6, 1ª edição, 2009, disponível em [http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/publicacoes/violencia\\_sofrimento\\_trabalho\\_assedio\\_moral.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/publicacoes/violencia_sofrimento_trabalho_assedio_moral.pdf), acesso em 30/09/10*

Ambas as formas de o assediador constranger a vítima são contrárias ao Direito e, portanto, são atos ilícitos, merecendo o sancionamento da ordem jurídica, em instância cível (trabalhista ou administrativa e civil), sendo também sancionado em instância penal a forma do assédio sexual por chantagem.

### 2.3 - Exclusões do Conceito de Assédio Sexual

De acordo com as definições apresentadas, também importa destacar atos cujo grau de reprovabilidade não atinge o patamar de configurarem a conduta ilícita de assédio sexual. Primeiramente, não se enquadram na definição de assédio sexual pequenos ou eventuais atos que o agente pratica apenas por si próprio, não necessariamente voltados a outrem, e que podem ser considerados, no máximo, de mau gosto ou de falta de bom senso no ambiente de trabalho, como, por exemplo, fazer uso próprio de fotografias, revistas, sítios eletrônicos ou quaisquer outras mídias, de conotação sexual ou pornográfica.

Também se mantêm à margem do ilícito, a *contrario sensu* de sua definição, condutas isoladas e sem reiteração, ainda que voltadas a outra pessoa, que não tenham por intenção causar constrangimento e intimidação ao destinatário, como eventuais elogios à aparência ou até, ao contrário, comentários jocosos, que podem ser considerados apenas como atos de descortesia ou de desatenção a regras de etiqueta no trato social. Na esteira, também resta fora do conceito do ilícito eventual abordagem ocorrida em determinado evento fora do local de trabalho como, por exemplo, festas e confraternizações, que se encerra em si mesma, sem posterior reiteração no ambiente laboral.

A propósito, nem mesmo o mais abrangente ou ambicioso ordenamento lograria jurisdicionalizar todas as possibilidades e potencialidades - de pensamento e de intenção - humanas. Não há regras de comportamento e muito menos normas positivadas que excluam da natureza humana a vontade, o desejo, a intuição. Não há ilícito no livre e natural desejo de proximidade e até de intimidade por uma outra pessoa, ainda que do mesmo ambiente de trabalho. A manifestação de um interesse afetivo e/ou amoroso em princípio salutar (sem coação), delimitada em regras de respeito, urbanidade e convivência social em nada fere o Direito e não traz implicações jurídicas, podendo-se citar, em sentido mais coloquial, o simples "flerte" e a "paquera" (mantêm-se à margem do foco jurídico possíveis críticas ético-sociais em decorrência do estado civil dos envolvidos). Menos ainda configuram assédio

sexual condutas que contam com a aceitação e convivência do destinatário, sejam meros galanteios, jogos de sedução ou ainda efetivamente o enamoramento e a intimidade sexual reciprocamente consentidos e que não afeta os comprometimentos de ambos os envolvidos com o trabalho. O abuso de qualquer das atitudes aqui listadas (de forma não exaustiva), quando o agente, de forma intencional, violenta a esfera de liberdade sexual do outro, é que configura ilicitude.

Necessário, ao aplicador do Direito, diante de reclames de supostas condutas de assédio sexual, atentar para a possibilidade de existência de pessoas com percepções equivocadas de si mesmas e dos demais, e que, de forma transtornada, por meras abordagens cotidianas, se consideram sempre objeto do desejo alheio, bem como de pessoas que agem de forma mal intencionada para prejudicar um suposto e inexistente assediador.

Menos ainda há de se cogitar de assédio sexual, sobretudo na espécie por constrangimento, quando há um ajuste entre assediador e vítima e esta cede à proposta daquele e logra as vantagens prometidas. A doutrina e a jurisprudência relatam ainda casos de verdadeiro conluio entre supostos assediador e vítima, com o fim de lograrem indenizações de natureza civil do empregador. Claro que tal hipótese não constitui o ilícito de que aqui se trata, mas sim de outra natureza de crime, envolvendo os dois agentes.

*TRT da 3ª Região, Acórdão nº 1.533/2002: “Ementa: Caracterização. A caracterização do assédio sexual no âmbito das relações de trabalho passa pela verificação de comportamento do empregador ou de prepostos que, abusando da autoridade inerente à função ou condição, pressiona o empregado com fins de obtenção ilícita de favores. Mas galanteios ou simples comentários de admiração, ainda que impróprios, se exercidos sem qualquer tipo de pressão, promessa ou vantagem, não configuram o assédio para efeitos de sancionamento civil.”*

*“A legislação e a jurisprudência têm destacado como elemento essencial do assédio sexual, que o comportamento seja incômodo e que seja repellido. Logo, só o repúdio manifesto a uma solicitação sexual ou a oposição declarada a uma atitude sexual ofensiva pode justificar uma ação judicial e não um simples galanteio, um elogio acompanhado de certas sutilezas comuns entre os povos, principalmente latinos e às vezes até provocado pela pseudo vítima.”, Alice Monteiro de Barros, “O Assédio Sexual no Direito do Trabalho”, Revista nº 54 do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, 1995, disponível em [http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev\\_54/Alice\\_Barros1.pdf](http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_54/Alice_Barros1.pdf), acesso em 30/09/10*

*“(…) a simples intenção sexual, o intuito de sedução do companheiro de trabalho superior ou inferior hierárquico, não constitui assédio. É o caso de um inofensivo galanteio, de um elogio, ou mesmo namoro entre colegas de serviço (...)”, Luiz Carlos Amorim Robortella, “Assédio Sexual nas Relações de Trabalho - III Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho”, pg. 158, Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, 1997*

*“O que não é assédio sexual:*

- A mera ‘paquera’, ou seja, a tentativa de aproximação para relacionamento amoroso, ou mesmo sexual, não constitui assédio sexual;*
- A simples intenção sexual, o instituto de sedução do companheiro de trabalho, superior ou inferior hierárquico, não constitui assédio sexual. Necessária será sempre a intenção de traficar, de valer-se do posto funcional como um atrativo, ou como instrumento de extorsão de privilégios, ou de vantagens indevidas;*
- A proposta sexual feita sem insistência e sem ameaça ou pressão, também não;*
- A proposta recebida com ‘hoje não’, ‘quem sabe mais tarde’, tampouco;*
- Meros galanteios com comentários normais do tipo ‘gostei do seu vestido’;*
- A conduta inconveniente numa festa de trabalho, onde um colega ou chefe, após algumas doses a mais, faz comentários de duplo sentido e lança olhares*

*sedutores, também não constitui assédio, salvo se houver alguma ameaça concreta, e ela for posta em prática mais tarde;*

*- Em caso de proposta sexual em que haja 'acordo amigável' e que ambas as pessoas obtenham vantagem (uma obtém prazer e a outra obtém privilégios com o chefe) não configuram assédio sexual;*

*- A conduta de quem alega ter sido obrigada a consentir em fazer sexo com superior para não perder o emprego tendo praticado o ato repetidas vezes.”, Ministério da Saúde, Secretaria Executiva - Subsecretaria de Assuntos Administrativos, “Assédio - Violência e Sofrimento no Ambiente de Trabalho”, pg. 6, 1ª edição, 2009, disponível em [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvsm/publicacoes/violencia\\_sofrimento\\_trabalho\\_assedio\\_moral.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvsm/publicacoes/violencia_sofrimento_trabalho_assedio_moral.pdf), acesso em 30/09/10*

## 2.4 - Proteções Judiciais à Vítima de Assédio Sexual

De forma absolutamente similar ao que se aduziu para o assédio moral e com base nos mesmos fundamentos e princípios constitucionais - a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV); a proteção, com *status* de garantia fundamental da pessoa, a bens imateriais como honra, privacidade e imagem porventura atingidos por dano moral (art. 5º V e X), aos direitos sociais à saúde e ao trabalho e às condições laborais salutaras (art. 6º e art. 7º, XXII e XXVIII); e a harmonização da livre iniciativa com a função social da propriedade (art. 170) -, a inércia legislativa em matéria cível não impede que, diante de qualquer conduta de conotação sexual no ambiente de trabalho, com ou sem abuso de poder e reiterada apesar de rejeitada, se considere configurado o ilícito de assédio sexual, passando a assistir ao empregado o direito de provocar a tutela jurisdicional.

Assim, havendo provocação da vítima, cabe ao Poder Judiciário (e, mais especificamente, à Justiça do Trabalho, conforme o art. 114, VI da CF) integrar o ordenamento, por meio daqueles fundamentos e princípios constitucionais, e julgar a ação interposta (em geral, uma reclamação trabalhista).

Também neste caso, o provimento jurisdicional se manifesta em duas esferas. Primeiramente, sob ótica *stricto sensu* trabalhista, julga-se a ocorrência ou não do assédio sexual, o que, em caso positivo, sendo obrigação do empregador zelar pela higidez do ambiente de trabalho e pela saúde do trabalhador, enseja à vítima, conforme o art. 483 da CLT, os direitos de considerar indiretamente rescindido o contrato de trabalho e de pleitear todas as parcelas rescisórias a que faria jus se tivesse sido dispensado sem justa causa.

Caso se comprove também a ocorrência de danos morais e patrimoniais (se for o caso, tais como despesas com tratamentos e medicamentos devido a doenças físicas ou psicológicas contraídas em função da conduta opressora), surge a responsabilidade civil indenizatória do agente, conforme o art. 186 do CC. Conseqüentemente, sobrevém a condenação do empregador em reparar aqueles danos decorrentes da relação de trabalho, responsabilidade esta, de natureza subjetiva, que reside sobre o próprio empregador se ele mesmo é o assediador.

Mesmo na hipótese de o assediador ser outro empregado ou preposto do empregador, configura-se a responsabilidade objetiva do empregador (ou seja, ainda que este não tenha atuado com dolo ou culpa na conduta do agente, basta a comprovação da ocorrência do dano e do nexo de causalidade entre a atividade laboral e o dano), sendo-lhe possibilitada, em compensação, ação regressiva contra o empregado ou preposto, conforme os art. 932, III, 933 e 934 do CC. Ainda nesta hipótese, cabe a extinção do contrato de trabalho do empregado ou preposto assediador, por justa causa, conforme o art. 482 da CLT.

Sem jamais se menosprezar a verdadeira violação de direitos personalíssimos de quem é vítima do assédio sexual e o sofrimento de ser coagido a realizar ato íntimo indesejado e

tampouco sem se justificar ou se aceitar a conduta do assediador, é certo que a doutrina e jurisprudência relatam situações em que a própria vítima, inadvertidamente, por sua forma de agir e de se vestir e por certo grau de permissividade em suas relações pessoais no trabalho, estimula a conduta do assediador. Não obstante, este contexto não retira o caráter infracional da conduta, apenas operando uma minoração na indenização a receber por parte da vítima, em decorrência do instituto estritamente cível da culpa concorrente.

*“Se, comumente, há uma relação de poder entre assediante e assediado, este não é um requisito essencial para sua caracterização em sentido amplo, pois o assédio sexual trabalhista poderá ocorrer também entre colegas de serviço, entre empregado e cliente da empresa e até mesmo entre empregado e empregador, figurando este último como vítima. É necessário, contudo, saber efetivamente de quem é a autoria do assédio, para efeito de delimitação de responsabilidades. (...)”*

*É importante destacar, contudo, que embora esta espécie de assédio sexual [por intimidação] não esteja tipificada como crime no ordenamento jurídico brasileiro, sua ilicitude - enquanto forma de violação à liberdade sexual - é evidente, devendo ser combatida e reparada na esfera civil e trabalhista. (...)”*

*Como já se deve ter percebido, defendemos expressamente um ponto que diverge do ‘senso comum’ sobre o assédio sexual, que é o fato do elemento ‘abuso de poder’ não ser essencial para caracterizá-lo, do ponto de vista doutrinário (ainda que reconheçamos a sua imprescindibilidade para a persecução criminal). (...)”*

*A relação de poder, todavia, é sim um elemento essencial para a caracterização da espécie ‘assédio sexual por chantagem’ - criminalizada no ordenamento jurídico brasileiro - uma vez que, nesta forma de assédio sexual, é imprescindível uma subordinação hierárquica que justifique o temor da vítima pela eventual retaliação, no caso de recusar a proposta de prática de conduta com natureza sexual. (...)”*

*Não obstante a legislação brasileira (Art. 216-A do Código Penal) somente considerar crime o assédio sexual laboral por chantagem, a tutela civil (incluindo a trabalhista) pode ser invocada para as outras formas como, por exemplo, a responsabilidade patrimonial dos culpados, a despedida por justa causa do assediador, entre outras consequências.”, Rodolfo Pamplona Filho, “Assédio Sexual: Questões Conceituais”, disponível em <http://jus.uol.com.br/doutrina/texto?id=6826>, acesso em 30/09/10*

## 2.5 - Tipificação Criminal de Assédio Sexual

Diferentemente do assédio moral, se pode dizer que, em virtude dos já mencionados fundamentos e princípios constitucionais ordenadores de regulamentação, o assédio sexual até já recebeu alguma atenção do legislador ordinário - todavia, de forma insuficiente, conforme criticam os autores especialistas no tema. De fato, até a presente data, o ordenamento foi inovado apenas em instância penal, com a inserção no CP, por força da Lei nº 10.224, de 15/05/01, da tipificação como crime de tão somente uma das espécies de assédio sexual.

Certamente em razão das tutelas mais severas da instância penal, o legislador ordinário delimitou apenas a espécie de assédio sexual por chantagem no ambiente de trabalho - em que há, por parte do autor, o uso da superioridade hierárquica ou da ascendência funcional sobre a vítima como forma de pressão e de coação - ao patamar de reprovabilidade social a ponto de configurar crime. Se, por um lado, o tipo é bastante restrito em termos de ambiente de ocorrência, por outro lado, na relação laboral, alcança o autor com superioridade hierárquica ou ascendência tanto em relação privada de trabalho (o próprio empregador ou seus empregados ou prepostos em posição de chefia em geral) quanto em instância administrativa (chefia imediata e demais e superiores hierárquicos).

*CP - Art. 216-A. Constranger alguém com intuito de levar vantagem ou*

*favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.*

O tipo penal em tela contém três elementos básicos: o constrangimento doloso e contrário ao Direito, por obrigar a vítima a uma conduta que ela não deseja; a busca da vantagem ou favorecimento sexual; e a presença de relação de superioridade hierárquica do agente em relação à vítima. Destaque-se que a tipificação em tela requer que a vítima possua uma posição de inferioridade hierárquica em relação ao infrator, de forma que a conduta cause no assediado o efeito de uma chantagem, em que, caso não se submeta às intenções do autor, possa ser gravemente prejudicada em sua relação laboral.

Assim, no foco que aqui mais interessa, o agente que, em posição de superioridade hierárquica ou ascendência funcional, utiliza-se de sua posição de comando como forma de pressão ou de coação de conotação sexual, independentemente da repercussão cível (trabalhista ou administrativa e civil), incorre no crime de assédio sexual, a ser processado e julgado pelas autoridades competentes para a instância penal.

## **2.6 - Aplicação da Conceituação de Assédio Sexual na Administração Pública**

De forma similar ao que se aduziu para o assédio moral, é de se destacar que quase toda a base conceitual acima exposta sobre assédio sexual adveio de manifestações doutrinárias e jurisprudenciais voltadas precipuamente para relações trabalhistas privadas (seja na elaboração de teses e estudos, seja nas análises de casos concretos). Além de o aplicador do Direito Administrativo Disciplinar aqui também se deparar com uma lacuna normativa na Lei nº 8.112, de 11/12/90 (não há um enquadramento direto e específico para assédio sexual), é certo dizer que, em razão das profundas diferenças nas relações de trabalho de cada setor, as fontes doutrinária e jurisprudencial ainda não foram provocadas e, portanto, ainda não se dedicaram a analisar a configuração do assédio sexual em seara pública com a mesma profundidade com que já o fizeram em seara privada.

A afirmação acima em nada se confunde com se arvorar a defender tese equivocada de que a configuração de assédio sexual seria inaplicável na instância administrativa e, conseqüentemente, não haveria nenhuma previsão para repercussão disciplinar para tal conduta. Ao contrário, não se tem dúvida de que as definições, condicionantes e classificações estabelecidos pelos autores e pelos magistrados para assédio sexual no setor privado (em sentido amplo, tanto por chantagem quanto por intimidação) também encontram quase integral aplicação no setor público.

Em sentido oposto ao da análise realizada para o assédio moral, em que, em razão das relevantes peculiaridades da relação estatutária em comparação à relação privada de trabalho, se expôs uma grande diferença na possibilidade de configuração daquele ilícito entre as instâncias trabalhista privada e administrativa pública, aqui, no assédio sexual, tal separação não ocorre em mesma monta.

Na aplicação da modelação teórica do assédio moral à seara pública, defendeu-se uma relevante mitigação nas possibilidades de ocorrência da conduta do agente e das conseqüências na vítima em comparação à sua aplicabilidade no setor privado. Isto porque aquela conduta, nos termos como definida formalmente, intenciona atacar a relação laboral do assediado, o que é mais factível de ocorrer no setor privado, em decorrência do sentido competitivo e quase predatório que lhe é marcante, de forma que o servidor resta mais protegido que o empregado da iniciativa privada.

Ainda que se possa dizer que, mesmo no caso do assédio sexual, resta a favor do servidor um menor grau de temor reverencial em virtude de suas prerrogativas e garantias estatutárias, sendo este um ilícito muito mais ligado a fraquezas humanas do que à relação laboral em si, pode, com idênticas possibilidade e potencialidade, um agente incorrer em tal

desvio de conduta e uma vítima ser dela destinatária tanto no setor privado quanto em seara pública.

Em outras palavras, o assédio sexual se interliga muito mais às lacunas de conduta associadas a desvios e descontroles mentais e fisiológicos inerentes à parcela mais sensorial e irracional de determinada pessoa com o fim de obter a satisfação física (o que independe da condição de o agente ser empregado privado ou servidor estatutário), do que à elaboração pragmática e sistemática de estratégias e artimanhas com o fim de destruir psicologicamente outrem no ambiente de trabalho (o que se demonstra mais factível de ocorrer em seara privada).

As mazelas e lacunas inerentes à personalidade humana, capazes de fazer alguém engendrar as formas pervertidas de pressão e de coação sexual, podem se manifestar em um agente tanto na seara privada quanto na seara pública e podem acometer de igual forma a respectiva vítima, seja ela estatutária ou não. Até se poderia vislumbrar uma mitigação do poder intimidatório, no caso de assédio sexual por chantagem em seara pública, em decorrência de o autor não ter o máximo poder do empregador de pôr fim à relação de trabalho; em seara pública, a pressão, *a priori*, não chega a este clímax tensionador de ameaçar a vítima com a perda do posto de trabalho, conforme pode ocorrer na seara privada, mas pode também atingir valores caros ao servidor e à sua tranquilidade cotidiana, como, por exemplo, ameaçar alterar seu local de exercício, atribuir exagerada carga de tarefas, prejudicar em avaliações funcionais, etc. E, no outro tipo de assédio sexual, por intimidação, mais associado a abordagens inconvenientes e inoportunas no dia a dia, sem pressão hierárquica, reflete-se sobre uma vítima no setor público praticamente o mesmo efeito constrangedor que pode se concretizar em uma vítima no setor privado, sem diferenciação. Em suma, o constrangimento, o desconforto e o abalo emocional que assolam uma vítima de assédio sexual no setor privado, por ferirem parcelas inerentes à sua condição humana (independente de sua condição profissional), são basicamente os mesmos que abatem uma vítima de mesma conduta em seara pública.

Assim, até com mais segurança do que no caso do assédio moral, ratifica-se que, se a conduta prática de um servidor (seja autoridade ou não) amolda-se nas definições e condicionantes adotadas pela doutrina e pela jurisprudência (conduta de natureza sexual reiterada apesar de rejeitada), resta configurado o ilícito de assédio sexual, seja por chantagem, seja por intimidação.

A possibilidade de enquadramento disciplinar da conduta definida como assédio sexual se aplica independentemente de haver o componente da vinculação hierárquica, visto não ser este um elemento essencial mas sim apenas incidental para a configuração do assédio sexual. Para este fim, deve-se atentar para o princípio da independência das instâncias (por meio do qual, uma determinada conduta pode ser típica mas não configurar ilícito disciplinar ou, ao contrário, pode ser enquadrada como ilícito disciplinar mas não possuir tipicidade criminal), para as distintas naturezas da lei penal e da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e para os distintos bens jurídicos que respectivamente se tutelam (conforme melhor se discorreu em **4.6.3**).

Assim, acerca do exposto no início deste tópico quando se conceituou o assédio sexual em seara privada, agora, para adequar aquela modelação para a seara pública, pode-se, primeiramente, aproveitar a definição e as condicionantes da configuração (conduta de conotação sexual reiterada apesar de rejeitada), pois, diferentemente do assédio moral, as peculiaridades do regime estatutário e o maior grau de segurança funcional em comparação ao empregado praticamente não atuam na conduta do agente e no resultado na vítima do assédio sexual. Prosseguindo na comparação, pode-se considerar igualmente aplicáveis na seara pública a classificação do assédio sexual em função dos agentes; as hipóteses de exclusão; e o direito da vítima de requerer, em esfera judicial civil, contra a Administração, indenização pelos danos moral e patrimonial (se for o caso) sofridos.

Com isto, a despeito de a tipicidade penal do assédio sexual prever apenas a hipótese por chantagem (o CP apenas pune a conduta assediadora quando o autor se vale de sua superioridade hierárquica), a Lei Estatutária pode ver enquadrada qualquer conduta de constrangimento com intuito sexual que, praticada de forma reiterada a despeito da resistência da vítima, fira o princípio da moralidade administrativa, sendo indiferente se a conduta é exercida por superior hierárquico contra subordinado ou vice-versa ou ainda contra servidor de mesma hierarquia. Com isto, em instância disciplinar, o enquadramento pode abstrair da vinculação hierárquica e, conseqüentemente, do temor de sério prejuízo sobre a vítima em caso de se negar a atender ao agente. O ilícito disciplinar tanto pode se caracterizar por poder de chantagem (igualmente ao tipo penal) como também por mera intimidação. *A priori*, pode-se inferir que, em instância administrativa, o emprego do poder hierárquico atue como parâmetro incidental capaz de definir qual o enquadramento mais adequado e a conseqüente dosimetria de pena, mas não como elemento essencial para configurar a ilicitude disciplinar.

Verifica-se, com isto, que, administrativamente, não importa a definição restritiva adotada pela lei penal para o tipo criminal do assédio sexual. De acordo com o que se expôs em 3.2.1.1, a definição legal de crime de assédio sexual foi mencionada aqui apenas a título de informação, não devendo a comissão de inquérito e a autoridade administrativa delimitar o enquadramento administrativo à restrição adotada pela lei penal (que pune como crime apenas a espécie de assédio sexual por chantagem, cometido por superior hierárquico) e muito menos processar e menos ainda punir servidor em instância disciplinar por incursão no art. 206-A do CP.

Fazendo-se refletir na instância administrativa disciplinar os já mencionados fundamentos e princípios constitucionais, tem-se que a conduta de assédio sexual (em seu entendimento lato, tanto por chantagem quanto por intimidação, nos termos definidos pela doutrina e pela jurisprudência) praticada no exercício do cargo ou a ele indiretamente relacionada, embora não possua enquadramento direto e específico no regime disciplinar estabelecido na Lei nº 8.112, de 11/12/90, que o defina, vede e sancione, deve ser enquadrada administrativamente na lista de infrações estatutárias deste diploma legal.

De forma análoga ao que se aduziu para o assédio moral, uma vez comprovada nos autos, por meios de provas válidas, a prática de atos que atendam a todas já expostas condicionantes das definições doutrinárias e jurisprudenciais para ter configurado o assédio sexual, deve o aplicador do Direito Administrativo Disciplinar atentar para a elasticidade dos enquadramentos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e para princípios e parâmetros associados à dosimetria da pena, em função das peculiaridades de cada caso (princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, graus de ostensividade, de intensidade e de afronta, emprego ameaçador do poder hierárquico, conforme já aduzido, bem como sua duração e o dano à vítima), com o fim de adequar a conduta concreta às hipóteses legais.

De imediato, sem a pretensão de elaborar lista exaustiva, a mero título de exemplo, pode-se ter a conduta de assédio sexual, em um extremo de menor grau de repulsa, enquadrada no art. 116, IX (inobservância do dever de manter conduta incompatível com a moralidade administrativa) e, no extremo oposto, de forte grau de repulsa, podendo ser enquadrada no art. 132, V (conduta escandalosa na repartição) ou até no art. 132, IV, combinado com o art. 117, IX (improbidade administrativa e valimento de cargo, sobretudo no caso de assédio sexual por chantagem, em que a autoridade se utiliza do poder de seu cargo em confiança para coagir a vítima), todos da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

Com isto, de um lado, na instância administrativa, dentro dos limites de alcance do regime disciplinar, vislumbra-se o aspecto punitivo contra o agente do assédio sexual. Na esteira do que se aduziu acima, quando se mencionou que cabe ao empregado provocar o provimento jurisdicional com o fim de obter a indenização decorrente do dano moral, o mesmo se aplica no caso da seara pública. Assim, de outro lado, para obter eventual reparação por dano moral que entenda ter sofrido em decorrência das violações à sua liberdade sexual

ocorridas no ambiente de trabalho, caberá ao servidor assediado valer-se de sua livre ida ao Poder Judiciário, em instância civil.

Ademais, conforme visto detidamente em **4.7**, condutas pontuais de violação da liberdade sexual (que já foram objeto de análise doutrinária e jurisprudencial no sentido de que não configuram assédio moral), dependendo de seu grau de gravidade e de afronta ao Direito, caso extrapolem o círculo de meros atos comportamentais ajustados pela ética social ou pela gerência de pessoal, até podem não restar impunes na Lei nº 8.112, de 11/12/90, mas, ainda assim, não devem ser confundidas com a definição doutrinária de assédio sexual (que tem como característica ser uma conduta reiterada apesar de rejeitada). Tais atos isolados também podem ser enquadrados nos mesmos dispositivos acima mencionados para condutas reiteradas (art. 116, IX, art. 132, V ou art. 132, IV, combinado com o art. 117, IX).

## **ANEXO V - DADOS DE PUBLICAÇÃO DAS NORMAS CITADAS NO TEXTO**

Neste Anexo, as publicações no DOU que não têm mencionadas a Seção referem-se à Seção 1.

Constituição Federal: promulgada em 05/10/88: publicada no DOU de 05/10/88, pg. 1, Anexo;

Emenda Constitucional nº 18, de 05/02/98: publicada no DOU de 06/02/98, pg. 1;

Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98: publicada no DOU de 05/06/98, pg. 1;

Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98: publicada no DOU de 16/12/98, pg. 1;

Emenda Constitucional nº 34, de 13/12/01: publicada no DOU de 14/12/01, pg. 1;

Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/04: publicada no DOU de 31/12/04, pg. 9;

Lei Complementar nº 64, de 18/05/90: publicada no DOU de 21/05/90, pg. 9591;

Lei Complementar nº 73, de 10/02/93 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União - AGU): publicada no DOU de 11/02/93, pg. 1797;

Lei Complementar nº 75, de 20/05/93 (Lei Orgânica do Ministério Público): publicada no DOU de 21/05/93, pg. 6845;

Lei Complementar nº 95, de 26/02/98: publicada no DOU de 27/02/98, pg. 1;

Lei Complementar nº 101, de 04/05/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal): publicada no DOU de 05/05/00, pg. 1;

Lei Complementar nº 104, de 10/01/01: publicada no DOU de 11/01/01, pg. 1;

Lei Complementar nº 105, de 10/01/01: publicada no DOU de 11/01/01, pg. 1;

Decreto-Lei nº 1.713, de 28/10/39: publicado na Coleção de Lei do Brasil (CLB) de 31/12/39, volume 8, pg. 92;

Decreto-Lei nº 2.848, de 07/12/40 (Código Penal - CP): publicado no DOU de 31/12/40, pg. 23911;

Decreto-Lei nº 3.688, de 03/10/41: publicado na Coleção de Lei do Brasil (CLB) de 31/12/41, volume 7, pg. 26;

Decreto-Lei nº 3.689, de 03/10/41 (Código de Processo Penal - CPP): publicado no DOU de 3/10/41, pg. 19699;

Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/42 (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB): publicada no DOU de 09/09/42, pg. 1;

Decreto-Lei nº 5.452, de 01/05/43 (Consolidação das Leis do Trabalho - CLT): publicado no DOU de 09/08/43, pg. 11.937;

Decreto-Lei nº 9.295, de 17/05/46: publicada no DOU de 28/05/46, pg. 7889;

Decreto-Lei nº 37, de 18/11/66: publicado no DOU de 21/11/66, pg 13403;

Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67: publicado no DOU de 27/02/67, pg. 2348;

Decreto-Lei nº 2.346, de 23/07/87: publicado no DOU de 24/07/87, pg. 11766;

- Lei nº 1.079, de 10/04/50: publicada no DOU de 12/04/50, pg. 5425;
- Lei nº 1.521, de 26/12/51: publicada no DOU de 27/12/51, pg. 18.802;
- Lei nº 1.711, de 28/10/52 (anterior Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União - EF): publicada no DOU de 01/11/52, pg. 16865;
- Lei nº 4.345, de 26/06/64: publicada no DOU de 26/06/64, pg. 5569;
- Lei nº 4.717, de 29/06/65 (Lei da Ação Popular): publicada no DOU de 05/07/65, pg. 1;
- Lei nº 4.862, de 29/11/65: publicada no DOU de 30/11/65, pg. 12129;
- Lei nº 4.878, de 03/12/65: publicada no DOU de 06/12/65, pg. 12371;
- Lei nº 4.898, de 09/12/65: publicada no DOU de 13/12/65, pg. 12755;
- Lei nº 5.172, de 25/10/66 (Código Tributário Nacional - CTN): publicada no DOU de 27/10/66, pg. 12452;
- Lei nº 5.645, de 10/12/70: publicada no DOU de 11/12/70, pg. 10537;
- Lei nº 6.404, de 15/12/76 (Lei das Sociedades Anônimas): publicada no DOU de 17/12/76, pg. 1, Suplemento;
- Lei nº 7.716, de 05/01/89: publicada no DOU de 06/01/89, pg. 369;
- Lei nº 8.026, de 12/04/90: publicada no DOU de 13/04/90, pg. 7094;
- Lei nº 8.027, de 12/04/90: publicada no DOU de 13/04/90, pg. 7094;
- Lei nº 8.112, de 11/12/90 (Estatuto ou Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais): publicada no DOU de 12/12/90, pg. 23935, e teve sua redação consolidada no DOU de 18/03/98, pg. 1, por determinação do art. 13 da Lei nº 9.527, de 10/12/97, DOU de 11/12/97, pg. 29421;
- Lei nº 8.137, de 27/12/90: publicada no DOU de 28/12/90, pg. 25534;
- Lei nº 8.159, de 08/01/91: publicada no DOU de 09/01/91, pg. 455;
- Lei nº 8.162, de 08/01/91: publicada no DOU de 09/01/91;
- Lei nº 8.429, de 02/06/92 (Lei de Improbidade Administrativa) publicada no DOU de 03/06/92, pg. 6993;
- Lei nº 8.443, de 16/07/92: publicada no DOU de 17/07/92, pg. 9449;
- Lei nº 8.666, de 21/06/93 (Lei de Licitações e Contratos): publicada no DOU de 22/06/93, pg. 8269;
- Lei nº 8.730, de 10/11/93: publicada no DOU de 11/11/93, pg. 16929;
- Lei nº 8.745, de 09/12/93: publicada no DOU de 10/12/93, pg. 18973;
- Lei nº 8.878, de 11/05/94: publicada no DOU de 12/05/94, pg. 7021;
- Lei nº 8.906, de 04/07/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB): publicada no DOU de 05/07/94, pg. 10093;
- Lei nº 8.934, de 18/11/94: publicada no DOU de 21/11/94, pg. 17497;
- Lei nº 8.935, de 18/11/94: publicada no DOU de 21/11/94, pg. 17500;
- Lei nº 9.028, de 12/04/95: publicada no DOU de 13/04/95, pg. 5289;
- Lei nº 9.051, de 18/05/95: publicada no DOU de 19/05/95, pg. 7126;
- Lei nº 9.099, de 26/09/95: publicada no DOU de 27/09/95, pg. 15033;
- Lei nº 9.250, de 26/12/95: publicada no DOU de 27/12/95, pg. 22304;

Lei nº 9.265, de 12/02/96: publicada no DOU de 13/02/96, pg. 2405;  
Lei nº 9.296, de 24/07/96: publicada no DOU de 25/07/96, pg. 13757;  
Lei nº 9.311, de 24/10/96: publicada no DOU de 25/10/96, pg. 21877;  
Lei nº 9.394, de 20/12/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação): publicada no DOU de 23/12/96, pg. 27833;  
Lei nº 9.430, de 27/12/96: publicada no DOU de 30/12/96, pg. 1;  
Lei nº 9.455, de 07/04/97: publicada no DOU de 08/04/97, pg. 6742;  
Lei nº 9.527, de 10/12/97: publicada no DOU de 11/12/97, pg. 29421;  
Lei nº 9.537, de 11/12/97: publicada no DOU de 12/12/97, pg. 29510;  
Lei nº 9.613, de 03/03/98: publicada no DOU de 04/03/98, pg. 1;  
Lei nº 9.625, de 07/04/98: publicada no DOU de 08/04/98, pg. 2;  
Lei nº 9.649, de 27/05/98: publicada no DOU de 28/05/98, pg. 5;  
Lei nº 9.784, de 29/01/99 (Lei Geral do Processo Administrativo): publicada no DOU de 01/02/99, pg. 1;  
Lei nº 9.800, de 26/05/99: publicada no DOU de 27/05/99, pg. 1;  
Lei nº 9.801, de 14/06/99: publicada no DOU de 15/06/99, pg. 1;  
Lei nº 9.962, de 22/02/00: publicada no DOU de 23/02/00, pg. 1;  
Lei nº 10.028, de 19/10/00: publicada no DOU de 20/10/00, pg. 1;  
Lei nº 10.180, de 06/02/01: publicada no DOU de 07/02/01, pg. 2;  
Lei nº 10.224, de 15/05/01: publicada no DOU de 16/05/01, pg. 1;  
Lei nº 10.406, de 10/01/02 (Código Civil - CC): publicada no DOU de 11/01/02, pg. 1;  
Lei nº 10.522, de 19/07/02: publicada no DOU de 22/07/02, pg. 1;  
Lei nº 10.593, de 06/12/02: publicada no DOU de 09/12/02, pg. 1;  
Lei nº 10.683, de 28/05/03: publicada no DOU de 29/05/03, pg. 2;  
Lei nº 10.792, de 01/12/03: publicada no DOU de 02/12/03, pg. 2;  
Lei nº 10.833, de 29/12/03: publicada no DOU de 30/12/03, pg. 1;  
Lei nº 11.196, de 21/11/05: publicada no DOU de 22/11/05, pg. 1;  
Lei nº 11.357, de 19/10/06: publicada no DOU de 20/10/06, pg. 28;  
Lei nº 11.417, de 19/12/06: publicada no DOU de 20/12/06, pg. 1;  
Lei nº 11.419, de 19/12/06: publicada no DOU de 20/12/06, pg. 2;  
Lei nº 11.457, de 16/03/07: publicada no DOU de 19/03/07, pg. 1;  
Lei nº 11.690, de 09/06/08: publicada no DOU de 10/06/08, pg. 5;  
Lei nº 11.788, de 25/09/08: publicada no DOU de 26/09/08, pg. 3;  
Lei nº 11.890, de 24/12/08: publicada no DOU de 26/12/08, pg. 3;  
Lei nº 11.900, de 08/01/09: publicada no DOU de 09/01/09, pg. 3;  
Lei nº 11.907, de 02/02/09: publicada no DOU de 03/02/09, pg. 1;  
Lei nº 12.527, de 18/11/11 (Lei de Acesso à Informação Pública): publicada no DOU de 18/11/11, pg. 1, Edição Extra;

- Lei nº 12.682, de 9/07/12: publicada no DOU de 10/07/12, pg. 1;
- Lei nº 12.813, de 16/05/13 (Lei de Conflito de Interesses): publicada no DOU de 17/05/13, pg. 1;
- Lei nº 12.846, de 01/08/13 (Lei Anticorrupção): publicada no DOU de 02/08/13, pg. 1;
- Lei nº 12.865, de 09/10/13: publicada no DOU de 10/10/13, pg. 1;
- Lei nº 12.998, de 18/06/14: publicada no DOU de 20/06/14, pg. 5;
- Lei nº 13.105, de 16/03/15 (Código de Processo Civil - CPC): publicada no DOU de 17/03/15, pg. 1;
- Lei nº 13.328, de 29/07/16: publicada no DOU de 29/07/16, pg. 132, Edição Extra;
- Lei nº 13.346, de 10/10/16: publicada no DOU de 11/10/16, pg. 1;
- Lei nº 13.502, de 01/11/17: publicada no DOU de 03/11/17, pg. 1;
- 
- Medida Provisória nº 2.143-31, de 02/04/01: publicada no DOU de 03/04/01, pg. 1;
- Medida Provisória nº 2.174-28, de 24/08/01: publicada no DOU de 25/08/01, pg. 4;
- Medida Provisória nº 2.200-2, de 24/08/01: publicada no DOU de 27/08/01, pg. 65;
- Medida Provisória nº 431, de 14/05/08: publicada no DOU de 14/05/08, pg. 1, Edição Extra;
- Medida Provisória nº 440, de 29/08/08: publicada no DOU de 29/08/08, pg. 1, Edição Extra;
- Medida Provisória nº 441, de 29/08/08: publicada no DOU de 29/08/08, pg. 19, Edição Extra;
- 
- Decreto nº 20.910, de 06/01/32 (editado como ato do Governo Provisório, com força de lei, visto que o Congresso encontrava-se fechado): publicado no DOU de 08/01/32, pg. 1371;
- Decreto nº 13.609, de 21/10/43: publicado na Coleção de Leis do Brasil (CLB) de 31/12/43, volume 8, pg. 41;
- Decreto nº 70.235, de 06/03/72: publicado no DOU de 07/03/72, pg. 1923;
- Decreto nº 84.669, de 29/04/80: publicado no DOU de 30/04/80, pg. 7627;
- Decreto nº 94.664, de 23/07/87: publicado no DOU de 24/07/87, pg. 11768;
- Decreto nº 99.177, de 15/03/90: publicado no DOU de 15/03/90, pg. 53612;
- Decreto nº 325, de 01/11/91: publicado no DOU de 04/11/91, pg. 24671;
- Decreto nº 646, de 09/09/92: publicado no DOU de 10/09/92, pg. 12473;
- Decreto nº 1.171, de 22/06/94: publicado no DOU de 23/06/97, pg. 9295;
- Decreto nº 1.590, de 10/08/95: publicado no DOU de 11/08/95, pg. 12114;
- Decreto nº 1.867, de 17/04/96: publicado no DOU de 18/04/96, pg. 6534;
- Decreto nº 2.331, de 01/10/97: publicado no DOU de 02/10/97, pg. 21911;
- Decreto nº 2.346, de 10/10/97: publicado no DOU de 13/10/97, pg. 22955;
- Decreto nº 2.596, de 18/05/98: publicado no DOU de 19/05/98, pg. 3;
- Decreto nº 3.000, de 26/03/99 (Regulamento do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza): publicado no DOU de 29/03/99, pg. 1;
- Decreto nº 3.035, de 27/04/99: publicado no DOU de 28/04/99, pg. 6;
- Decreto nº 3.151, de 23/08/99: publicado no DOU de 24/08/99, pg. 27;

Decreto nº 3.644, de 30/10/00: publicado no DOU de 31/10/00, pg. 1;  
Decreto nº 3.711, de 27/12/00: publicado no DOU de 28/12/00, pg. 81;  
Decreto nº 3.724, de 10/01/01: publicado no DOU de 11/01/01, pg. 6;  
Decreto nº 3.781, De 02/04/01: publicado no DOU de 03/04/01, pg. 7;  
Decreto nº 4.177, de 28/03/02: publicado no DOU de 01/04/02, pg. 6;  
Decreto nº 4.187, de 08/04/02: publicado no DOU de 09/04/02, pg. 1;  
Decreto nº 4.410, de 07/10/02: publicado no DOU de 08/10/02, pg. 1;  
Decreto nº 4.520, de 16/12/02: publicado no DOU de 17/12/02, pg. 3;  
Decreto nº 5.480, de 30/06/05: publicado no DOU de 01/07/05, pg. 3;  
Decreto nº 5.483, de 30/06/05: publicado no DOU de 01/07/05, pg. 3;  
Decreto nº 5.497, de 21/07/05: publicado no DOU de 22/07/05, pg. 13;  
Decreto nº 5.687, de 31/01/06: publicado no DOU de 01/02/06, pg. 1;  
Decreto nº 5.992, de 19/12/06: publicado no DOU de 20/12/06, pg. 11;  
Decreto nº 6.029, de 01/02/07: publicado no DOU de 02/02/07, pg. 2;  
Decreto nº 6.641, de 11/11/08: publicado no DOU de 11/11/08, pg. 1;  
Decreto nº 6.759, de 05/02/09 (Regulamento Aduaneiro): publicado no DOU de 06/02/09, pg. 1;  
Decreto nº 7.003, de 09/11/09: publicado no DOU de 10/11/09, pg. 2;  
Decreto nº 7.203, de 04/06/10: publicado no DOU de 07/06/10, pg. 4;  
Decreto nº 7.482, de 16/05/11: publicado no DOU de 17/05/11, pg. 13;  
Decreto nº 7.574, de 29 de setembro de 2011: publicado no DOU de 30/09/11, pg. 6;  
Decreto nº 7.724, de 16/05/12: publicado no DOU de 15/05/12, pg. 1, Seção Extra;  
Decreto nº 7.845, de 14/11/12: publicado no DOU de 16/11/12, pg. 1;  
Decreto nº 7.777, de 24/07/12: publicado no DOU de 25/07/12, pg. 4;  
Decreto nº 8.029, de 20/06/13: publicado no DOU de 21/06/13, pg. 9;  
Decreto nº 8.420, de 18/03/15: publicado no DOU de 19/03/15, pg. 3;  
Decreto nº 8.539, de 08/10/15: publicado no DOU de 09/10/15, pg. 2;  
Decreto nº 8.789, de 20/06/16: publicado no DOU de 30/06/16, pg. 2  
Decreto nº 8.821, de 26/07/16: publicado no DOU de 26/07/16, pg. 1, Seção Extra;  
Decreto nº 8.853, de 22/09/16: publicado no DOU de 23/09/16, pg. 1;  
Decreto nº 8.910, de 22/11/16: publicado no DOU de 23/11/16, pg. 13;  
Decreto nº 9.003, de 13/03/17: publicado no DOU de 14/03/17, pg. 2;  
Decreto nº 9.094, de 17/07/17: publicado no DOU de 18/07/17, pg. 2;  
Decreto nº 9.144, de 22/08/17: publicado no DOU de 23/08/17, pg. 15;

Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 298, de 05/09/07: publicada no DOU de 11/09/07, pg. 51;

Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 333, de 19/09/13: publicada no DOU de 20/09/13,

pg. 80;

Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278, de 15/12/16: publicada no DOU de 16/12/16, pg. 220;

Portaria Mare nº 2.561, de 16/08/95: publicada no DOU de 17/08/95, pg. 12528;

Portaria Mare/SRH nº 2, de 14/10/98: publicada no DOU de 15/10/98, pg. 96;

Portaria PR/CC nº 91, de 04/12/02: publicada no DOU de 05/12/02, pg. 30;

Portaria Normativa MPOG/SLTI nº 5, de 19/12/02: publicada no DOU de 09/01/03, pg. 101;

Portaria Normativa MPOG/Segep nº 4, de 06/07/12: publicada no DOU de 09/07/12, pg. 108;

Portaria CGU nº 335, de 30/05/06: publicada no DOU de 31/05/06, pg. 2;

Portaria CGU nº 1.043, de 24/07/07: publicada no DOU de 25/07/07, pg. 9;

Portaria CGU nº 854, de 28/04/11: publicada no DOU de 29/04/11, pg. 5;

Portaria CGU nº 1.613, de 26/07/12: publicada no DOU de 30/07/12, pg. 13;

Portaria CGU nº 1.911, de 04/10/13: publicada no DOU de 07/10/13, pg. 2;

Portaria CGU nº 909, de 07/04/15: publicada no DOU de 08/04/15, pg. 3;

Portaria CGU nº 910, de 07/04/15: publicada no DOU de 08/04/15, pg. 4;

Portaria CGU/CRG nº 513, de 05/03/09: publicada no DOU de 06/03/09, pg. 6;

Portaria PR/IN nº 268, de 05/10/09: publicada no DOU de 09/10/09, pg. 3;

Portaria DPC nº 78, de 15/04/11: publicada no DOU de 18/04/11, pg. 12;

Portaria Conjunta AGU/CGU-PGF-CGAU nº 1, de 01/03/16: publicada no DOU de 07/03/16, pg. 9;

Portaria AGU nº 490, de 24/10/11: publicada no DOU de 25/10/11, pg. 6;

Orientação Normativa MPOG/SRH nº 3, de 23/02/10: publicada no DOU de 24/02/10, pg. 128;

Portaria MPOG/SEGRT nº 19, de 20/04/17: publicada no DOU de 25/04/17, pg. 54;

Instrução Normativa Sedap nº 205, de 08/04/88: publicada no DOU de 11/04/88, pg. 6109;

Instrução Normativa DTN/MEPF nº 8, de 21/12/90: publicada no DOU de 24/12/90, pg. 25235;

Instrução Normativa TCU nº 67, de 06/07/11: publicada no DOU de 08/07/11, pg. 137;

Instrução Normativa TCU nº 71, de 28/11/12: publicada no DOU de 05/12/12, pg. 120;

Instrução Normativa CGU nº 4, de 17/02/09: publicada no DOU de 18/02/09, pg. 1;

Instrução Normativa SFC nº 1, de 06/04/01: publicada no DOU de 10/04/01, pg. 5;

Instrução Normativa CGU/CRG nº 12, de 01/11/11: publicada no DOU de 03/11/11, pg. 3;

Instrução Normativa Conjunta CGU/CRG-CGU/OGU nº 1, de 24/06/14: publicada no Boletim Interno nº 27, de 04/07/14;

Instrução Normativa CGU nº 1, de 07/04/15: publicada no DOU de 08/04/15, pg. 2;

Instrução Normativa CGU nº 2, de 07/04/15: publicada no DOU de 08/04/15, pg. 3;

Orientação Normativa CGU nº 2, de 09/09/14: publicada no DOU de 12/09/14, pg. 2;

Orientação Normativa Conjunta CGU/CEP nº 1, de 06/05/16: publicada no DOU de 09/05/16,

pg. 5;

Portaria CGU nº 677, de 10/03/17: publicada no DOU de 14/03/17, pg. 55;

Portaria CGU nº 1.450, de 04/07/17: publicada no DOU de 06/07/17, pg. 86;

Resolução TCU nº 246, de 30/11/11: republicada no Boletim TCU nº 1, de 02/01/15;

Portaria Interministerial MF/MT/MPDG nº 75: publicada no DOU de 01/03/17, pg. 41

Portaria MF nº 606, de 03/09/92: publicada no DOU de 08/09/92, pg. 12373;

Portaria MF nº 227, de 03/09/98: publicada no DOU de 04/09/98, pg. 3;

Portaria MF nº 95, de 30/04/07: publicada no DOU de 02/05/07; pg. 1, Edição Extra;

Portaria MF nº 218, de 23/09/08: publicada no DOU de 25/09/08, pg. 19, Seção 2;

Portaria MF nº 10, de 19/01/09: publicada no DOU de 21/01/09, pg. 13;

Portaria MF nº 191, de 28/04/09: publicada no DOU de 30/04/09;

Portaria MF nº 249, de 12/06/09: publicada no DOU de 16/06/09, pg. 6;

Portaria MF nº 392, de 14/07/09: publicada no DOU de 16/07/09, pg. 26, Seção 2;

Portaria MF nº 393, de 14/07/09: publicada no DOU de 16/07/09, pg. 27, Seção 2;

Portaria MF nº 20, de 19/01/10: publicada no DOU de 21/01/10, pg. 17;

Portaria MF nº 21, de 19/01/10: publicada no DOU de 21/01/10, pg. 17;

Portaria MF nº 527, de 09/11/10: publicada no DOU de 10/11/10, pg. 6;

Portaria MF nº 203, de 14/05/12 (Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB): publicada no DOU de 17/05/12, pg. 16;

Portaria MF nº 233, de 26/06/12: publicada no DOU de 28/06/12, pg. 145;

Portaria MF nº 260, de 26/07/12: publicada no DOU de 27/07/12, pg. 15;

Portaria MF nº 492, de 23/09/13: publicada no DOU de 25/09/13, pg. 68;

Portaria MF nº 71, de 28/04/14: publicada no DOU de 29/04/14, pg. 41;

Portaria MF nº 173, de 29/10/14: publicada no DOU de 30/10/14, pg. 48;

Portaria MF nº 499, de 11/12/14: publicada no DOU de 19/01/15, pg. 1;

Portaria MF nº 167, de 24/03/15: publicada no DOU de 25/03/15, pg. 17;

Portaria MF nº 396, de 05/09/17: publicada no DOU de 08/09/17, pg. 678;

Portaria Coger-MF nº 24, de 29/10/13: publicada no DOU de 30/10/13, pg. 16;

Portaria Coger-MF nº 25, de 29/10/13: publicada no DOU de 30/10/13, pg. 16;

Portaria Coger-MF nº 26, de 30/10/13: publicada no DOU de 31/10/13, pg. 49;

Portaria Coger-MF nº 17, de 30/01/14: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 5, de 31/01/14;

Portaria Coger-MF nº 42, de 21/11/13: publicada no DOU de 22/11/13, pg. 36;

Instrução Normativa SRF nº 69, de 04/05/87: publicada no DOU de 05/05/87, pg. 6495;

Instrução Normativa SRF nº 19, de 17/02/98: publicada no DOU de 18/02/98, pg. 19;

Instrução Normativa SRF nº 20, de 25/02/98: publicada no DOU de 18/02/98, pg. 15;

Instrução Normativa SRF nº 341, de 15/07/03: publicada no DOU de 16/07/03, pg. 24;

Instrução Normativa SRF nº 680, de 02/10/06: publicada no DOU de 05/10/06, pg. 38;

Instrução Normativa RFB nº 802, de 27/12/07: publicada no DOU de 28/12/07, pg. 52;  
Instrução Normativa RFB nº 811, de 28/01/08: publicada no DOU de 29/01/08, pg. 23;  
Instrução Normativa RFB nº 1.571, de 02/07/15: publicada no DOU de 03/07/15, pg. 32;  
Portaria SRF nº 782, de 20/06/97: publicada no DOU de 23/06/97, pg. 12902 (revogada pela Portaria SRF nº 450, de 28/04/04);  
Portaria SRF nº 695, de 21/07/99: publicada no DOU de 22/07/99, pg. 11;  
Portaria SRF nº 699, de 21/07/99: publicada no DOU de 23/07/99, pg. 18;  
Portaria RFB nº 451, de 23/03/10: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 13, de 26/03/10;  
Portaria SRF nº 374, de 20/03/02: publicada no Boletim de Serviço MF nº 12, de 22/03/02;  
Portaria SRF nº 883, de 16/07/02: publicada no DOU de 18/07/02, pg. 45;  
Portaria SRF nº 1.205, de 18/10/02: publicada no DOU de 24/10/02, pg. 65;  
Portaria SRF nº 195, de 02/03/04: publicada no DOU de 04/03/04, pg. 12;  
Portaria SRF nº 450, de 28/04/04: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 18, de 30/04/04;  
Portaria RFB nº 4.338, de 09/09/05: publicada no DOU de 12/09/05, Seção 2, pg. 19;  
Portaria RFB nº 4.491, de 06/10/05: publicada no DOU de 17/10/05, pg. 13;  
Portaria RFB nº 4.582, de 09/11/05: publicada no DOU de 10/11/05, pg. 21;  
Portaria SRF nº 73, de 01/01/06: publicada no DOU de 11/01/06, pg. 11;  
Portaria SRF nº 259, de 13/03/06: publicada no DOU de 14/03/06, pg. 27;  
Portaria SRF nº 306, de 22/03/07: publicada no DOU de 26/03/07, pg. 7;  
Portaria RFB nº 11.230, de 09/11/07: publicada no DOU de 12/11/07, pg. 16;  
Portaria RFB nº 11.311, de 27/11/07: publicada no DOU de 20/12/539/11/07, pg. 41;  
Portaria RFB nº 2.324, de 23/09/09: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 39, de 25/09/09;  
Portaria RFB nº 2.439, de 21/12/10: publicada no DOU de 22/12/10, pg. 34;  
Portaria RFB nº 2.155, de 21/02/11: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 8, de 25/02/11;  
Portaria RFB nº 2.344, de 24/03/11: publicada no DOU de 28/03/11, pg. 33;  
Portaria RFB nº 3.131, de 15/07/11: publicada no DOU de 19/07/11, pg. 15;  
Portaria RFB nº 3.262, de 19/08/11: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 33, de 19/08/11;  
Portaria RFB nº 3.286, de 24/08/11: publicada no DOU de 25/08/11, pg. 75;  
Portaria RFB nº 3.300, de 29/08/11: publicada no DOU de 30/08/11, pg. 21;  
Portaria RFB nº 3.541, de 07/10/11: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 40, de 07/10/11;  
Portaria RFB nº 3.693, de 28/11/11: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 48, de 02/12/11;  
Portaria RFB nº 268, de 06/03/12: publicada no DOU de 07/03/12, pg. 14;  
Portaria RFB nº 914, de 12/04/12: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 16, de 20/04/12;  
Portaria RFB nº 1.277, de 09/07/12: publicada no DOU de 11/07/12, pg. 18;  
Portaria RFB nº 2.206, de 28/09/12: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 39, de 28/09/12;  
Portaria RFB nº 136, de 06/02/13: publicada no DOU de 07/02/13, pg. 17;  
Portaria RFB nº 551, de 30/04/13: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 18, de 03/05/13;  
Portaria RFB nº 773, de 24/06/13: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 26, de 28/06/13;

Portaria RFB nº 1.880, de 24/12/13: publicada no DOU de 26/12/13, pg. 37;

Portaria RFB nº 1.887, de 26/12/13: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 52, de 27/12/13;

Portaria RFB nº 872, de 03/04/14: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 3, de 04/04/14, pg. 1;

Portaria RFB nº 1.687, 17/09/14: publicada no DOU de 18/09/14, pg. 31;

Portaria RFB nº 1.863, de 30/10/14: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 145, de 31/10/14, pg. 2;

Portaria RFB nº 2.047, de 26/11/14: publicada no DOU de 27/11/14, pg. 24;

Portaria RFB nº 444, de 23/03/15: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 68, de 13/04/15, pg. 2;

Portaria RFB nº 38, de 11/01/16: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 8, de 13/01/16, pg. 2;

Portaria RFB nº 457, de 28/03/16: publicada no DOU de 30/03/16, pg. 24;

Portaria RFB nº 1.384, de 09/09/16: publicada no DOU de 14/09/16, pg. 17;

Portaria RFB nº 2.383, de 13/07/17: publicada no DOU de 14/07/17, pg. 34;

Portaria RFB nº 6.451, de 27/12/17: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 1, de 02/01/18, pg. 3;

Portaria Coger/Cofis nº 1, de 10/03/06: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 10, de 10/03/06;

Portaria Coger/Cogep nº 1, de 18/11/11: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 46, de 18/11/11;

Portaria Coger nº 37, de 02/08/99: publicada no DOU de 03/08/99, pg. 2, Seção 2;

Portaria Coger nº 198, de 24/08/06: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 34, de 25/08/06;

Portaria Coger nº 219, de 06/09/06: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 36, de 06/09/06;

Portaria Coger nº 124, de 29/11/07: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 48, de 30/11/07;

Portaria Coger nº 11, de 21/02/08: publicada no Boletim de Serviço MF nº 8, de 22/02/08;

Portaria Coger nº 62, de 04/07/08: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 27, de 04/07/08;

Portaria Coger nº 108, de 16/12/09: publicada no DOU de 23/12/09, Seção 2, pg. 32;

Portaria Coger nº 51, de 11/08/10: publicada no DOU de 13/08/10, pg. 34;

Portaria Coger nº 52, de 19/08/10: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 34, de 20/08/10.

Portaria Coger nº 40, de 05/07/12: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 27, de 06/07/12;

Portaria Coger nº 41, de 05/07/12: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 27, de 06/07/12;

Portaria Coger nº 11, de 19/02/13: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 8, de 22/02/13;

Portaria Coger nº 37, de 19/06/13: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 25, de 21/06/13;

Portaria Coger nº 3, de 16/01/14: publicada no DOU de 17/01/14, pg. 43;

Portaria Coger nº 4, de 16/01/14: publicada no DOU de 17/01/14, pg. 43;

Portaria Coger nº 13, de 30/01/14: publicada no DOU de 03/02/14, pg. 23;

Portaria Coger nº 14, de 30/01/14: publicada no DOU de 03/02/14, pg. 23;

Portaria Coger nº 23, de 06/05/14: publicada no DOU de 09/05/14, pg. 23;

Portaria Coger nº 62, de 10/10/14: publicada na DOU de 13/10/14, pg. 644;

Portaria Coger nº 72, de 21/11/14: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 161, de 24/11/14, pg. 13;

Portaria Coger nº 73, de 02/12/14: publicada no DOU de 03/12/14, pg. 18;

Portaria Coger nº 36, de 16/04/15: publicada no Boletim de Serviço da RFB nº 73, de 20/04/15, pg. 2;

Portaria Coger nº 106, de 08/09/15: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 171, de 14/09/15, pg. 3;

Portaria Coger nº 133, de 26/11/15: publicada no DOU de 01/12/15, pg. 14;

Portaria Coger nº 32, de 26/04/16: publicada no DOU de 28/04/16, pg. 59, e republicada no DOU de 05/05/16, pg. 38;

Portaria Coger nº 66, de 30/09/16: publicada no DOU de 11/10/16, pg. 26, Seção 2;

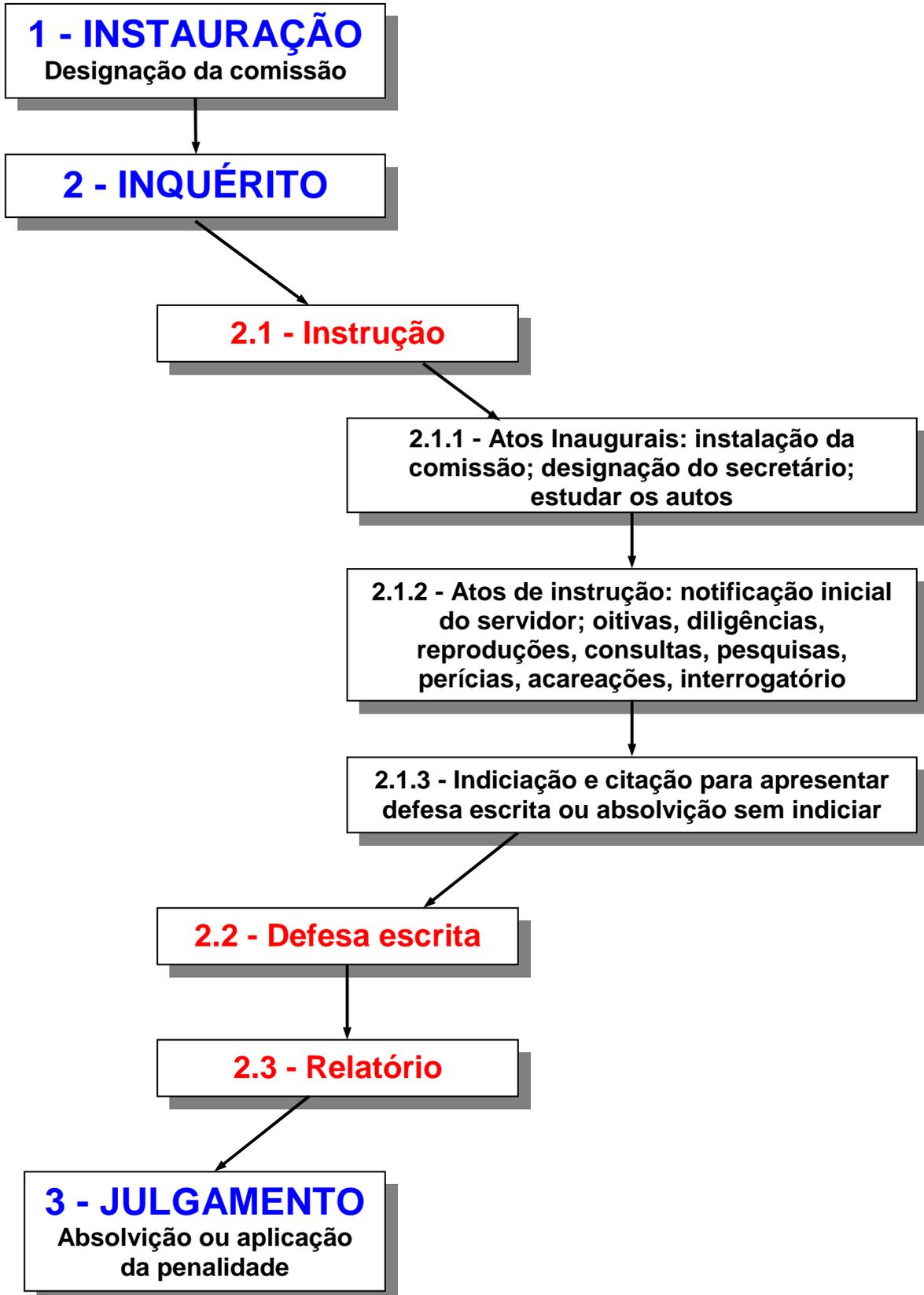
Ordem de Serviço Coger nº 1, de 13/06/13: publicada no Boletim de Pessoal MF nº 24, de 14/06/13;

Ordem de Serviço Coger nº 1, de 03/05/15: publicada no Boletim de Serviço RFB nº 104, de 05/06/15, pg. 2;

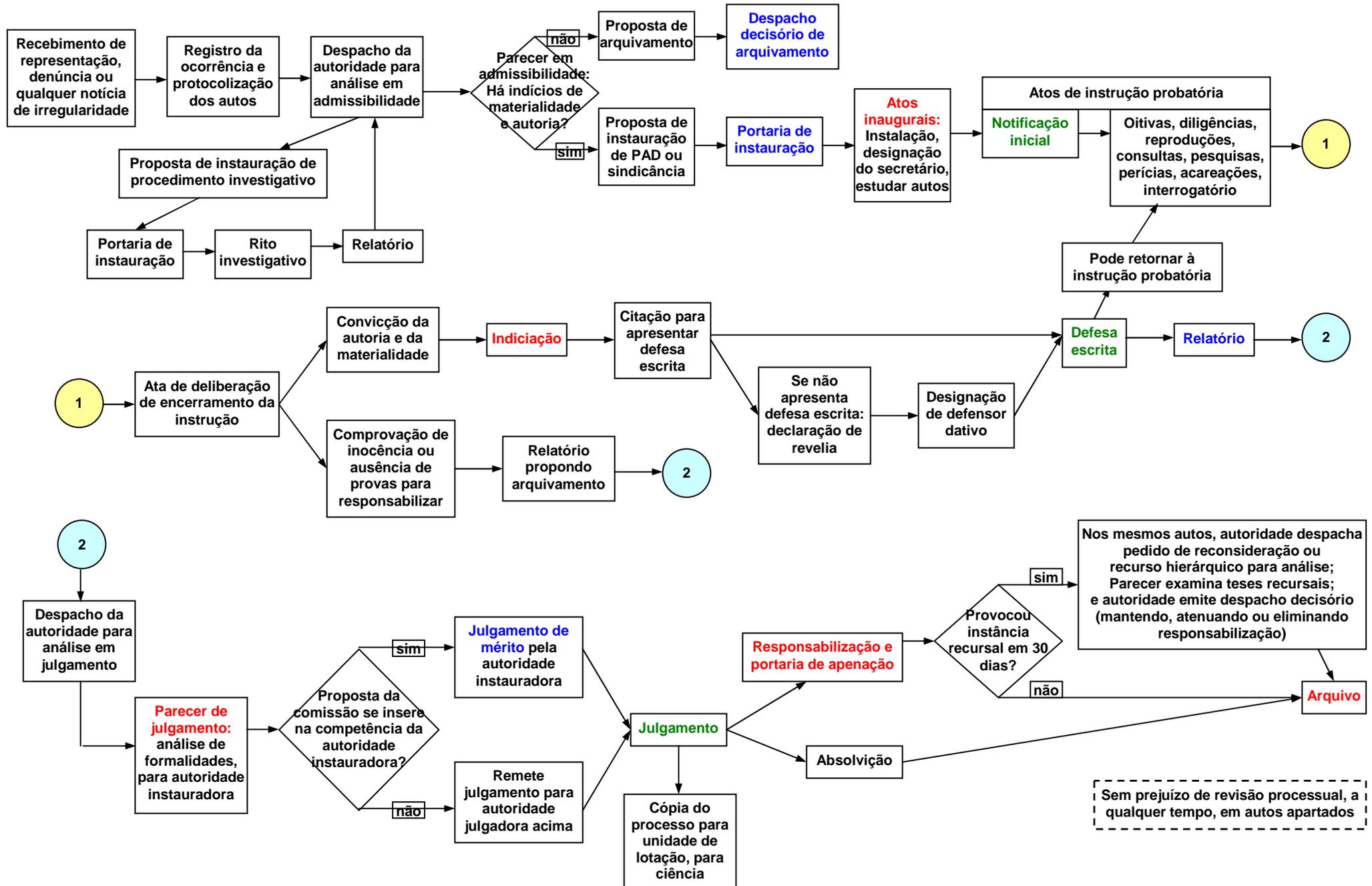
Portaria Cogep nº 322, de 27/06/12: publicada Boletim de Pessoal MF nº 26, de 29/06/12.

## ANEXO VI - FLUXOGRAMAS

### PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR Fluxograma sintético do rito ordinário

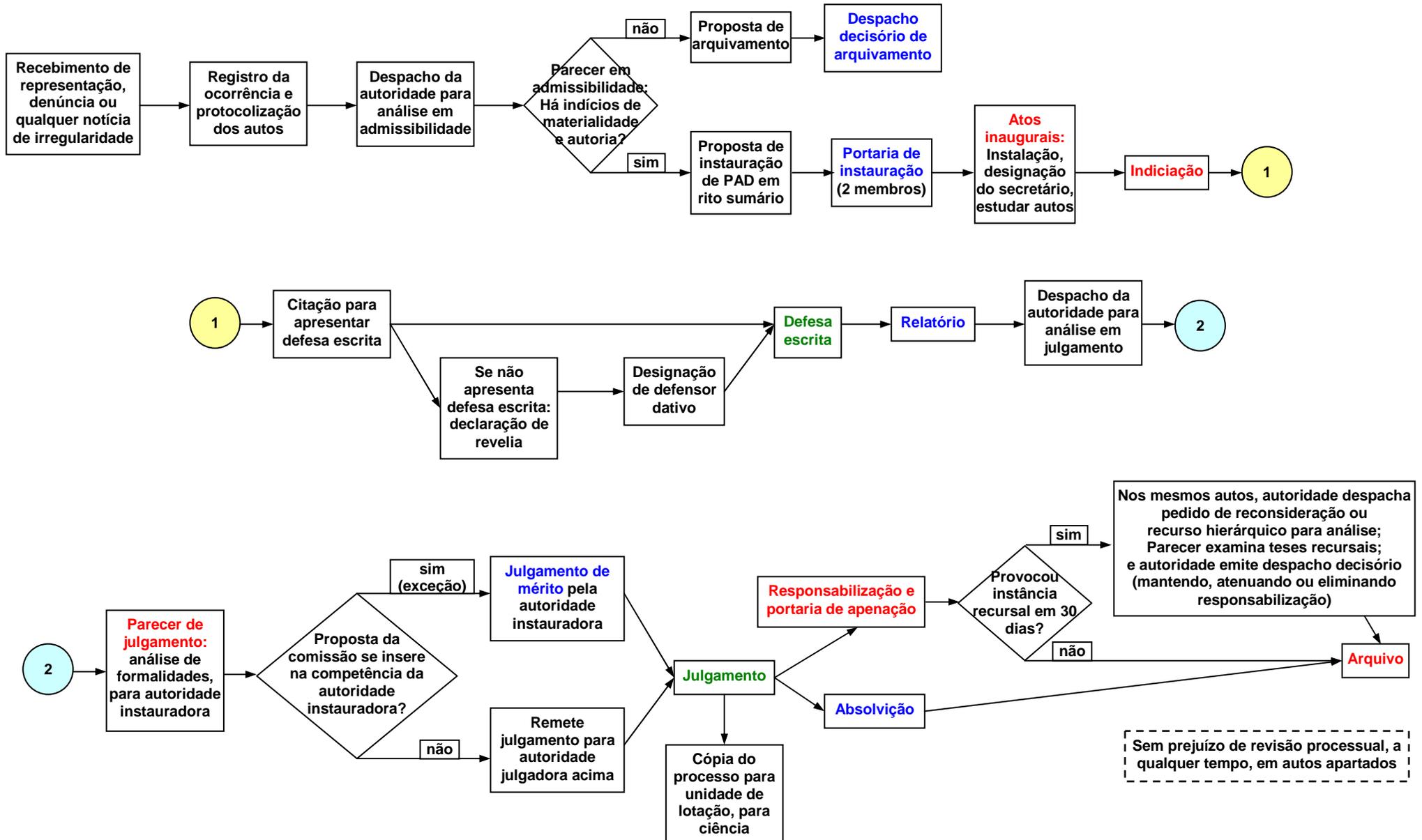


## PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR Fluxograma detalhado do rito ordinário



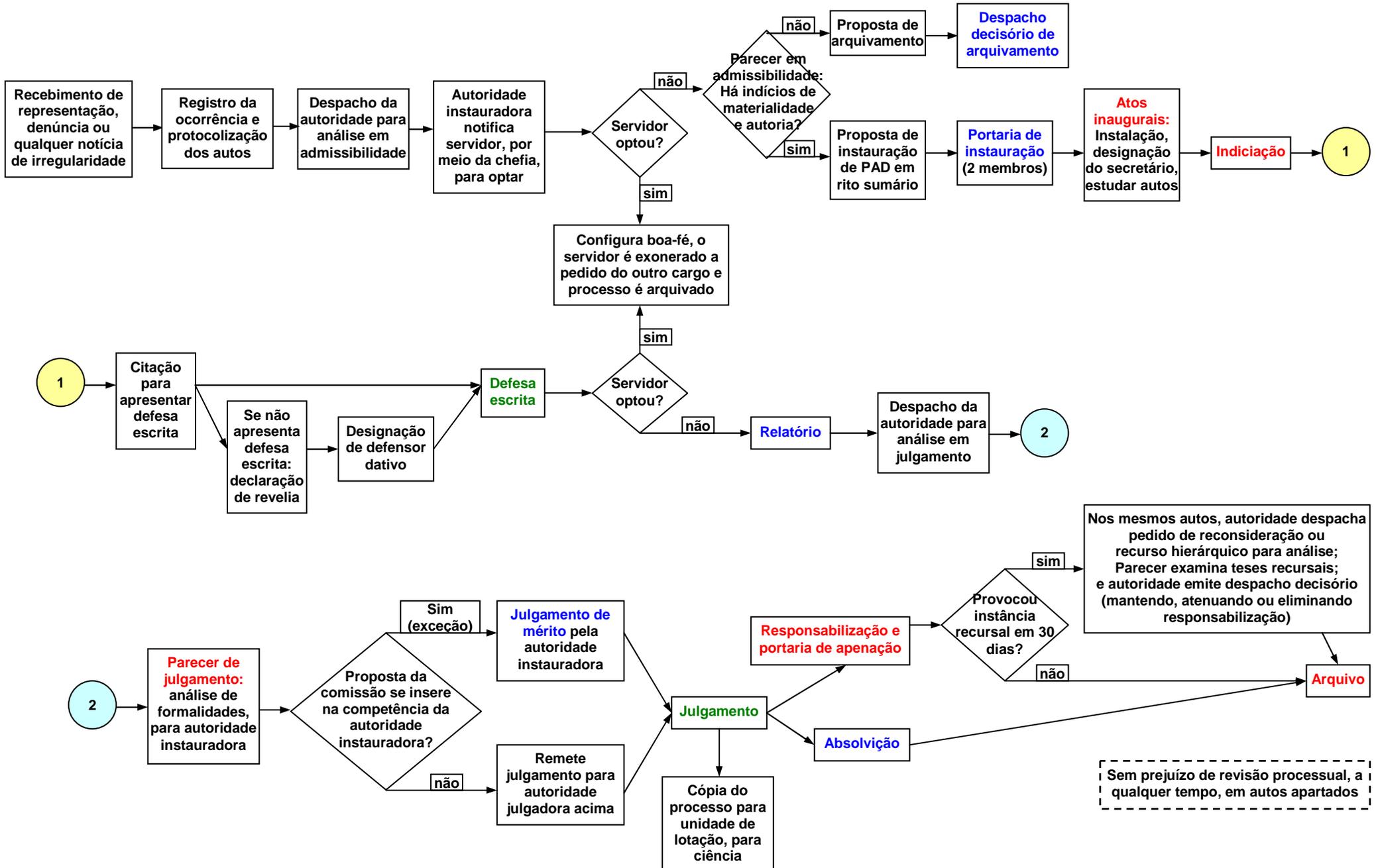
## PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

### Fluxograma do rito sumário - abandono de cargo e inassiduidade habitual



Sem prejuízo de revisão processual, a qualquer tempo, em autos apartados

## PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR Fluxograma do rito sumário - acumulação ilegal de cargos



## BIBLIOGRAFIA

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, “As Nulidades no Processo Penal”, Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição, 2006

Adriane de Almeida Lins e Debora Vasti da Silva do Bonfim Denys, “Processo Administrativo Disciplinar - Manual”, Editora Fórum, 1ª edição, 2007

Advocacia-Geral da União, “Orientações da Advocacia-Geral da União no Desenvolvimento do Processo Administrativo Disciplinar”, Apostila de Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar, 2004

Advocacia-Geral da União, “Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, 1ª edição, 2015, disponível em <http://www.agu.gov.br/unidade/cgau>, acessado em 29/05/17

Alexandre de Moraes, “Direito Constitucional”, Editora Atlas, 19ª edição, 2006;

Antônio Carlos Alencar de Carvalho, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância”, Editora Fortium, 1ª edição, 2008

Antônio Carlos Palhares Moreira Reis, “Processo Disciplinar”, Editora Consulex, 2ª edição, 1999

Carlos Eduardo Elias de Oliveira, “Precedentes Judiciais do STF e do STJ sobre Processos Disciplinares: Descrição e Reflexões”, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/22453/precedentes-jurisprudenciais-do-stf-e-do-stj-sobre-processos-disciplinares-descricao-e-reflexoes>, acesso em 21/01/13

Celso Antônio Bandeira de Melo, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Editores, 25ª edição, 2008

Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Junior, “Código Penal Comentado”, Editora Renovar, 4ª edição, 1998

Christiane de Castro Gusmão, “Roteiro Sintético para Análise de Processo Administrativo Disciplinar”, Apostila da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, 2003

Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil, “Processo Administrativo Disciplinar - Manual, Notas Técnicas e Modelos”, Apostila, 2006

Damásio Evangelista de Jesus, “Código de Processo Penal Anotado”, Editora Saraiva, 16ª edição, 1999

Damásio Evangelista de Jesus, “Direito Penal”, Editora Saraiva, 29ª edição, 2008

De Plácido e Silva, “Dicionário Jurídico”, Editora Forense, 7ª edição, 1982

Edmir Netto de Araújo, “O Ilícito Administrativo e seu Processo”, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1994

Egberto Luiz Maia, “Direito Administrativo Disciplinar - Teoria e Prática”, Edições Profissionais, 2ª edição, 2002

Egon Bockmann Moreira, “Processo Administrativo - Princípios Constitucionais e Lei 9.784/99”, Malheiros Editores, 1ª edição, 2000

Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador”, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005

Fábio Medina Osório, “Teoria da Improbidade Administrativa”, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2007

- Fernando Capez, “Curso de Direito Penal”, vol. 1, Editora Saraiva, 10ª edição, 2006
- Fernando da Costa Tourinho Filho, “Processo Penal”, Editora Saraiva, 12ª edição, 1990
- Francisco de Assis Toledo, “Princípios Básicos de Direito Penal”, Editora Saraiva, 5ª edição, 1994
- Francisco Xavier da Silva Guimarães, “Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União”, Editora Forense, 2ª edição, 2006
- Hélio Tornagui, “Curso de Processo Penal”, Editora Saraiva, 5ª edição, 1988
- Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, Malheiros Editores, 26ª edição, 2001
- Instituto Nacional do Seguro Social, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, disponível em <[http://intraprev/auditoria/manuais/manual\\_de\\_processo.htm](http://intraprev/auditoria/manuais/manual_de_processo.htm)>, acesso em 29/09/05
- Ivan Barbosa Rigolin, “Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis”, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995
- Kleber Alexandre Balsanelli, “Processo Administrativo Disciplinar e Sindicâncias”, Apostila do Curso de Formação de Analista de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União, Escola de Administração Fazendária, 2004
- José Armando da Costa, “Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa”, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2000
- José Armando da Costa, “Controle Judicial do Ato Disciplinar”, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2002
- José Armando da Costa, “Direito Administrativo Disciplinar”, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2004
- José Armando da Costa, “Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar”, Editora Brasília Jurídica, 6ª edição, 2010
- José Armando da Costa, “Incidência Aparente de Infrações Disciplinares”, Editora Fórum, 1ª edição, 2004
- José dos Santos Carvalho Filho, “Processo Administrativo Federal”, Editora Lumen Juris, 2ª edição, 2005
- José dos Santos Carvalho Filho, “Manual de Direito Administrativo”, Editora Lumen Juris, 15ª edição, 2006
- José Edwaldo Tavares Borba, “Direito Societário”, Editora Renovar, 10ª edição, 2007
- José Oleskovicz, “Processo Administrativo Disciplinar: Presença Facultativa de Advogado e Obrigatória de Servidor Defensor Dativo Apenas na Hipótese de Revelia na Fase de Defesa”, Artigo disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=9578>>, acesso em 09/03/07
- Judivan Juvenal Vieira, “Processo Administrativo Disciplinar”, IOB Thomson, 1ª edição, 2005
- Julio Fabbrini Mirabete, “Manual de Direito Penal”, Editora Atlas, 17ª edição, 2001
- Léo da Silva Alves, “Prática de Processo Disciplinar”, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2001
- Léo da Silva Alves, “A Prova no Processo Disciplinar”, Editora Lumen Juris, 1ª edição, 2003

- Leo da Silva Alves, “Sindicância Investigatória”, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005
- Léo da Silva Alves, “Sindicância e Processo Disciplinar em 50 Súmulas”, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, 2005
- Lúcia Valle Figueiredo (Coordenadora) e outros, “Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo”, Editora Fórum, 1ª edição, 2004
- Luciano Rosa Vicente, “Violação de Princípio Constitucional no PAD Federal Mediante Cerceamento de Defesa na Alteração de Enquadramento”, Revista Fórum Administrativo, nº 181, Editora Fórum, março de 2016
- Luciano Rosa Vicente. “A Estabilidade Prescrita pela Lei 8.112/90 para os Membros de Comissão de Inquérito em Procedimentos Disciplinares é no Cargo ou no Serviço Público?”, Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, nº 23, Revista dos Tribunais, março e abril de 2016
- Luciano Rosa Vicente, “Qual a Condição para Aplicar os Prazos Prescricionais Penais no Processo Administrativo Disciplinar Federal?”, Revista Fórum Administrativo, nº 185, Editora Fórum, julho de 2016
- Luciano Rosa Vicente “A Controvérsia da Perda do Cargo Público Como Efeito da Condenação Penal”, Revista Fórum Administrativo, nº 188, Editora Fórum, outubro de 2016
- Luciano Rosa Vicente, “A Controvérsia sobre a Estabilidade dos Membros de Comissões Disciplinares na Esfera Federal Brasileira”, Revista Fórum Administrativo, nº 193, Editora Fórum, março de 2017
- Luciano Rosa Vicente, “Conversão de Prisão em Restritiva de Direitos: STJ Decide pela Perda do Cargo Público”, disponível em <https://jus.com.br/artigos/55249>, acesso em 19/04/17
- Marcellus Pollastri Lima, “Curso de Processo Penal”, Editora Lúmen Júris, 3ª edição, 2006
- Marcelo Figueiredo, “Probidade Administrativa - Comentários à Lei nº 8.429/92 e Legislação Complementar”, Malheiros Editores, 3ª edição, 1998
- Marco Aurélio de Oliveira Barbosa, “Controle da Legitimidade do Enriquecimento Ilícito dos Agentes Públicos”, disponível em <[http://www.cgu.gov.br/Concursos/Arquivos/4\\_Concurso Monografias/Profissionais\\_2\\_Resumo.pdf](http://www.cgu.gov.br/Concursos/Arquivos/4_Concurso_Monografias/Profissionais_2_Resumo.pdf)>, acesso em 22/06/12
- Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Direito Administrativo”, Editora Atlas, 19ª edição, 2006
- Mauro Roberto Gomes de Mattos, “Lei nº 8.112/90, Interpretada e Comentada, Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União”, Editora América, 4ª edição, 2008
- Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Direito Disciplinar para Empresas Estatais, disponível em [http://www.cgu.gov.br/publicacoes/guiapad/Arquivos/Manual\\_CLT.pdf](http://www.cgu.gov.br/publicacoes/guiapad/Arquivos/Manual_CLT.pdf), acesso em 13/01/12
- Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, 2013, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ManualPAD.pdf>, acesso em 07/08/13;
- Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, “Orientações para Adoção de Videoconferência em Instância disciplinar”, disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/ManualVideoconferencia/index.asp>, acesso em 04/07/12
- Moacyr Amaral Santos, “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, Editora Saraiva, 24ª edição, 2008
- Neudson Cavalcanti de Albuquerque, “Desídia do Servidor Público”, disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=9759>>, acesso em 28/08/07

- Paulo de Matos Ferreira Diniz, “Lei nº 8.112/90 - Regime Jurídico Único”, Editora Brasília Jurídica, 9ª edição, 2006
- Paulo Rangel, “Direito Processual Penal”, Editora Lúmen Júris, 6ª edição, 2002
- Rafael Ramalho Dubeux, “Enriquecimento Ilícito de Servidor e a Lei de Improbidade Administrativa”, Artigo da Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União, 2006
- Regis Fernandes de Oliveira, “Infrações e Sanções Administrativas”, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005
- Regis Fernandes de Oliveira, “Servidores Públicos”, Malheiros Editores, 1ª edição, 2004
- Romeu Felipe Bacellar Filho, “Processo Administrativo Disciplinar”, Editora Max Limonad, 2ª edição, 2003
- Rubens Requião, “Curso de Direito Comercial”, 1º volume, Editora Saraiva, 26ª edição, 2006
- Rudimar Nunes Fraga, “Proposta de Metodologia de Trabalho na Formulação do Juízo de Admissibilidade”, 2008;
- Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Material”, Vol. II, Editora Juruá, 1ª edição, 2013
- Sandro Lucio Dezan, “Direito Administrativo Disciplinar - Direito Processual”, Vol. III, Editora Juruá, 1ª edição, 2013
- Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, “Processo Administrativo”, Malheiros Editores, 1ª edição, 2001
- Sebastião José Lessa, “Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância”, Editora Brasília Jurídica, 4ª edição, 2006
- Simone Baccharini Nogueira, “Manual de Sindicância Investigatória, Sindicância Punitiva e Processo Administrativo Disciplinar do Servidor Público Federal”, Universidade Federal de Minas Gerais, 1ª edição, 2004
- Vinícius de Carvalho Madeira, “Lições de Processo Disciplinar”, Fortium Editora, 1ª edição, 2008
- Wallace Paiva Martins Júnior “Probidade Administrativa”, Editora Saraiva, 1ª edição, 2001
- Wolgran Junqueira Ferreira, “Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União”, Edições Profissionais, 1ª edição, 1992